

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: Uma análise doutrinária

Saul José Busnello¹
Jair Weinrich²

Resumo

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, originária do direito francês – perte d'une chance –, também aplicada na Itália e nos Estados Unidos da América, entre outros, visa proteger as vítimas que sofrem danos decorrentes de conduta ilícita e antijurídica, comissiva ou omissiva, culposa ou dolosa, sendo-lhes retirada a chance de obter lucro ou evitar prejuízo. Tanto no direito francês, quanto no italiano, uma cláusula geral de responsabilidade civil permite a aplicação da teoria, sem que seja necessária qualquer alteração legislativa na norma. No Brasil, o Código Civil de 2002, da mesma forma que na França e na Itália, apresenta cláusula semelhante, possibilitando a ampla reparação civil pelos danos causados a outrem, abarcando dessa forma, a chance perdida. Para que seja possível a aplicação da teoria, é fundamental que os elementos da responsabilidade civil estejam presentes, quais sejam, a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade, sendo que este, pode ser apresentado numa visão menos ortodoxa daquela normalmente aplicada aos demais casos de indenização. A chance perdida indenizável não é aquela oriunda de mera expectativa de um ganho futuro hipotético. Ela deverá ser séria e real e estar definitivamente incorporada ao patrimônio pessoal da vítima, sendo estatisticamente comprovável. Sua perda causa um prejuízo mensurável, gerando para o sujeito causador do dano, a obrigação de indenizar. Nos casos de perda de uma chance, o que se busca, é recompor o patrimônio da vítima, na exata dimensão do dano, provado por um liame necessário, valorado pelo magistrado, segundo critérios de razoabilidade, proporcionalidade e equidade.

Palavras-chave: Direito Civil brasileiro. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Dano. Indenização. Profissionais liberais.

Abstract

The theory of civil responsibility for the loss of chance, originating in French law – perte d'une chance –, also applied in Italy and the United States of America, among others, aims to protect victims who suffer damage caused by unlawful conduct and anti-juridical, commissive or omission, guilty or willful, and taken them a chance to make a profit or avoid loss. Both in French law, as in Italian, a general clause of civil responsibility allows the application of theory, without requiring any legislative change in the legal norm. In Brazil, the Civil Code of 2002, just as in French and Italy, is similar clause, allowing the broad civil remedies for damages caused to others, thus covering the loss chance. To allow the application of theory, it is essential that the elements of liability are present, namely, human behavior, damage and

¹ Advogado atuante em Blumenau/SC - OAB/SC 25091; Pós-Graduado em Direito Processual Civil (Instituto Catarinense de Pós-Graduação – ICPG); Professor Universitário, Titular no Curso de Direito do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI; Autor de Livro e de Artigos Jurídicos publicados em periódicos impressos de circulação nacional e On-line. E-mail: saulbusnello@hotmail.com

² Acadêmico da 10ª fase do curso de Direito da UNIDAVI. E-mail: jw_prof@hotmail.com

causality, and this can be presented in a less orthodox view that normally applied to other cases of compensation. A lost chance that indemnification is not coming from mere expectation of a hypothetical future gains. It should be real and serious and definitely be incorporated into the personal assets of the victim, being statistically verifiable. Its loss causes a measurable loss, yielding to the subject that caused the damage, the obligation to indemnify. In cases of loss of chance, what is sought, is to rebuild the assets of the victim, the exact extent of the damage, as evidenced by a bond needed, valued by the magistrate, according to criteria of reasonableness, proportionality and fairness.

Keywords: Brazilian Civil Law. Civil responsibility. Loss of chance. Damage. Indemnity. Liberal professionals.

1 INTRODUÇÃO

A vida contemporânea tem possibilitado às pessoas relacionarem-se de uma forma jamais imaginada em eras passadas. Os relacionamentos, tanto pessoais, quanto comerciais, têm atingido elevado grau de interação, levando a inúmeras possibilidades. Outrossim, na mesma proporção, tem crescido o número de eventos danosos, fazendo surgir novas espécies de danos. Nesta seara, a partir do século XIX, desenvolveu-se no ordenamento jurídico francês, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência daquele país, a possibilidade de indenizar a chance perdida, que poderia, dentro de um juízo de probabilidades matemáticas, auferir à vítima, lucro, ou, pelo menos, evitar um prejuízo. A responsabilidade civil, atenta ao desenvolvimento da civilização, visando à pacificação social, bem como retornar à vítima, ao *statu quo ante*, abarcou esta nova espécie de dano, a perda de uma chance, e comina ao agente que causa prejuízo a outrem, a aplicação de uma sanção consubstanciada em indenização. Dessa forma, tanto o agente, quanto a sociedade em geral, tem a certeza de que essa espécie de dano não ficará sem reparação, dando à punição, nesses casos, um escopo em forma de prevenção, cumprindo seu papel social.

O estudo da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é relevante para o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o instituto da responsabilidade civil evoluiu com a sociedade e o dano causado pela chance perdida urge apresentar uma resposta, a fim de indenizar a vítima pelo prejuízo suportado. Começam a surgir decisões esparsas na jurisdição civil contenciosa brasileira, porém algumas carecem de fundamento jurídico-normativo para uma maior segurança jurídica, a fim de estender sua aplicação de modo uniforme para todos os recantos, mesmo os mais longínquos do país.

Essa teoria apresenta uma nova forma de indenizar as vítimas, pelos danos sofridos em decorrência de atos ilícitos, apesar de alguns julgados nacionais a terem classificado, ora como dano emergente, lucro cessante, ou mesmo a título de dano moral. A partir de uma ampla disseminação da teoria, espera-se que sua aplicação se dê de forma correta, para que o *quantum* indenizatório se aproxime do valor a que faz jus a vítima.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem ganhado destaque na seara jurídica nas últimas décadas, principalmente pelo aumento do grau de complexidade das relações humanas e do avanço

tecnológico que a todos atinge. Surgem novas formas de se responsabilizarem as pessoas pelos seus atos, sejam eles comissivos ou omissivos, culposos ou dolosos. O dinamismo da vida moderna exige a ampliação da obrigação de indenizar, de modo que nenhum lesado fique sem o ressarcimento adequado pelo dano sofrido. Sobre o aumento do potencial lesivo da sociedade e, por conseguinte, a responsabilização civil do lesante, Mamede (2011, p. 719), informa:

A primeira causa da expansão da responsabilidade civil é aquela que diz respeito ao aumento do potencial lesivo da sociedade. A continuada evolução tecnológica produz, como contrapartida, o inevitável aumento da capacidade que uma sociedade possui de causar danos. [...] a sociedade contemporânea experimenta uma progressão acentuada em sua potencialidade lesiva, como fruto não apenas da massificação da vida social, mas também das constantes novidades científicas e tecnológicas.

A tecnologia e o seu constante desenvolvimento, ao mesmo tempo em que facilita a vida das pessoas, acentuando a crescente interação social, quer no recesso de seus lares, quer na sociedade, apresenta um lado negativo, ao potencializar a capacidade humana para lesar o semelhante, o que tem causado sobremaneira o aumento da responsabilidade civil. A partir desse ponto de vista, constata-se na prática forense, um aumento significativo e inevitável do número de ações de indenização por danos causados, sejam eles materiais ou morais.

Na sociedade contemporânea, a responsabilidade civil é vislumbrada sob a ótica de algumas tendências. Uma delas, é a quantificação de danos indenizáveis que decorre diretamente da difusão da tecnologia e das relações da vida social; a objetivação da responsabilidade civil, outra tendência, provém do aumento de atividades, produtos e serviços que apresentam em seu cerne, um alto potencial lesivo, um risco que deve ser suportado por quem os desenvolve, apresenta à sociedade e lucra com eles; como terceira tendência, tem-se a coletivização de danos que é oriunda da atividade securitária, que visa amenizar os efeitos das ações de risco, a fim de garantir que elas continuem a serem desenvolvidas e postas à disposição da coletividade, sendo que os custos são por ela suportados.

Presume-se que os indivíduos nas suas relações interpessoais, atuarão seguindo o princípio da boa-fé objetiva, seja nas interações contratuais ou não. Esperam-se atitudes leais, o que vem a contribuir para que o liberalismo, tanto econômico quanto jurídico, dê espaço às relações em que a dignidade da pessoa humana seja o objetivo a perseguir, de forma que a confiança seja regra e o cuidado com os direitos e interesses de outrem, um agir comum. Nessa esteira, Rossi (2007, p. 3), assevera que, em verdade,

o problema da responsabilidade civil está voltado à reação ou mesmo à consequência jurídica gerada por uma ação, omissão, risco considerado, ilicitude, muitas vezes licitude do ato praticado, negativa de um direito assegurado, fornecimento de algo inadequado, má ou insuficiente prestação de serviço, bem como qualquer outra fonte geradora de responsabilização do agente causador do evento.

A responsabilidade é consequência de um ato que, via de regra, é contrário ao pactuado contratualmente, ou aos princípios norteadores do Direito. Essa ação ou omissão sempre deve estar ligada a um dano para que seja caracterizada e enseje a reparação do prejuízo. Seguindo por esse caminho, Sergio Cavalieri Filho (2003 citado por ROSSI, 2007, p. 12), afirma que

“Quem infringe dever jurídico *lato sensu*, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por

outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei”.

Todo agir humano resulta numa consequência social e jurídica. Atitudes leais originam respostas igualmente adequadas ao viver em sociedade. Aquele que causa dano ou prejuízo a outrem, deve assumir as consequências de seus atos. Para toda obrigação inadimplida, tem-se um dever sucessivo, qual seja, a responsabilidade. A obrigação a que as pessoas estão sujeitas, respeita o princípio que prescreve que a ninguém se deve lesar, em prol da liberdade individual e de uma vida regrada em sociedade, em que todos devem ser cumpridores dos seus deveres e assim, desse modo, as interações sociais são possíveis e fomentadas para a construção de um viver digno e livre.

Para Schmitt (2010, p. 11), “a característica fundamental da responsabilidade civil é a busca da paz social, através da erradicação do dano. Sua finalidade é recompor o equilíbrio afetado”. Para o pensamento coletivo em geral, garantir o respeito à esfera jurídica das pessoas, proporcionando a recomposição dos prejuízos sofridos em virtude de uma conduta ilícita, sendo esses danos materiais ou morais, constitui-se a função primeira da responsabilidade civil, pois esta gera, na sociedade, segurança jurídica, ordem e paz social, bem como proteção à vida, cuja harmonia, sendo rompida, há que se ter a possibilidade de reestruturação e recomposição.

3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

O agir humano traz inúmeras situações que podem causar perdas às pessoas e, vez por outra, alguém se vê privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo. De acordo com Savi (2009, p. 1), “os exemplos são vários e muito frequentes no dia a dia. Dentre os exemplos mais conhecidos pode-se citar o clássico do advogado que perde o prazo para interpor o recurso de apelação contra a sentença contrária aos interesses de seu constituinte”.

O sistema jurídico classifica os danos de acordo com as suas características, o que facilita, tanto a prova da extensão desse dano, quanto o arbitramento da indenização devida. Entre as espécies de dano, tem-se, do direito francês, a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Nas palavras de Cavalieri Filho (2010, p. 77), a perda de uma chance caracteriza-se 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 [...]”. De acordo com Rosário (2009, p. 133):

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

O termo *chance* significa em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. De acordo com Savi (2009, p. 3), “a melhor tradução para o termo *chance* seria, em nosso sentir, *oportunidade*. [...] não obstante, entendermos mais técnico e condizente com o nosso idioma, a expressão *perda de uma oportunidade*”. Corroborando com essa posição, Venosa (2012, p. 308), afirma que “*chance* é termo admitido em nosso idioma,

embora possamos nos referir a esse instituto, muito explorado pelos juristas franceses, como *perda de oportunidade* ou *de expectativa*". Por estar consagrada tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, é mais comum utilizar a expressão "*perda de uma chance*". Para Carlos Roberto Gonçalves (2007 citado por SCHMITT, 2010, p. 81), a responsabilidade pela perda de uma chance

“consiste na interrupção, por um determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura. Essa perda de uma chance, em si mesma, caracteriza um dano, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil”.

Um ato ilícito interrompe abruptamente o *modus vivendi* da vítima, de tal sorte que lhe frustra uma oportunidade de obter um benefício, sendo que, nesse caso, a indenização devida se dá pela chance perdida e não pela vantagem final esperada. Cavalieri Filho (2010, p. 77), informa que “deve-se, pois, entender por *chance* a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda”. Para esse autor, deve-se olhar para a chance, como a perda de uma probabilidade de que um determinado resultado – aumento de patrimônio ou não ocorrência de dano – venha a ocorrer, e não como a perda da própria oportunidade, pois, dessa forma, estar-se-ia diante de um dano emergente, uma vez que não se tem a certeza de que o evento irá se concretizar. Acerca da conceituação da perda de uma chance, Venosa (2012, p. 39), esclarece:

Quando vem à baila o conceito de chance, estamos em face de situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro. Na perda da chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos. A indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato ou a data da morte. Nessas hipóteses, a perda da oportunidade constitui efetiva perda patrimonial e não mera expectativa.

A perda da chance pode ser considerada como um dano presente, sendo que ela normalmente é perdida no exato momento em que se verifica a conduta humana danosa. Nesse sentido, os irmãos Mazeaud (1978 citados por SILVA, 2009, p. 111), afirmam que “a chance se isola como um tipo de propriedade anterior da vítima e que é definitivamente perdida por ela, pelo ato ilícito do réu”.

Para se falar em perda de uma chance, há que se ter um prejuízo de ordem material ou moral, passível de prova, oriundo de um ato ilícito não fictício. A valoração da indenização será arbitrada através de cálculo que pondera o quanto essa possibilidade era séria e real para se realizar, e não pela própria vantagem. De acordo com as palavras de Silva (2009, p. 12), pode-se dizer que sempre será possível observar, nos casos de responsabilidade pela chance perdida “uma ‘aposta’ perdida por parte da vítima. Tal aposta é uma possibilidade de ganho; é a vantagem que a vítima esperava auferir, como a procedência da demanda judicial, a obtenção do primeiro prêmio da corrida de cavalos, ou a sobrevivência no caso do parto”. A vítima, antes do evento danoso, estava num processo aleatório e que contava com alguma chance de ser beneficiada por uma vantagem futura, caso nada interrompesse a sequência natural dos fatos. Havendo um ato ilícito que lhe causa a perda dessa probabilidade de sucesso, poderá pleitear indenização, uma vez que através de cálculos matemáticos estatísticos, pode-se valorar a chance perdida, dando-lhe uma condição de certeza.

3.1 CHANCE EFETIVA INCORPORADA AO PATRIMÔNIO DO SUJEITO DE DIREITOS OU MERA EXPECTATIVA

Da mesma forma que os demais elementos da responsabilidade civil, para a adoção dessa teoria, pressuposto fundamental é a análise que se faz da chance perdida. Nas palavras de Schmitt (2010, p. 81), “esta chance, no entanto, deve ser séria e real, e não apenas especulativa e abstrata”. De acordo com as palavras de Cavalieri Filho (2010, p. 77):

É preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas.

Não se pode falar em indenizar, diante de especulações, suposições ou meros desejos da suposta vítima, pois, se assim o fosse, oportunistas de plantão alimentariam uma fábrica de danos inexistentes, deixando a jurisdição de buscar a reparação de prejuízos efetivamente ocorridos em virtude de chances perdidas. Seguindo por esse caminho, o Superior Tribunal de Justiça (2012), assevera:

Não é rara a dificuldade de se distinguir o dano meramente hipotético da chance real de dano. Quanto a este ponto, a ministra Nancy Andriighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), avalia que “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o ‘improvável’ do ‘quase certo’, bem como a ‘probabilidade de perda’ da ‘chance de lucro’, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça [2012]).

Para que seja plenamente reparável a chance perdida, imprescindível que ela seja “revestida de uma camada de certeza”. Simples esperanças subjetivas não deverão ser dignas de apreciação pelo Poder Judiciário, sob pena de se subverter a real intenção da teoria. Para Venosa (2012, p. 308), “se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. A ‘chance’ deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade, *um prognóstico de certeza [...]*”. Não se pode afirmar que toda chance perdida deva ser indenizada, apenas as sérias e reais, com grande possibilidade de vir a resultar em vantagem econômica, gerando aumento de patrimônio ou a não diminuição deste.

3.2 APLICAÇÃO DA TEORIA

A perda de uma chance possui duas vertentes a considerar: um ato ilícito retira da vítima a possibilidade de auferir uma vantagem no futuro e, um ato ou omissão permitem que um prejuízo ocorra, ou seja, poderia ser evitado, mas não foi. Nessa esteira, tem-se o posicionamento de Gisela Sampaio da Cruz (2008 citada por SAVI, 2009, p. 46):

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

causal; o que se indaga é se o dano poderia ter sido evitado, caso tivessem sido adotadas certas providências que interromperiam o processo em curso”.

Existem diversas situações no cotidiano das pessoas que podem ensejar ação de reparação de danos por perda de uma chance. Savi (2009, p. 89), transcreve parcialmente o voto [vencido] do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do STJ, na apreciação do REsp. nº 57.529-DF, Quarta Turma, relator Ministro Fontes de Alencar, julgado em 07/11/1995, a saber:

“A autora pretende a indenização pela perda da chance. O tema tem sido versado em outros países, especialmente na França, onde a doutrina, incentivada por decisões da Corte de Cassação, admite a necessidade de ser responsabilizado o autor da ação ou da omissão que causa a outrem a perda de uma oportunidade real de alcançar uma vantagem ou evitar um prejuízo, nas mais diversas situações jurídicas, seja no tratamento médico, na disputa judicial, na vida social, profissional ou comercial. A jurisprudência francesa registra inúmeros precedentes: *perda* da chance de ser laureado pela pintura não exposta a tempo por culpa do transportador; perda da chance de um proveito na bolsa por causa da execução tardia de ordem pelo agente de câmbio; perda da chance de melhoria na carreira; perda da chance de ganhar um processo por incompetência do advogado ou falta de recurso; perda da chance de obter um emprego pela liberação tardia do diploma; perda da chance de prosseguir nos trabalhos de laboratório etc”.

A perda da chance, geradora do dano material, também pode determinar a configuração do dano moral, pela frustração da possibilidade de ganho futuro. Nos casos em que faltam requisitos à correta configuração do dano patrimonial, resta pleitear indenização por dano moral, em virtude de abalo psíquico sofrido. Não é passível de aceitação, que a perda de uma chance configure, mormente, apenas o dano moral, pois, presentes os requisitos exigidos para a sua ocorrência, tem-se um dano de ordem patrimonial, classificado como uma (sub)espécie de dano emergente, sendo que o prejuízo ocorreu no momento em que se deu a conduta humana lesiva e ilícita. Nas palavras de Savi (2009, p. 101), “se o dano material causado pela perda da chance enquadra-se no conceito de dano emergente, não há como se admitir o posicionamento contrário à integral reparação do dano sofrido pelas vítimas nestes casos, desde que, [...] as chances sejam sérias e reais”.

O ato lesivo decorrente da conduta do agente, causa um prejuízo à vítima, qual seja, retira desta, todas as chances que possuía de obter uma vantagem ao final do processo aleatório em que se encontrava. Não há que se confundir com a perda da própria vantagem final, uma vez que o ato ilícito não constitui condição única e derradeira para a perda da vantagem final, posto que se assim o fosse, estar-se-ia diante de um caso de indenização pelo dano emergente ou lucro cessante.

A Carta Magna visa, na sua essência, à dignidade da pessoa humana e à pacificação social. O direito civil, interpretado a partir dessas premissas, permite que os elementos presentes nas situações que geram responsabilidade civil sejam valorados de forma a se ter a completa dimensão do ato ilícito e suas conseqüências, o que vem a contribuir para que a justiça seja alcançada de forma mais efetiva no caso concreto. Considerar a chance perdida como um dano injusto, constitui-se num facilitador para a sua efetiva reparação. A mudança de paradigma da responsabilidade civil, do sujeito lesante para o dano efetivo suportado pelo lesado, corrobora com a formação do conjunto valorativo que culmina com a indenização dessa espécie de dano. Joseph King Jr. (1998 citado por SILVA, 2009, p. 77), “vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo desprocurada qualquer utilização alternativa do nexo de causalidade”.

3.3 A QUESTÃO DA INDENIZAÇÃO PARA A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Em alguns casos de indenização por danos materiais e em grande parcela dos danos morais, a fixação do *quantum* indenizatório se torna um desafio para o magistrado que se vê diante de situações em que a proporcionalidade e a razoabilidade são as suas únicas armas para que faça valer seu dever de dizer o Direito. Com relação à quantificação da indenização pela perda de uma chance, essa dúvida do juiz pode se tornar imensamente maior. Com o propósito de clarear sobre esse tema, Schmitt (2010, p. 81-82) informa:

O montante devido à vítima, isto é, o *quantum* indenizatório, [...] deve ser fixado em percentual que incida sobre o total da vantagem que poderia ser obtida, representando de forma razoável a probabilidade de ser configurada a expectativa do lesado. Outrossim, [...] este percentual não pode, em qualquer hipótese, resultar na própria vantagem que poderia ser obtida.

Para Venosa (2012, p. 39), “o grau de probabilidade é que fará concluir pelo montante da indenização”. De acordo com Silva (2009, p. 59), quando o magistrado faz a estimativa do valor da chance perdida, “ele aprecia estatisticamente a correlação existente entre o fato gerador da responsabilidade e o dano”.

Além do *quantum* indenizatório, outra questão igualmente merecedora de amplo debate pela doutrina e jurisprudência, é como classificar adequadamente essa indenização. Sobre esse tema por vezes espinhoso, Cavalieri Filho (2010, p. 79-80) assevera:

A que título deve ser concedida a indenização pela perda de uma chance? Por dano moral ou material? E neste último caso, a título de dano emergente ou lucro cessante? Essa questão é também controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência. Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance, ainda que não se refiram à expressão, a título de lucros cessantes; outras vezes, como dano moral.

Há forte corrente doutrinária que coloca a perda de uma chance como *terceiro gênero* de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Entre um extremo e outro caberia uma *graduação*, que deverá ser feita em cada caso, com critério equitativo e distinguindo a *mera possibilidade* da probabilidade.

A indenização pela perda de uma chance foi corretamente classificada pela doutrina e jurisprudência italianas. No Brasil, a bem de corretamente se aplicar a teoria, deve-se seguir o mesmo caminho, definindo-a como uma (sub)espécie de dano emergente ou mesmo como um dano autônomo. Classificá-la como lucros cessantes implica uma maior dificuldade de prova, o que, em muito se distancia da correta significação e interpretação da teoria, deixando, em muitos casos, de reparar o dano causado pelo lesante. Classificar a indenização como dano moral, de veras, torna-se bem pior que por lucros cessantes, uma vez que a chance perdida é economicamente valorável e está definitivamente incorporada ao patrimônio da vítima. Constitui-se num valor monetário e não numa perda ou dor moral. De acordo com Venosa (2012, p. 304), “a denominada ‘perda de chance’ pode ser considerada uma terceira modalidade [...] a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”. Seguindo por essa vereda, o Superior Tribunal de Justiça (2012), arremata:

O juiz aposentado do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo Sílvio de Salvo Venosa, autor de vários livros sobre direito civil, aponta que “há forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se

amolda nem a um nem a outro segmento” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça [2012]).

Mister frisar que a responsabilidade pela perda de uma chance deve ser utilizada quando a vítima está impossibilitada de provar o nexo de causalidade entre a perda definitiva da vantagem esperada e a conduta do agente causador do dano. De acordo com Silva (2009, p. 142), “resta para a vítima, portanto, a reparação pela perda de uma chance, já que poderá provar o nexo causal entre a conduta do agente e as chances perdidas”. Conforme Venosa (2012, p. 308), “o julgador deverá estabelecer se a possibilidade perdida constitui uma probabilidade concreta, mas essa apreciação não se funda no ganho ou na perda porque a frustração é aspecto próprio e caracterizador da ‘chance’”. Silva (2009, p. 143), comentando decisão recente da primeira câmara da Corte de Cassação francesa [2002], informa que esta ratificou que “a reparação da perda de uma chance deve ser mensurada de acordo com a chance perdida e não pode ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado”. Essa decisão confirma o entendimento da aplicação da teoria, em que prescreve que não se deve indenizar pelo montante do dano final, apenas quantificando pelas chances perdidas, que já se encontravam no patrimônio da vítima.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

A aceitação e a conseqüente aplicação da teoria no ordenamento jurídico pátrio apresentam nuances próprias dos fenômenos jurídicos que visam ao aperfeiçoamento e à ampliação das hipóteses que devem estar sob o *guarda-chuva da responsabilidade civil*. Nessa esteira, nascem manifestações favoráveis e contrárias, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o que tem contribuído para um melhor entendimento do instituto no país. Corroborando com essa afirmação, apresenta-se o ensinamento de Cavalieri Filho (2010, p. 77), ao asseverar que:

O direito pátrio, onde a teoria vem encontrando ampla aceitação, enfatiza que “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo” (Caio Mário, Responsabilidade Civil, 9. ed. Forense, p. 42).

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça (2012), informa que “surgida na França e comum em países como Estados Unidos e Itália, a teoria da perda da chance (perte d’une chance), adotada em matéria de responsabilidade civil, vem despertando interesse no Direito brasileiro – embora não seja aplicada com frequência nos tribunais do país”. Conforme Venosa (2012, p. 39), “a matéria, oriunda de estudos na França, discutida largamente na Europa, ainda é nova no nosso país, mas os tribunais já estão a sufragá-la”.

4.1 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E OS PROFISSIONAIS LIBERAIS

A responsabilidade civil, visando proteger as vítimas de quaisquer tipos de danos, pode atingir também os profissionais liberais no exercício dos seus ofícios. Com o advento do novo Código Civil brasileiro de 2002, uma nova problemática veio à tona, no que diz respeito à atuação de determinados profissionais liberais, que, via de regra, empreendem atividades de risco, como por exemplo, médicos e advogados. Ninguém discorda que essas atividades

envolvem elevada potencialidade de provocação de danos. Nesse contexto, pode-se citar o erro de um cirurgião ou a perda de prazo por um advogado. (GAGLIANO, 2009)

Quem oferece ao público um serviço técnico especializado deve possuir e aplicar todas as modernas técnicas disponíveis, bem como desempenhar suas funções com prudência e perícia. Ao realizar seu trabalho, o profissional liberal detém um conjunto de informações inerentes ao que está sendo realizado, ao passo que o seu cliente, por vezes, desconhece totalmente qual procedimento se aplicará, o que, de *per si*, justifica na maioria dos casos, a inversão do ônus da prova.

4.1.1 Advogados

A Advocacia, dada a relevância do seu papel social, foi inserida na Constituição Federal de 1988, entre as funções essenciais à Justiça, juntamente com o Ministério Público e a Defensoria Pública. Para bem desempenhar suas atividades, o advogado goza das condições necessárias ao pleno exercício de sua profissão, atuando com liberdade, independência e ausência de receio de desagradar a quem quer que seja. A Magna Carta, em seu art. 133, lhe assegura a inviolabilidade por seus atos e manifestações, no exercício do seu mister, dentro dos limites pela lei impostos. Em contrapartida, porém, há que ser responsabilizado pelos seus atos, ensejadores de violação do dever profissional. De acordo com Gagliano (2009, p. 224), por ser considerado um ofício essencial à sociedade, “a possibilidade de ocorrência de danos, seja pela utilização equivocada de técnicas inadequadas ao caso concreto ou simplesmente a omissão nos deveres de defesa dos interesses do cliente, é um elemento concreto que não pode ser desprezado”.

O Estatuto da Advocacia, contido na Lei Federal nº 8.906/1994, em seu art. 32, de acordo com Rossi (2007, p. 90), “determinou que o advogado somente será responsabilizado pelos danos que propiciar no exercício de sua atividade, se o praticar com dolo ou culpa”. No patrocínio da causa do cliente, deve o advogado nortear-se pelos princípios, da boa-fé objetiva, da informação, transparência e sigilo profissional, além do agir ético.

Objetivando-se auferir a conduta do advogado que causou prejuízo ao seu cliente, depara-se com situações em que a lesão ao patrimônio jurídico do contratante-cliente se dá em virtude de conduta omissiva do profissional. Conforme Gagliano (2009, p. 226), “a casuística é infundável: falta de propositura de ação judicial, recurso ou ação rescisória; não-formulação de pedido; omissão na produção de provas; extravio de autos; ausência de contra-razões ou sustentação oral; falta de defesa etc”. Alguns casos de responsabilização do advogado por culpa grave decorrem de erros grosseiros, de fato ou de direito e omissão negligente no desempenho do mandato, como por exemplo, perda do prazo para contestar, para recorrer, para fazer o preparo de um recurso ou pleitear alguma diligência importante. São todas situações em que o advogado poderá ser demandado a indenizar o dano sofrido pelo seu cliente.

A perda de prazo para contestar uma sentença desfavorável ao cliente, causa-lhe a perda da chance de ver a sua causa apreciada pela instância superior. Não se pode afirmar que se obteria sucesso na nova apreciação, porém, a chance perdida há que ser reparada, na medida em que, analisando-se casos semelhantes, poder-se-ia saber, através de cálculos estatísticos, quais eram as possibilidades de se obter sucesso na demanda. Seguindo por essa vereda, Sérgio Novais Dias, (1999 citado por ROSSI, 2007, p. 121), assevera:

“A responsabilidade na perda de uma chance tem características bem peculiares que a diferem das outras situações que envolvem perdas e danos. É que, na perda de uma chance, no caso específico da atuação do advogado, nunca se saberá qual seria realmente a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do advogado, deixou, para sempre, de examinar a pretensão do seu cliente”.

A perda de uma chance apresenta nuances, por vezes difíceis de auferir, pois, um fato que nunca ocorreu e jamais ocorrerá, precisa ser *demonstrado* de forma a apresentar algum grau de certeza, para que se possa adequadamente quantificar a perda do cliente que não teve, nem mais terá, sua causa apreciada por um órgão jurisdicional superior, no caso da interposição intempestiva de um recurso por parte de seu advogado. Seguindo por essa linha de pensamento, Savi (2009, p. 40) afirma que “[...] o que deve ser objeto de indenização é a perda da possibilidade de ver o recurso apreciado e julgado pelo Tribunal, possibilidade esta que restou definitivamente afastada em razão da negligência do advogado”.

A vitória, em qualquer disputa, pode se atribuir a diversos fatores, inclusive a *álea*, porém, a conduta diligente do advogado, nesse caso, pode dar certa margem de confiança, de que será combatido o bom combate, no embate que se trava entre as partes de uma ação contenciosa. Busca-se a possibilidade de obter êxito na luta, mas, muitas vezes, pela má conduta profissional, extirpa-se do patrimônio da vítima, a própria chance de lutar pelo seu interesse. Esta se constitui na verdadeira razão para que haja a reparação dessa frustração.

A demonstração da chance perdida, pode se dar, tanto no exercício jurisdicional do advogado, quanto, nos casos de aconselhamento, elaboração de pareceres, contratos, estatutos, ou quaisquer outras atividades desvinculadas de litígio administrativo ou judicial.

Alguns cuidados se fazem necessários por parte do advogado, para prevenir a responsabilização civil, especialmente no que tange ao levantamento de valores dos clientes e manuseio de seus documentos. Com o intuito de prevenção quanto a valores, devem-se evitar procurações de cunho genérico, com poderes muito ampliados. Com relação a documentos de clientes, o advogado deve exigir deles, recibo de devolução para evitar alegações de extravios diversos. De acordo com Cavalieri Filho (2010, p. 407), o advogado deve prestar ao seu cliente, “aconselhamento jurídico cuidadoso, informá-lo dos riscos da causa e de tudo o mais que for necessário para o seu bom andamento e guardar segredo sobre fatos de que tenha tomado conhecimento no exercício de sua atividade profissional”. A relação advogado-cliente, sempre deve ser pautada pelo respeito e confiança, além de cautela, que não faz mal a ninguém.

4.1.2 Médicos

A categoria de profissionais liberais que atua junto à busca pela saúde dos indivíduos em geral, notadamente os médicos, pela natureza e os riscos dos serviços prestados, está sujeita ao dever de indenizar os danos causados aos seus clientes-pacientes.

A conduta do médico é considerada, na maioria das vezes, sob a ótica da obrigação de meio e não de resultado, uma vez que a garantia de cura poderia ensejar a assunção de uma condição divina ao profissional da medicina, o que é fisicamente impossível, de acordo com Schmitt (2010, p. 169). Há que se distinguir na seara médica, a categoria da cirurgia plástica, especialmente a embelezadora, que constitui, a partir do entendimento de grande parte da doutrina, obrigação de resultado. Na esteira da afirmação de que o médico não seria um “*deus*”, Cavalieri Filho (2010, p. 385), arremata:

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se promete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí os cuidados e conselhos.

Com o objetivo de clarear acerca da aplicação da teoria aos casos médicos, Melo (2008, p. 25), esclarece:

A denominada “teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência”, de inspiração francesa, possibilita ao lesado o suporte jurídico necessário para pleitear indenizações em caso de frustração do atendimento médico que o possa ter privado de alguma chance de obter ou buscar a cura. Para sua procedência, é preciso que estejam devidamente configuradas, de modo preciso, a seriedade da probabilidade de cura e sua relação de causalidade direta com os atos praticados pelo médico desidioso.

Algumas condutas comissivas ou omissivas dos profissionais médicos podem ensejar ação de reparação de danos pela perda de uma chance. Seguindo por esse raciocínio, nas palavras de Schmitt (2010, p. 82), tem-se:

Na seara médica, o indivíduo pode perder as chances de cura de sua moléstia porque o médico-assistente, quando lhe examinou, não o encaminhou para algum tratamento específico, não lhe receitou o medicamento adequado, deixou de pedir exames, preferiu um diagnóstico equivocado, agindo com desídia indesculpável etc.

Um exemplo de aplicação da teoria à medicina, diz respeito a um paciente que consultou um médico e este não diagnosticou um câncer, que somente veio a ser constatado, após algum tempo, por outro profissional. De acordo com Rosário (2009, p. 134), “nesse caso, tendo em vista que as chances de cura são muito maiores quando descoberta a doença no início, a imperícia do profissional resulta por eliminar as possibilidades de sobrevivência do doente”.

Como se tem apregoadado, existem algumas possibilidades para aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica. De acordo com Cavalieri Filho (2010, p. 80), aplicada à atividade médica, “a teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, em que o elemento que determina a indenização é a *perda de uma chance de resultado favorável no tratamento*”. O que se perde, nesses casos, é a chance de obter a cura e não a continuidade da vida. A falta indenizável, no caso da atividade médica, reside em não se dar ao paciente, todas as possibilidades ou chances de cura ou de sobrevivência. Conforme Rosário (2009, p. 7), “a chance deve ser séria e realizável, pois simples suposição de cura não enseja a responsabilidade civil médica”. A jurisprudência brasileira, de acordo com Silva (2009, p. 240), tem adotado posicionamento semelhante ao da Corte de Cassação francesa, ou seja, “aplica a teoria da perda de uma chance na área médica sem fazer qualquer distinção em relação aos casos que aplicam o conceito de dano específico, quando a conduta do réu interrompe o processo aleatório em que se encontrava a vítima”. Dessa forma, constata-se que a utilização da teoria à seara médica se torna possível, pois não necessita de uma nova forma de analisar o nexos causal, dando ensejo à sua utilização da forma normalmente preconizada.

Não se pode deixar de responsabilizar condutas que retirem do paciente, suas chances de cura, com o único propósito de “blindar” a categoria profissional médica. A indenização a

que o médico poderá ser condenado a pagar à vítima norteia-se pelo cálculo da chance de cura ou sobrevivência perdida. Sobre a valoração da indenização, Rosário (2009, p. 148), afirma que “o *quantum* deve margear a probabilidade que o paciente tinha de cura ou de sobrevivência, já que não ocorreu o erro médico tradicional que gera indenização integral, no campo patrimonial e moral”. Com relação à indenização, Melo (2008, p. 27), afirma que a indenização a título de perda da chance de cura ou sobrevivência, não se dá de forma integral, é parcial ou mitigada, por se estar diante de uma probabilidade e não de uma certeza. Consubstancia-se num meio termo entre o adequado exercício da medicina e o erro médico. A principal característica na aplicação da teoria constitui um empenho não satisfatório, seja pela ausência injustificável do uso de precisão técnica profissional de um diagnóstico ou terapia, seja pelo atuar negligente no mínimo necessário a uma terapia adequadamente conduzida pelo profissional.

Quando se deseja verificar a possibilidade de aplicar a teoria à conduta do cirurgião plástico, ao se analisarem as modificações causadas na aparência do cliente, entende-se que estas não precisam ser *horripilantes feridas* ou *cicatrices monstruosas*, bastando que a vítima tenha passado por uma transformação na aparência, não desejada por ela, diferente do que fora contratado com o cirurgião plástico. Para que esse tipo de dano seja ressarcível, é mister que as lesões sejam permanentes, pois, do contrário, sendo lesão passageira ou de curta duração, a indenização se dará com base na disciplina das perdas e danos tradicionais, inclusive podendo dar margem a uma indenização por danos morais.

Mister, nesse ponto, é o dever de informação, pois, em alguns casos, de acordo com a vontade do paciente e as possibilidades médicas, mesmo utilizando-se da melhor técnica, nem sempre o resultado esperado é possível. O médico deve se negar a realizar o procedimento cirúrgico estético. O ponto nodal será o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável. De acordo com Cavalieri Filho (2010, p. 396), “se o paciente só foi informado dos resultados positivos, que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica”.

Conforme posicionamento de Willhelm (2009, p. 27), “para que um cirurgião plástico não seja responsabilizado pelo mau resultado, deverá comprovar sua não culpa ou demonstrar a inexistência de nexos causal entre seu ato e o insucesso da operação”. De acordo com as palavras de Rosário (2009, p. 9), “a culpa na seara médica exsurdirá no caso de comprovação de um atuar negligente, imprudente ou imperito do profissional. A prova deve ser cabal, já que o médico labuta com a mente e com o corpo humano”.

Quanto mais o médico se afasta do que seria razoável ele realizar e os cuidados inerentes ao caso em apreço, maior a probabilidade de que seja obrigado a reparar o dano causado. De acordo com o caso em concreto, avaliam-se as circunstâncias especiais. Do médico anestesiologista, por exemplo, espera-se que permaneça vigilante em absoluto, desde antes da cirurgia propriamente dita, até o momento em que o paciente volta à consciência. Do médico especialista, exige-se muito mais que do médico generalista. Do cirurgião plástico, tem-se como obrigação, o rigoroso cumprimento do dever de informar ao paciente, bem como, deve tomar todos os cuidados na execução do trabalho.

No que tange à indenização pela perda da chance de cura, usa-se a premissa que norteia a teoria em todos os demais casos, não apenas na atividade médica, ou seja, deve ser pautada pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Em outras palavras, conforme Cavalieri Filho (2010, p. 395), “o elemento que determina a indenização é a *perda de uma chance de resultado favorável no tratamento*. O

que se perde é a chance de cura e não a continuidade de vida. A falta reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura [...]”.

Para que o médico tenha a seu favor, um instrumento adequado para atestar que cumpriu com o seu dever de informação, deverá elaborar um termo de consentimento claro e objetivo, por meio do qual o paciente compreenda todas as características de sua moléstia, tratamento a que será submetido, riscos envolvidos, o porquê de determinada intervenção, entre outras informações, e submeter esse documento à assinatura do paciente ou de seus responsáveis legais.

Quanto à aplicação da teoria à seara médica no sistema jurídico pátrio, de acordo com Silva (2009, p. 207), pode-se afirmar que existe sólida tendência jurisprudencial no sentido de admitir a aplicação da teoria da perda de uma chance para as questões que envolvem os profissionais médicos, hospitais, clínicas, laboratórios, entre outros. Informa também que, mesmo em decisões colegiadas, em que as falhas médicas constituem causa para se indenizar pela chance perdida, não houve preocupação que a reparação, nesses casos, desvirtuasse a noção clássica de nexo de causalidade.

4.2 JURISPRUDÊNCIAS DE TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIORES BRASILEIROS

Objetivando verificar acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance no país, através de uma rápida pesquisa nos mecanismos de busca na Internet, notadamente nos *sites* dos principais Tribunais nacionais, percebe-se um crescimento exponencial da aplicação da teoria como *ratio decidendi* de inúmeros julgados. Uma questão ainda controvertida nos Tribunais brasileiros, é em relação à correta classificação do dano decorrente da perda de uma chance. Por vezes se concede a indenização a título de perda patrimonial, ora afirma-se estar diante de um dano moral. Sobre essa problemática, Cavalieri Filho (2010, p. 80), informa:

A jurisprudência, repita-se, ainda não firmou entendimento sobre essa questão; ora a indenização pela perda de uma chance é concedida a título de dano moral, ora a título de lucros cessantes e, o que é pior, ora pela perda da própria vantagem e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem, com o que se acaba por transformar a *chance* em realidade.

A correta classificação de um dano, contribui para que casos que se inserem em determinada categoria, obtenham a justa reparação pelo prejuízo sofrido. Cavalieri Filho (2010, p. 81), apresenta uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance, na seara médica:

A Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº 8.137/2006 (relator Des. Roberto de Abreu e Silva), fez magistral aplicação dessa teoria. A clínica de olhos foi condenada a indenizar o paciente, que sofreu descolamento de retina, não pela cegueira em si, mas pela *perda de uma chance* de salvar a sua visão, uma vez que, quando procurada, deixou de realizar a cirurgia necessária pela falta de médico profissional disponível na ocasião, cirurgia essa que só foi realizada depois de ultrapassado o período da situação emergencial, quando a lesão da mácula na retina da vista já havia se consolidado [...].

Um caso julgado em 08/11/2005, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, STJ – REsp. nº 788.459-BA, relator Desembargador Ministro Fernando Gonçalves, pode ser considerado o verdadeiro *leading case* apreciado pelo STJ – versa sobre uma ação movida por uma participante do programa de televisão conhecido por “Show do Milhão”. Tratava-se de

um concurso em que eram feitas perguntas ao concorrente e, caso respondesse acertadamente, poderia chegar ao prêmio de um milhão de reais. Nessa ação específica, numa determinada edição do programa, uma participante havia ganhado a quantia de quinhentos mil reais, apenas lhe restando responder corretamente à pergunta final, que lhe renderia o tão almejado prêmio. Segundo Cavalieri Filho (2010, p. 78), a empresa promotora do concurso, apresentou uma pergunta em que todas as quatro alternativas se mostravam incorretas, impossibilitando desta feita, que a concorrente obtivesse êxito, respondendo de forma acertada à referida “questão do milhão”. A pergunta que daria à autora o prêmio total de um milhão de reais era a seguinte: “A Constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território brasileiro?”. Foram elencadas quatro opções para, dentre elas, escolher-se a correta: a) 22%; b) 2%; c) 4%; e d) 10%. De acordo com Savi (2009, p. 77). Diante dessa impossibilidade lógica, a concorrente, para preservar o prêmio até então acumulado de quinhentos mil reais, optou por não responder a essa última indagação. Ademais, ajuizou ação de indenização, no valor de quinhentos mil reais, contra a empresa promotora do concurso com o argumento de que se a questão tivesse sido apresentada de forma a possibilitar uma resposta correta, teria obtido êxito e feito jus ao prêmio máximo do programa, ou seja, um milhão de reais. Tese acolhida nas instâncias inferiores, a ação chegou ao STJ, que, acertadamente, aplicando a teoria da perda de uma chance, concedeu à autora da ação a indenização que lhe era devida. De acordo com Cavalieri Filho (2010, p. 78-79), extrai-se do erudito voto do relator, a motivação que segue:

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

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. [...]

Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente 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. [...]

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)”. (sic)

A conduta do advogado pode dar ensejo ao pleito de uma indenização pela perda de uma chance. Nesse contexto, Savi (2009, p. 49-50), apresenta o caso de uma senhora que contratou advogado para ajuizar ação contra o INPS, visando receber pensão previdenciária decorrente da morte de seu esposo. A ação judicial foi distribuída em 1975, no Foro de Nova Hamburgo – RS, 1ª Vara Cível, sendo que o processo foi extraviado, jamais vindo a chegar àquele cartório. O advogado, sabedor do extravio, não informou tal fato à sua constituinte, nem tampouco, restaurou os autos, retirando da autora, a chance de ver seu pedido de pensionamento pelo INPS, apreciado em juízo. O acórdão está assim ementado:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance”. Na apreciação da Apelação Cível nº 591064837 – 5ª Câmara Cível, TJRS [julgada em 29/08/1991], o Relator Des. Ruy Rosado de Aguiar reconheceu a negligência do advogado, fazendo com que a autora perdesse a chance de ver a sua ação apreciada pelo Tribunal e, com isso, sofresse um dano decorrente da chance perdida. Segue trecho do voto do relator, o qual fundamenta a decisão pela indenização da chance perdida:

“Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora *a perda de uma chance* e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: ‘Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la’ (‘La Perte d’une chance em Droit Français’, conferência na Faculdade de Direito da UFRGS em 23.5.90) [...]

[...] a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda de chance, dentro do instituto da responsabilidade civil.

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

Compreende-se a partir desse extrato, que o Des. Ruy Rosado de Aguiar acertadamente aplicou a teoria ao caso concreto. Apurou a conduta negligente do advogado, e concluiu pelo dever de indenizar a mandante, por ter perdido a possibilidade de ver sua causa apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Parte considerável dos Tribunais pátrios precisa desenvolver corretamente o entendimento, tanto da classificação do dano causado pela chance perdida, quanto da quantificação do dano suportado pela vítima, ao perder as suas chances de auferir vantagem, bem como, estabelecer de forma apropriada a relação causal entre o ato ilícito do agente e o prejuízo da vítima, para que se possa determinar, com precisão, através de cálculos, o *quantum* a ser indenizado, ficando os magistrados vinculados a certos parâmetros que facilitam as suas decisões em matéria de chances perdidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aceitação da teoria no Brasil pode se dar em diversos casos, da mesma forma que já é aplicada em outros países, especialmente França, Itália e Estados Unidos da América. Os profissionais liberais, especialmente médicos e advogados que, para alguns doutrinadores, gozam de certo *privilegio*, podem ser responsabilizados pela teoria da perda de uma chance, uma vez que a legislação pátria optou em desviar o foco da reparação civil, da conduta humana, para a necessidade de reparação integral do dano, protegendo dessa forma a vítima, não a penalizando ainda mais, ao se exigir, além de suportar o prejuízo, que produza a chamada “*prova diabólica*”.

Os Tribunais Superiores brasileiros, bem como alguns Tribunais de Justiça dos estados-membros têm anotado em suas decisões, referência à teoria da chance perdida. Em alguns casos, os Ministros e os Desembargadores a têm aplicado corretamente em suas fundamentações e procedido à correta valoração da chance perdida e quantificado a

indenização na exata medida da probabilidade que a vítima possuía de auferir vantagem ou evitar prejuízo. Por outro lado, algumas decisões se mostram equivocadas por, apesar de citar a teoria, determinar a indenização por lucros cessantes ou mesmo por danos morais. Acredita-se que, com a ampliação e maior difusão da teoria, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, especialmente nas mais altas esferas do Poder Judiciário, possa-se corretamente aplicá-la, a fim de se aproximar do ideal de Justiça, que tem no instituto da responsabilidade civil, relevante ferramenta de pacificação social, fim maior do Direito.

Ademais, é adequado e possível aplicar a teoria no ordenamento jurídico brasileiro, através de uma interpretação extensiva da legislação civil, uma vez que a norma pátria possui uma cláusula geral de responsabilidade civil e optou-se pela adoção do princípio da reparação integral do dano, cláusula esta, também prevista nos sistemas jurídicos, francês e italiano, em que a teoria é amplamente aplicada já há algum tempo. Pode-se dizer que a própria evolução do instituto da responsabilidade civil abarca o acolhimento da teoria da perda de uma chance, pela força de princípios constitucionais que colocam a vítima de dano injusto no centro da temática, merecedora da total atenção do magistrado.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil brasileiro [CCB/2002]**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 05 abr. 2013.

_____. **Constituição Federal de 1988**. (05/10/1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 05 abr. 2013.

_____. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em 07 mar. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça (2012)**. Perda da chance: uma forma de indenizar uma provável vantagem frustrada. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879>. Acesso em 16 abr. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. III. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAMEDE, Gladston; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMOS, Paulo; RAMOS, Magda Maria; BUSNELLO, Saul José. **Manual prático de metodologia da pesquisa** – artigo, resenha, projeto, TCC, monografia, dissertação e tese. Blumenau : Acadêmica, 2003, 84p.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSSI, Júlio César. **Responsabilidade civil do advogado e da sociedade de advogados**. São Paulo: Atlas, 2007.

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

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Responsabilidade civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

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

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WILLHELM, Camila Neves. **Responsabilidade civil do cirurgião plástico: obrigação de meio ou de resultado?**. Porto Alegre: Stampa, 2009.