



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance

Daniel Werneck Cotta

Rio de Janeiro
2013

DANIEL WERNECK COTTA

Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance

Artigo Científico apresentado
como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

Daniel Werneck Cotta

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O objetivo central do trabalho é evidenciar, de forma segura, a importância da aceitação e aplicação eficaz, no direito pátrio, da Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. O presente estudo expõe os conceitos, elementos e as classificações atribuídas à teoria, e busca estabelecer critérios necessários para se caracterizar, no caso concreto, a responsabilização civil pela perda de uma chance. A explanação demonstrará os aspectos constitucionais e legais do tema abordado, e traçará um panorama sobre como vem sendo tratada, atualmente, a teoria contemporânea acerca da Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance pela doutrina e pelos tribunais.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Perda de uma Chance. Oportunidade. Conduta. Dano. Dano Emergente. Nexo de Causalidade. Indenização. Probabilidade.

Sumário: Introdução. 1. Breve histórico. 2. Conceituação. 3. Pressupostos. 3.1. Conduta. 3.2. Dano. 3.2.1. Da certeza e atualidade do dano. 3.3. Nexo causal. 3.4. Chances sérias e reais. 4. Natureza jurídica do dano na responsabilidade civil por perda de uma chance. 5. Quantificação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho que será desenvolvido tem como escopo abordar de forma ampla, porém didática, os principais aspectos da Teoria da Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance, expondo as principais divergências e debates recentes sobre o tema.

Nos últimos anos, notou-se uma clara evolução das teorias da responsabilidade civil, com vistas a criar mecanismos mitigadores, que possibilitem que todo dano injustamente causado a um indivíduo seja reparado, compensado ou indenizado.

Esse desenvolvimento histórico cristaliza a idéia, já exposta por Oscar Ivan Prux, de que “quanto mais evoluída é uma sociedade, mais ela faz uso da responsabilidade civil para prover de justiça os cidadãos injustamente prejudicados.”

Dessa forma, não só doutrina e jurisprudência, como também os legisladores passaram a buscar medidas capazes de sujeitar, de forma mais efetiva, ao instituto da responsabilidade civil, condutas lesivas que antes, dificilmente, culminavam em reparação ao prejudicado. Essa tendência pode ser claramente notada no incremento de teorias e legislações que permitem a presunção de culpa e a inversão do ônus probatório, por exemplo.

No entanto, em alguns casos, ainda que se constatasse a existência de conduta culposa de determinado agente e um dano efetivo para a vítima, esta não lograva o devido ressarcimento, diante da grande dificuldade em se demonstrar o nexo causal, o que caracterizava grande óbice jurídico à reparação.

Há alguns clássicos exemplos de situações em que a vítima dificilmente era indenizada pela dificuldade em se comprovar o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano sofrido. Destaca-se, por exemplo, o caso do advogado negligente que perde o prazo para interposição de um recurso contra decisão desfavorável a seu cliente. Nesta hipótese, embora não seja possível afirmar que, uma vez interposto, o recurso seria julgado favorável, observa-se evidente prejuízo aos interesses do cliente, pois existia a chance de seu provimento. Outro caso

interessante é do dono de animal que concorreria a prêmio em concurso, com grandes chances de vitória, que, no entanto, por negligência alheia, deixou de ser inscrito corretamente no certame.

Como se depreende dos exemplos, inúmeros são esses tipos de caso, em que se pode observar um dano sofrido pela vítima, sem poder se afirmar, com absoluta precisão que o benefício esperado seria concretizado. No entanto, é possível, nessas situações, analisar quais eram as reais chances da vítima alcançar o resultado favorável esperado, que lhe foram retiradas pela conduta ofensiva.

Diante do referido contexto, como forma de amenizar a injustiça de determinadas situações, surgiu a Teoria da Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance, que permite a imposição da obrigação de reparar o dano àquele que, por uma conduta culposa, retira de outrem uma possibilidade séria e real de auferir um benefício.

Entretanto, existem inúmeras polêmicas doutrinárias quanto aos elementos que devem ser observados para se caracterizar, no caso concreto, a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Além disso, os operadores do direito esbarram na complexidade de se mensurar a quantia da indenização devida pelo agente nesses casos.

Diante dessa realidade, portanto, torna-se necessário o estabelecimento de requisitos rígidos e precisos que possibilitem a configuração da responsabilidade civil por perda de uma chance e, conseqüentemente, a imposição da obrigação de reparar ao agente causador do dano. Ademais, urge que se adotem critérios objetivos e pacíficos para a determinação da quantia a ser paga a título de indenização ao lesado.

Com ciência das dificuldades para a adoção e a certeza da necessidade de aplicação da referida teoria na busca por justiça plena nas sociedades contemporâneas, este trabalho almejará a exposição, de forma científica e atual, sobre matérias e polêmicas relativas à Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance.

1. BREVE HISTÓRICO

A teoria que passa a ser exposta surgiu como consequência lógica da evolução do instituto da responsabilidade civil. Como exposto, a ciência jurídica busca acompanhar o desenvolvimento das relações sociais e evitar que danos injustamente causados permaneçam sem a devida reparação.

A doutrina da responsabilidade civil por perda de uma chance se desenvolveu, justamente, como uma necessária ferramenta para se buscar a indenização em casos que, apesar de se observar uma conduta lesiva a outrem, dificilmente culminavam em reparação do dano.

Nessas hipóteses, um indivíduo perde uma oportunidade de auferir um lucro ou evitar um prejuízo em razão de ato de outrem. Em tais situações, a vítima dificilmente conseguia demonstrar que a conduta do ofensor lhe havia causado um dano certo, determinado, como exige o direito. Essa corrente passou, então, a defender que o dano suportado pela vítima, que deveria ser reparado, seria a própria perda da chance e não o lucro que deixou de ser auferido ou o prejuízo não evitado.

A teoria é fruto de atividade doutrinária francesa, e nasceu com nome de *Perte d'une Chance*. Embora não tenha sido o único a desenvolver estudos sobre o tema, o direito francês foi o pioneiro e o mais evoluído no trato do mesmo. A primeira utilização do conceito de dano por perda de uma chance ocorreu em 1889 em decisão da Corte de Cassação francesa, que conferiu a autora indenização pela conduta culposa do oficial ministerial, que lhe retirou todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante seu procedimento normal.¹

¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

A decisão que concretizou definitivamente a aceitação da teoria na França, em moldes próximos aos atuais, entretanto, ocorreu em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa sobre responsabilidade civil médica. Nesse caso, o médico, ao se equivocar na elaboração de um diagnóstico, teria retirado da vítima as chances de cura de uma enfermidade que lhe acometia.²

Posteriormente, a discussão doutrinária e os julgados franceses influenciaram debates sobre a teoria em outros países da Europa. Entre os países europeus, destacou-se, também, no desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, a Itália.³

O tema, paralelamente, também se desenvolveu fortemente no sistema da *Common Law*, encontrando amplas aceitação e aplicação na produção jurisprudencial das Cortes inglesas e norte-americanas. A primeira aparição da teoria no Sistema da *Common Law* ocorreu na Corte Inglesa de Apelação, em 1911. Nesse caso, a autora participava de um concurso de beleza e classificou-se como uma das cinquenta finalistas. No entanto, o réu, que promovia o concurso, impediu a demandante de participar da última fase, que concederia às finalistas doze prêmios distintos. Um dos juízes sustentou que a autora teria vinte e cinco por cento de chances de ganhar um dos prêmios, que lhe foram tiradas pelo réu.⁴

No Brasil, embora relativamente nova, a teoria vêm alcançando maior relevância e já foi objeto de importantes estudos por juristas pátrios. Da mesma forma que ocorre em grande parte dos países que a reconhecem, a doutrina da responsabilidade civil por perda de uma chance alimenta calorosas discussões.

² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. RT 718/27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

³ Nas palavras de Sérgio Savi, que faz minucioso estudo sobre a leitura italiana da teoria: “Assim, como na França, doutrina e jurisprudência italianas passaram a visualizar um dano independente do resultado final, consistente na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo”. SAVI, Sérgio, *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*, 2. ed., Rio de Janeiro: Atlas, 2009, p.13.

⁴ SILVA, *op.cit.*, p11.

Assim, embora haja grande divergência no que tange a alguns de seus aspectos característicos, pode-se dizer que a teoria é, na atualidade, majoritariamente aceita pela doutrina brasileira.

Os tribunais a têm aplicado com uma frequência, todavia baixa, porém crescente.⁵ A primeira aplicação da teoria pelo Superior Tribunal de Justiça ocorreu em julgamento realizado em 8 de novembro de 2005, no caso “Show do Milhão”. Nesse caso, determinou-se o dever do réu de indenizar o participante do programa pela perda da oportunidade, visto que não havia nenhuma alternativa correta, retirando do autor a chance de alcançar o prêmio máximo.⁶

2. CONCEITUAÇÃO

A teoria da perda de uma chance aplica-se aos casos em que a vítima perde uma oportunidade de auferir um lucro ou evitar um prejuízo em função de conduta de outrem. Um ato imputável retira de determinado indivíduo a possibilidade que, comprovadamente, possuía de alcançar uma vantagem futura.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho,

Caracteriza-se a perda de uma chance quando, em virtude de 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.⁷

⁵ Nesse sentido versa notícia publicada no site do STJ, pela Coordenadoria de Editoria e Imprensa, no dia 21/11/2010: “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.” Disponível em 22/10/2012, às 20:00 horas no site http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial número 788.459-BA, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005, DJ em 13/3/2006.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p 75.

A dificuldade de se buscar indenização nessas hipóteses devia-se a dificuldade de se demonstrar a certeza do dano. Argumentava-se, como ainda o fazem os críticos da teoria, que o dano era incerto, pois, mesmo que a conduta do agente não tivesse se perpetrado, não se poderia afirmar com absoluta certeza que a vítima lograria o resultado positivo esperado.

Se por um lado realmente é impossível se determinar a ocorrência do resultado final, evidente que houve um prejuízo para a vítima, caracterizado pela perda da legítima expectativa que possuía de auferir uma vantagem. É este prejuízo que a teoria da perda de uma chance visa a indenizar.

De acordo com os ensinamentos de Rafael Peteffi da Silva:

(a) chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza.⁸

Não se pode, nesses casos, confundir o resultado final esperado com o verdadeiro dano. De fato, o dano causado à vítima não é a frustração da vantagem esperada, mas a perda da chance de obtê-la, que existia antes da ocorrência do fato danoso.

O dano de que se busca reparação é independente do resultado final esperado. O dano suportado pela vítima e pelo qual se deve buscar indenização é a perda da possibilidade de alcançar a vantagem.⁹

A título de ilustração cola-se o conhecido exemplo do advogado negligente que perde o prazo de recurso desejado pelo seu cliente. Embora não se possa afirmar com certeza que, uma

⁸ SILVA, *op.cit.*, p. 13.

⁹ Glenda Gonçalves Godim destaca que : “A jurisprudência e a doutrina que criaram a teoria da perda de uma chance consideram ressarcível o prejuízo resultante de uma conduta que apesar de não causar um dano propriamente dito, retirou uma oportunidade plausível do ofendido. GODIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma Chance*. Revista dos Tribunais. V.840. 2005, p 24.

vez interposto, o recurso lograria sucesso, também não há como se negar a perda da possibilidade de vitória. Somente essa perda já traduz um dano suportado pelo cliente.¹⁰ Dessa forma, não se pode exigir a indenização pela incorrência do resultado favorável, ante sua incerteza, mas sim pela perda daquela oportunidade de se alcançar a vantagem esperada.

A oportunidade de alcançar um lucro ou evitar um prejuízo, por si só, possui um valor para o indivíduo e, portanto, se alguém lhe retira tal chance, já está configurado o dano, que evidencia-se certo e determinado.

3. PRESSUPOSTOS

Para um estudo mais coerente com o propósito do presente estudo, necessário delinear os pressupostos da responsabilidade civil sob a ótica específica da teoria da perda de uma chance.

Em momento posterior, destaca-se o pressuposto específico exigido para aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

A doutrina exige, majoritariamente, para se configurar a responsabilidade civil i) a verificação de uma conduta; ii) a ocorrência de um dano; e iii) o estabelecimento de um nexo causal entre eles.

3.1. CONDUTA

¹⁰ Nas palavras de Sérgio Savi, ao utilizar semelhante exemplo: “Se, por um lado, a indenização do dano consistente na vitória perdida (na causa judicial, por exemplo) é inadmissível, ante a incerteza que lhe é inerente, por outro lado, não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória, antes da ocorrência do fato danoso”. SAVI, *op.cit.*, p. 3.

Sergio Cavaliere Filho conceitua a conduta como “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.¹¹

A conduta do agente infrator considerada, portanto, poderá ser positiva ou negativa, ou seja, o ato lesivo pode ser causado por uma ação ou omissão humana. O aspecto objetivo da conduta é a ação ou omissão, enquanto seu aspecto subjetivo é a intenção, o elemento volitivo do agente.

Nesse ponto se distinguem a responsabilidade objetiva e subjetiva. Nos casos de responsabilidade civil subjetiva é necessário avaliar o aspecto subjetivo da conduta. Deve-se indagar sob a intenção do agente, se foi motivada ou não por culpa *lato sensu*. Assim, somente haverá a imputabilidade ao ofensor se sua conduta for considerada culpável, reprovável. Nesses casos, para se verificar a responsabilização civil, é imprescindível a comprovação de culpa do agente.

Por outro lado, nos casos de responsabilidade civil objetiva, previstos em lei, não há que se analisar o elemento subjetivo do autor, sua responsabilidade independe de culpa ou dolo.

Não há, nesse pressuposto, qualquer peculiaridade a ser analisada para os casos em que se aplica a responsabilidade civil por perda de uma chance. Basta que se verifique a conduta como conceituada anteriormente, podendo ser uma ação ou omissão.

3.2. DANO

Na evolução do instituto da responsabilidade civil, percebe-se o deslocamento conceitual do ato ilícito praticado pelo ofensor para o dano injusto sofrido pela vítima. O objetivo deixa de ser a punição para a exigência da reparação do dano causado. Essa mudança demonstra a

¹¹ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p.52.

constante preocupação doutrinária, jurisprudencial e legislativa de que os todos os danos injustamente causados sejam reparados.

Na ciência jurídica atual, portanto, o dano passou à condição de pressuposto nuclear da responsabilidade civil, visto que não há se falar em indenização se não houver dano. O objetivo principal do instituto é o restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico abalado pela ofensa.¹²

No direito brasileiro, existem duas grandes categorias de dano, o patrimonial e o moral, ou extrapatrimonial.

O dano patrimonial é aquele que atinge o patrimônio presente ou futuro da vítima, gerando prejuízos econômicos ou impedindo o recebimento de receitas. Tal categoria de dano é susceptível de avaliação pecuniária.

O dano extrapatrimonial, por sua vez, de debatida conceituação, é, a nosso entender, aquele que agride qualquer dos direitos personalíssimos da pessoa, não se exigindo alguma reação psíquica da vítima. Assim, basta que haja lesão ou ameaça ao direito à dignidade, constitucionalmente assegurado, que engloba os direitos fundamentais relativos à pessoa humana, para que reste configurada a ocorrência de dano moral.

Esse dano, por sua vez, de natureza imaterial, não é susceptível de avaliação pecuniária, devendo “ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização”, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho.¹³

¹² Conforme José de Aguiar Dias: “O dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação.” DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed., vol.2. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.13.

¹³ CAVALIERI FILHO, *op.cit.*, p. 60.

Nos casos de responsabilidade civil por perda de uma chance, o dano suportado pela vítima é a perda da oportunidade de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo.

A perda de uma chance, portanto, configura-se como uma categoria específica de dano, autônoma em relação ao resultado final frustrado. Tal caracterização surge como consequência natural da evolução do instituto da responsabilidade civil, que passou a exigir novas categorias de dano, como forma de possibilitar a reparação de todos os injustos sofridos, atendendo ao paradigma solidarista, fundado na dignidade da pessoa.

Assim, como leciona Rafael Peteffi da Silva, a “simples interrupção do processo aleatório no qual se encontrava a vítima é suficiente para caracterizar um dano reparável: a perda da chance”.¹⁴

A oportunidade perdida, no momento de ocorrência da conduta lesiva, integrava o patrimônio da vítima e, portanto, é passível de aferição pecuniária, caracterizando-se como dano independente, perfeitamente reparável.

3.2.1.DA CERTEZA E ATUALIDADE DO DANO

Para que ocorra o ressarcimento do dano, exige, tradicionalmente, parte da doutrina e jurisprudência, a sua certeza e atualidade.

Para um estudo mais detalhado, destacam-se, portanto, como requisitos do dano reparável, pois, muitas vezes, como será analisado posteriormente, são equivocadamente invocados por juristas como óbices à reparação por perda de uma chance.

¹⁴ SILVA, *op.cit.*, p.123.

O dano certo é aquele que tem sua existência determinada, sua ocorrência não é passível de dúvidas. Dessa forma, não se admite a indenização de danos hipotéticos, fundados em expectativas pouco prováveis.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o direito não aceita a indenização de dano “hipotético, eventual ou conjuntural, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se.”¹⁵ Da mesma forma, meras expectativas ou presunções de danos não são tuteladas pela responsabilidade civil.

Além da certeza, é necessária, para o direito de reparação do dano, a sua atualidade. Nesse sentido, só poderá ser indenizado o dano se já ocorreu a conduta lesiva que lhe é causa. O dano futuro, que ainda não se concretizou, não é objeto de indenização.

Ressalta-se que não se refere aqui às consequências futuras de um dano atual. Alguns danos, embora já concretizados, causam prejuízos que repercutem no tempo e devem, portanto, ser merecedores de indenização. Frisa-se que deve haver a certeza que tais consequências futuras realizar-se-ão.

Nesse ponto encontra-se a maior resistência que tradicionalmente se erigiu contra as indenizações pela perda de uma chance.

A grande dificuldade, em se aceitar a responsabilidade civil por perda de uma chance, estava na justificativa, antes propagada por parte da doutrina e jurisprudência, da incerteza do dano nesses casos.

No entanto, ao classificar a perda de uma chance como categoria de dano específico, resta comprovada a certeza do dano. Não há se questionar se a vantagem futura esperada se concretizaria, se não fosse a conduta do agente. A simples perda da oportunidade de obter o

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense.

referido resultado, proporcionada pelo ofensor, já caracteriza um dano autônomo e, portanto, certo.

Segundo Judith Martins-Costa:

Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da 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.¹⁶

Assim, o que se deve inquirir, na verdade, é a certeza da perda da oportunidade, ou seja, é indispensável que se configure, claramente, a aniquilação da possibilidade que o lesado possuía de realizar um ganho ou evitar uma perda. Mister que se comprove que houve a perda de tal oportunidade, em virtude da conduta do agente.

Tampouco há que se questionar a impossibilidade de se configurar a atualidade do dano nos casos de perda de uma oportunidade. Com a ocorrência da conduta lesiva, perde a vítima a chance que integrava seu patrimônio e, conseqüentemente, resta configurado o dano atual.

A oportunidade é perdida no momento em que se observa a ocorrência do fato danoso, caracterizando a perda da chance como um dano presente.

Dessa forma, não pode o Direito se eximir de proteger a chance perdida com justificativa na incerteza e não atualidade do dano. Atualmente, grande maioria dos juristas já defendem a aplicação da teoria por entenderem que a perda da chance é um dano certo e atual.

3.3. NEXO CAUSAL

O nexo causal é a relação de causa e efeito entre a conduta do infrator e o resultado lesivo sofrido pela vítima.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. V, tomo II: *Do Inadimplemento das Obrigações*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 362.

Além de se observar uma conduta ilícita praticada pelo agente e um dano sofrido por outrem, é imprescindível, para a responsabilização civil, um vínculo causal entre ambos eventos. Indispensável que a conduta ilícita praticada pelo agente seja a causa do dano injusto suportado pela vítima.¹⁷

O nexo de causalidade, então, deve ser certo e provado, pois como ensina Caio Mário da Silva Pereira, “não basta, esclarece Savatier, que um dano tenha coincidido com a existência de culpa ou de risco para estabelecer uma responsabilidade. Coincidência não implica causalidade”.¹⁸

Somente haverá responsabilização do agente se determinado dano for, de fato, resultado de sua conduta, podendo ser a ele imputável.

Na análise desse pressuposto, levantavam-se resistências de alguns estudiosos à aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, nos casos que se colocam sob verificação.

Essa corrente, equivocadamente, não considerava a perda da chance como dano autônomo ao resultado final. Assim, encontrava dificuldades em estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, que, segundo esse entendimento, seria a frustração do resultado esperado.

Essa dificuldade, de se caracterizar a conduta como causa do que consideravam dano, era fruto da impossibilidade de se afirmar, com certeza, que o resultado esperado se efetivaria, não fosse a ação ou omissão do agente. Como não se podia qualificar a conduta do agente como

¹⁷ Na lição de Sergio Cavaliere Filho: “Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato.” CAVALIERI FILHO, *op.cit.*, p.87.

¹⁸ PEREIRA, *op.cit.*, p.92.

condição necessária para o surgimento do dano final, a indenização por perda de uma chance não seria admitida pelas teorias tradicionais do nexo causal.

No entanto, não há se cogitar uma teoria específica de nexo de causalidade para que se configure a responsabilidade civil por perda de uma chance. Como nos casos gerais, basta que se estabeleça uma relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano suportado pela vítima, no caso, a perda da chance.

Especificamente, é suficiente que a perda de uma chance, dano nas referidas situações, seja o resultado da conduta do agente ofensor. Assim, as teorias tradicionais sobre o nexo causal são capazes de abarcar a responsabilidade civil por perda de uma chance, segundo melhor doutrina.

Uma vez que se compreenda ser a perda da oportunidade o próprio dano, basta que se configure entre aquela e a conduta do agente um vínculo causal, e restará configurada a responsabilidade civil.

3.4. CHANCES SÉRIAS E REAIS

Além dos pressupostos gerais para a configuração da responsabilidade civil, aquela que decorre da perda de uma chance, exige, especificamente, que a oportunidade da qual a vítima tenha sido privada seja séria e real, para que a mesma seja indenizável.

Não sustenta a teoria que todos os casos de perda de uma chance sejam indenizáveis, estabelecendo-se um limite para a sua aplicação. Simples esperanças subjetivas não podem ser passíveis de indenização.

Um paciente vitimado de doença incurável, a título de ilustração, somente porque almente esperanças de melhorar, jamais poderá demandar a responsabilização do médico pela perda da chance de cura, uma vez que, em verdade, ela nunca existiu.

O limite imposto para a aplicação da teoria, de exigência de seriedade e realidade das chances, tem o condão de separar, nas palavras de Rafael Peteffi da Silva, “os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada”.¹⁹

Para que a chance seja considerada séria e real, é necessário que o lesado tenha efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada, a alcançar a vantagem final.

A necessidade de se aferir a seriedade e realidade das chances também é largamente observada na jurisprudência e doutrina estrangeiras, entre as quais destaca-se a produção francesa. A Corte de Cassação Francesa, por exemplo, negou, a um menino de 9 anos, indenização por perda da chance de alcançar uma profissão remunerada, provocada por um acidente que lhe impossibilitou de realizar certas tarefas manuais, comprometendo seu rendimento escolar. Entendeu o tribunal pela incerteza do prejuízo causado, considerando a chance demasiadamente hipotética.²⁰

Do mesmo modo, exigem os ordenamentos do *Common Law* a observação desse limite como requisito à aceitação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.²¹

Assim, ao analisar o caso concreto, o aplicador deverá, para julgar pela aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, estabelecer um raciocínio para

¹⁹ SILVA, *op.cit.*, p. 121.

²⁰ *Ibid.*, p. 141.

²¹ Em *Perez v. Las Vegas Med. Ctr.*, a Suprema Corte de Nevada estabeleceu que, na maioria dos casos, uma chance de probabilidade, de se alcançar a vantagem esperada pela vítima, inferior a dez por cento, não seria substancial e, conseqüentemente, não seria reparável. *Perez v. Las Vegas Med. Ctr.*, 805 P. 2d 589 (Nev. 1991).

determinar, naquela situação, qual era a probabilidade de se chegar ao resultado esperado, se não ocorresse a conduta lesiva.

Somente poderá conceder a indenização por perda de uma chance se verificar, após tal exercício, que a chance de se chegar a vantagem esperada, retirada da vítima pelo ofensor, era séria e real. Não se admitem indenizações de chances remotas e meras esperanças subjetivas. Nos casos de meras possibilidades, que não traduzem chances sérias e reais, há um dano hipotético, cuja indenização não é admitida pelo ordenamento.

Alguns autores, como forma de orientar uma aplicação objetiva e correta da teoria, determinam limites mínimos para qualificar a chance como séria e real. Nesse sentido, alguns juristas entendem que, para se considerar a chance como séria e real e, portanto, passível de indenização, deve haver uma probabilidade mínima de 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado.

Dentre os defensores da fixação desse patamar objetivo, destaca-se o ensinamento de Sérgio Savi que, após profunda análise da doutrina e jurisprudência italiana, parece concordar com Maurizio Bocchiola²² e afirma que “Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade mínima de 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito do recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente.”²³

A Corte de Cassação Italiana, em oposição às tendências verificadas nas jurisprudências francesa e da *Common Law*, adotam o critério objetivo de exigir percentual mínimo de cinquenta por cento de probabilidade de ocorrência do resultado final.

²² BOCCHIOLA, Maurizio. *Perdita di una chance e certezza del danno*. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XXX.

²³ SAVI, *op.cit.*, p. 150.

A despeito de melhor juízo, entende-se arbitrária e injusta a fixação de um percentual mínimo para se aplicar a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

Não pode o juiz utilizar-se de um limite objetivo para selecionar os casos de perda de uma chance merecedores de indenização e eliminar os que não são dignos de reparação, por não lograrem alcançar o percentual mínimo estabelecido, sob pena de cometer graves injustiças. De fato, ao ater-se a um limite pré-estabelecido, o jurista corre o risco de adotar solução diversa para casos em que as possibilidades de se alcançar a vantagem são extremamente próximas, indenizando um e julgando improcedente outro.

Como observa Gisela Sampaio da Cruz:

Com base nesse raciocínio, entretanto, chega-se a soluções nada equânimes, como, por exemplo a de se admitir a indenização quando o lesado tem a seu favor 51% de chance de atingir o resultado final, negando-a, em caso idêntico, quando a vítima tem apenas 2% a menos, quer dizer, diante de 49% de chance de o lesado obter a vantagem esperada. Daí se vê que este critério é, no mínimo, bastante questionável.²⁴

Entendimento semelhante é exposto por Rafael Peteffi da Silva, ao afirmar que:

[...] compreende que o direito italiano tenha ficado isolado nesse entendimento, já que existem inúmeros casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo. Nessas hipóteses, não teríamos nenhum argumento sólido para negar o provimento destas ações de indenização.²⁵

Esse posicionamento parece bastante correto, pois é plenamente possível que, mesmo em casos de probabilidades menores que 50%, se constatem chances sérias e reais que, por isso, devem ser merecedoras de tutela. Estabelecer um patamar mínimo faria com que muitos casos de responsabilidade civil por perda de uma chance restassem sem reparação.

²⁴ In SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. *A Reparação dos Lucros Cessantes no Direito Brasileiro: do bom senso à incidência do postulado da razoabilidade*, 2008. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, sob a orientação do Prof. Gustavo Tepedino, p. 89.

²⁵ SILVA, *op.cit.*, p.165.

A nosso sentir, para se inquirir a seriedade e realidade das chances, deve o jurista se limitar a determinar, de acordo com o caso em análise, se havia relevante probabilidade de se alcançar o resultado esperado, se a vítima possuía condições pessoais de auferir a vantagem.

Dessa forma, entende-se que, no caso concreto, o operador do direito tem que analisar se a oportunidade de alcançar o resultado positivo estava presente no patrimônio da vítima e, sob as condições peculiares que se apresentavam no caso, a probabilidade de alcançá-lo era relevante, séria e real, caso em que se deverá conceder a indenização. Por outro lado, se após tal exercício de raciocínio, entender o jurista que a probabilidade de se alcançar a vantagem era remota, fruto da mera expectativa subjetiva da vítima, não há que se falar em indenização, por serem as chances desprovidas dos exigidos requisitos de seriedade e realidade.

Com base nesse pensamento, sustenta-se que o percentual da probabilidade de se alcançar o resultado esperado não deve ser capaz de determinar, automática e objetivamente, quais casos seriam passíveis ou não de indenização. Entretanto, tal percentual é ferramenta necessária e importante para o jurista no momento de quantificação da indenização, na determinação do *quantum debeatur*, como será visto em momento oportuno.

Conclui-se que, em que pese a força do argumento das dificuldades práticas de se estabelecer as chances revestidas de seriedade e realidade, não pode o mesmo ser utilizado pelos operadores do direito como óbice ao reconhecimento e à aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

4. NATUREZA JURÍDICA DO DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

Considerada a perda de uma chance como categoria de dano específico, deve se estabelecer a natureza dos danos gerados nessa espécie de responsabilidade civil.

Sem a pretensão de colocar fim a polêmica, inicia-se a distinção dos danos causados por perda de uma chance entre patrimoniais e extrapatrimoniais. A conceituação e distinção entre tais categoria de danos já foram objeto de análise do presente estudo (v. 3.2 *supra*). Dessa forma, voltam-se os esforços, no momento, à possibilidade de ocorrência das referidas espécies de danos nos casos de perda de uma chance.

Há posicionamentos jurisprudenciais que, por considerarem a perda de uma chance de forma diversa da ora proposta, sustentam que tal hipótese de responsabilidade só tem o condão de levar ao ressarcimento de danos de natureza extrapatrimonial.²⁶ Normalmente, essa sustentação de baseia na ideia que a frustração de uma oportunidade não acarreta para a vítima prejuízos materiais, por dificuldade de considerar a perda da chance dotada de valor patrimonial.

No entanto, a perda de uma chance pode gerar danos de ambas as naturezas: patrimonial e extrapatrimonial. O ato ilícito do infrator pode tanto causar prejuízos patrimoniais, como atingir a dignidade humana, configurando dano moral.

Assim, no caso concreto, é possível que a frustração da oportunidade cause para a vítima danos de natureza patrimonial, conjuntamente ou não, aos de natureza extrapatrimonial. Como nas hipóteses diversas da responsabilidade civil, uma só conduta pode causar ao lesado danos de naturezas distintas. Não se pode determinar, portanto, que nos casos de responsabilidade civil por perda de uma chance, a vítima só possa ser atingida por danos de uma natureza.

A responsabilidade civil por perda de uma chance ocorre quando o ato ilícito retira da vítima uma oportunidade de auferir um incremento patrimonial. Dessa forma, em qualquer

²⁶ Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2003.001.19138, 14ª Câmara Cível, Relator Desembargador Ferdinando do Nascimento, julgado em 7/10/2003.

hipótese em que ocorre a perda da chance, está configurado um dano patrimonial, visto que o patrimônio do indivíduo foi atingido.

No entanto, a ocorrência de dano patrimonial não exclui a configuração do dano moral representado pela frustração, experimentada pelo ofendido, por ter perdido aquela oportunidade. De fato, em alguns casos, a perda da chance, causada pelo ilícito, pode atingir a personalidade da vítima causando dano moral merecedor de reparação.

Na realidade, em casos que a perda da chance atinge a dignidade do ofendido, além de lhe retirar a possibilidade de auferir um lucro ou evitar um prejuízo, cumulam-se danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial. O ato ilícito, nessas situações, atinge tanto o patrimônio como a personalidade do lesado.

Nesse mesmo sentido, afirma Sérgio Savi que:

“não há dúvidas que, em determinados casos, a perda de uma chance, além de causar um dano material, poderá, *também*, ser considerada um ‘agregador’ do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano causado pela perda de uma chance como sendo um dano *exclusivamente* moral”²⁷(grifos no original).

Após essas considerações, de igual relevância se mostra a classificação da natureza patrimonial do dano causado por perda de uma chance.

A correta classificação dos danos materiais causados pela perda de uma chance como danos emergentes ou lucros cessantes, não só possui relevante valor doutrinário como também é de enorme importância prática.

O dano emergente, de acordo com os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho, “importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito”.²⁸ Nas palavras de Antunes Varela, é “o prejuízo causado nos bens ou direitos já existentes na titularidade do lesado

²⁷ SAVI, *op. cit.*, p. 57.

²⁸ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p.72.

à data da lesão”. Em suma, é aquilo que a vítima efetivamente perdeu, conforme artigo 402 do Código Civil.

Assim, o dano emergente é a lesão que afeta diretamente bens ou direitos de titularidade do ofendido, causando-lhe uma diminuição patrimonial imediata. Dessa forma, o dano emergente pode ser determinado pela desvalorização observada no patrimônio da vítima causada pela ocorrência do ato ilícito. Observa-se pela diferença entre o valor do bem jurídico da vítima antes e depois da verificação do fato danoso.

Paralelamente aos emergentes, figuram também como danos patrimoniais os lucros cessantes. No caso do lucro cessante, o ato ilícito projeta seus efeitos para o futuro e, portanto, afetará o patrimônio da vítima em momento posterior, não imediato.

O artigo 402 do Código Civil faz referência a esta modalidade de dano com a expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar”. O lucro cessante englobaria, dessa forma “tudo aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar por causa do descumprimento da obrigação.”²⁹

Na definição precisa de Sergio Cavaliere Filho, o lucro cessante consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”.³⁰ Dessa forma, nos casos de lucro cessante, o ato ilícito provoca a cessação dos rendimentos provenientes da atividade da vítima ou impossibilita um ganho futuro razoavelmente esperado.

Ressalta-se que, nos casos de lucro cessante, não há espaços para ressarcimentos de danos meramente hipotéticos, é necessário que o ganho frustrado seja razoavelmente comprovável. Através da análise das condições do caso concreto, segundo um juízo de

²⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 733.

³⁰ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p.72.

probabilidade, deve ser possível demonstrar o que o credor razoavelmente poderia lucrar, pela evolução normal dos fatos, mas não o logrou, em virtude do ato ilícito.

No momento do julgamento, portanto, deve “o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito”, através de um juízo hipotético, “e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito”.³¹

A classificação dos danos materiais causados pela perda de uma chance é extremamente importante, visto que será responsável por possibilitar sua indenização ou relegá-los a condição de irreparáveis.

Como exposto anteriormente, a reparação dos danos causados pela perda de uma chance sempre foi combatida com o argumento de sua incerteza. No entanto, como demonstrado, o que se busca reparar não é o resultado esperado, visto que sua concretização é impassível de comprovação. O dano pelo qual se demanda indenização é a perda da oportunidade de alcançar a vantagem, dano certo e merecedor de reparação.

Nesse sentido, tem-se que o certo “não é o bom êxito que a chance descortina, ainda que extremamente provável. Certa é a chance em obtê-lo, o que só por si constituía um ativo, às vezes importante, no patrimônio de quem a perdeu.”³² A chance é, portanto, uma espécie de propriedade do lesado, anterior ao fato lesivo.

Assim, parece claro o enquadramento do dano material pela perda da chance como dano emergente. A oportunidade de alcançar o resultado esperado, no momento de ocorrência do fato danoso, encontrava-se presente no patrimônio da vítima. Dessa forma, ao retirar do lesado tal

³¹ *Ibid.*, p.73.

³² TEPEDINO, *op. cit.*, p. 733.

oportunidade, a conduta do agente desfalca diretamente o patrimônio da vítima causando-lhe uma desvalorização, caracterizando o dano emergente.

O enquadramento do dano causado pela perda de uma chance como lucro cessante, não só parece desprovido de certo rigor técnico como, historicamente, inviabilizou a indenização por danos dessa natureza.

Nos casos de lucro cessante, ao contrário do que ocorre na perda de uma chance, o dano é a frustração de um ganho final, e é por esse dano que se exige a reparação. O lesado deve demonstrar que o ato ilícito lhe impediu de alcançar um rendimento razoavelmente esperado, uma vantagem final. A vítima deve demonstrar, portanto, que tal lucro seria alcançado no futuro, de acordo com a evolução natural dos fatos, não fosse a ocorrência do fato danoso.

Nesse ponto reside a diferença, mesmo que sutil, entre os casos de lucro cessante e os de perda de uma chance. Nas hipóteses de perda de uma chance, não se busca a reparação da vantagem final esperada. O dano, que deve ser reparado, é a perda da oportunidade de se alcançar tal resultado. Assim, o que deve provar a vítima é que possuía em seu patrimônio uma chance séria e real de auferir um benefício ou impedir um prejuízo, e que a conduta do ofensor lhe privou de tal oportunidade.

Classificar os casos de perda de uma chance como lucros cessantes seria uma regressão capaz de tornar tais danos irreparáveis. Essa involução ocorreria, pois, nas hipóteses de perda de uma chance, o dano final é, por definição, de demonstração impossível.³³ Nos casos de lucros cessante, por outro lado, é necessário que o ofendido comprove que, em uma situação de normalidade, alcançaria o resultado final.

³³ SAVI, *op. cit.*, p. 17.

Nas hipóteses de perda de uma chance, a completa realização da possibilidade e, conseqüentemente, o dano decorrente da perda da vantagem eventual é indemonstrável. Se fosse possível produzir a prova de certeza do resultado esperado, estar-se-ia diante de um típico caso de lucro cessante. A certeza do dano na perda de uma chance, portanto, é observada ao considerar a chance como um bem pertencente ao patrimônio do lesado, que lhe foi retirado pelo ato ilícito.

Através de uma análise mais objetiva, basta atentar para as definições de lucro cessante e danos emergentes para buscar a correta classificação. Segundo Sergio Cavaliere Filho, citando Antônio Lindbergh Montenegro e Adriano de Cupis, “pode-se dizer que, se o objeto do dano é um bem ou interesse já existente, estaremos em face do dano emergente; tratando-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, estaremos diante do lucro cessante.”

Ora, nos casos de perda de uma chance, o objeto do dano é a oportunidade perdida, que já integrava o patrimônio do lesado no momento da conduta, era um bem já existente. Assim, não há que se cogitar em bem ou interesse futuro, sustentando o entendimento de que, nos casos de perda de uma chance, configura-se um dano emergente.

Nesse sentido, importante destacar importante conclusão da *Corte di Cassazione*:

A chance ou probabilidade (vale dizer efetiva possibilidade de conseguir um bem) é também um bem patrimonial, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano atual e indenizável sempre que a sua existência seja provada ainda que segundo um cálculo de probabilidade, ou por presunção, isto é, se for possível demonstrar com certeza, ainda que somente relativa, e não absoluta, mas como tal suficiente.³⁴

5. QUANTIFICAÇÃO

³⁴ No original: “In conclusione, la chance o probabilità (vale dire effettiva e congrua possibilità di conseguire un certo bene) è anch’essa un bene patrimoniale, una entità economicamente e giuridicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile tutto che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità, o per presunzione se, cioè, possa essere dimostrata con certezza pur soltanto relativa, e non assoluta, ma come tale sufficiente.” Tradução de Sérgio Savi, in SAVI, *op. cit.*, p. 30.

Efeito direto da responsabilidade civil é gerar o dever de indenizar. É necessário que o dano injustamente causado seja reparado justamente pelo ofensor, “com a finalidade de tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso”.³⁵ O objetivo é restaurar o *status quo* observado anteriormente à conduta lesiva. Dessa forma, deve-se aferir o prejuízo proporcionado ao lesado, de forma a ressarcir-lo de forma exata e justa. Deve o operador do direito, portanto, buscar a precisa quantificação do dano experimentado, que deverá ser indenizado, como forma de não onerar injustamente nenhuma das partes.

Nos casos em que se verifica responsabilidade civil por perda de uma chance, evidentemente, é necessário estabelecer o *quantum debeatur*. O estabelecimento de critérios para quantificação da indenização devida nos casos de perda de uma chance é objeto de grande polêmica, por ser valor do dano, normalmente, de difícil aferição. No entanto, não pode a referida dificuldade de valoração configurar óbice à aplicação da teoria da perda de uma chance.³⁶

Como sustentado ao longo do trabalho, nos casos de perda de uma chance, o dano observado é a perda da oportunidade de se auferir um lucro ou evitar um prejuízo. Na esteira desse pensamento, essa chance estava presente no patrimônio do ofendido e, conseqüentemente, possuía um valor econômico incontestável no momento que foi perdida. Para a fixação da indenização devida, portanto, é necessário realizar-se a quantificação do dano, ou seja, determinar o valor da oportunidade, no momento em que foi retirada do lesado.

Como leciona Sérgio Savi:

Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance, no momento de sua perda, tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado,

³⁵ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p 4.

³⁶ Nesse sentido afirma Rafael Peteffi da Silva que “nem sempre é tão fácil de se determinar o valor da chance perdida, mas isso não pode ser motivo para se negar a indenização de um dano existente. SILVA, *op. cit.*, p. 14.

independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade.³⁷

Regra básica e pacificamente aceita pela doutrina, por sua obviedade, é que o valor da indenização da chance perdida será, sempre, inferior ao do benefício futuro esperado.

Tal postulado deriva da premissa de que, nos casos de perda de uma chance, não se pode comprovar com absoluta certeza que o lesado alcançaria o benefício esperado, não ocorresse a conduta lesiva. Caso essa prova pudesse ser feita, estabelecer-se-ia o nexo causal entre a atitude culposa e a perda da vantagem, e estar-se-ia diante de caso típico de lucros cessantes, não havendo que se falar em perda de uma chance. O dano seria, nessa hipótese, a própria vantagem esperada, e seu valor seria devido a título de indenização.

Não se pode afirmar, contudo que haja desrespeito ao princípio da reparação integral, pois haverá a reparação integral do valor da chance perdida, que é dano específico e autônomo.

Assim, tem-se que nos casos de perda de uma chance, a reparação será o valor econômico da chance perdida que, evidentemente, é sempre inferior ao valor da vantagem esperada. A liquidação do dano por perda de uma chance deverá, dessa forma, ser feita por arbitramento, de forma equitativa pelo juiz.

Sustenta-se que, para a correta quantificação do dano, devem-se utilizar como critérios o valor da vantagem final esperada e a probabilidade da oportunidade perdida levar a concretização do benefício esperado, não fosse o ato do ofensor.

Inegavelmente, o valor do benefício esperado será o principal referencial para se estabelecer o valor da chance perdida. Primeiramente, então, deve-se estabelecer o valor da

³⁷ SAVI, *op. cit.*, p 68.

vantagem esperada, do resultado útil que poderia ser alcançado antes da atuação culposa do agente.

Posteriormente, analisa-se, de acordo com o caso concreto, qual era o percentual de probabilidade que a vítima possuía de alcançar o resultado esperado, antes de ter perdido a oportunidade. Deve se estabelecer qual era o percentual de probabilidade de aquela chance, retirada do lesado, levar a concretização da vantagem esperada.

Finalmente, para se determinar a reparação devida, é necessária uma operação matemática que fará incidir sobre o valor total da vantagem esperada o percentual de probabilidade de obtenção do benefício. Multiplica-se o valor da vantagem final pelo percentual em questão e, como resultado, ter-se-á a reparação devida pela perda da chance.

Semelhante entendimento é adotado por Rafael Peteffi da Silva que, por meio de exemplo, defende que:

Mesmo que concorde com a corrente doutrinária que defende a independência das chances perdidas em relação ao dano final, é inegável que este será o grande referencial para a quantificação das chances perdidas. Como bom exemplo desta afirmação tem-se aquele do proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar a importância de R\$20.000,00 (vantagem esperada), proveniente do primeiro prêmio da corrida que seu cavalo participaria não fosse a falha do advogado, o qual efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Se as bolsas de apostas mostravam que o aludido cavalo possuía vinte por cento (20%) de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pelas chances perdidas seria de R\$4.000,00.

Como se percebe, essa operação permite que se alcance, de forma mais objetiva, a quantificação exata, imprescindível a uma compensação justa do dano suportado, impedindo arbitrariedades e subjetivismos que elevem imoderadamente ou fixem aquém do necessário o *quantum* devido.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho demonstrou-se o surgimento da doutrina da responsabilidade civil por perda de uma chance como uma exigência social. Na constante e necessária busca pela reparação integral de todos os danos injustamente causados, a evolução do direito criou ferramentas que flexibilizem o instituto da responsabilidade civil, como forma de se proporcionar justiça aos jurisdicionados.

Nesse contexto, foi concebida a teoria da *perte d'une chance*, ou perda de uma chance. Como exposto, inicialmente, a teoria sofreu grandes ataques doutrinários, como ainda ocorre em menor frequência, sendo acusada de possibilitar a indenização de danos hipotéticos.

Entretanto, como demonstrado, independente da corrente adotada, nos casos de responsabilidade civil por perda de uma chance, há flagrante dano para vítima que, portanto, exige reparação.

Configura-se um dano autônomo, certo e atual, independente do resultado final, observado na perda da oportunidade, que o ofendido possuía antes da conduta do ofensor, de angariar um lucro ou evitar um prejuízo.

A perda dessa oportunidade pode causar ao lesado danos de natureza patrimonial cumulado ou não a danos de natureza extrapatrimonial, devendo ser ressarcida. Pertencendo a chance ao patrimônio do lesado, o dano patrimonial causado configura dano emergente e, como tal, deve ser reparado.

Não é qualquer chance perdida, entretanto, que permite a responsabilização civil do ofensor. É imprescindível que a oportunidade retirada do lesado pela conduta seja séria e real. É necessário que se possa afirmar que, caso não se observasse a ação ou omissão do agente, a vítima tinha reais possibilidades de alcançar a vantagem esperada, pelo decurso normal dos fatos.

Caracterizando dano emergente autônomo, deve a perda da oportunidade ser valorada, no caso concreto, como meio de possibilitar a justa indenização devida. No momento da quantificação do dano, deve o operador do direito utilizar, como referência, o valor da vantagem esperada. Além disso, deve-se analisar qual era a porcentagem de probabilidade de a chance perdida possibilitar ao ofendido, alcançar o resultado desejado, em uma situação de normalidade. Em posse desses dados, deve o jurista multiplicar a valor do dano final pela porcentagem observada no caso concreto. Dessa forma, consegue-se atribuir valor justo à chance perdida que, portanto, será a quantia devida a título de indenização pelo ofensor.

Entretanto, ressalta-se que, atualmente, a doutrina ainda vem sendo utilizada aquém do necessário e, algumas vezes, de forma equivocada, impedindo a reparação de danos injustamente experimentados pelos cidadãos.

Nesse sentido, para uma ampla consecução da justiça, é necessário que os tribunais passem a adotar, de forma inequívoca e eficaz, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Como auxílio, devem os doutrinadores, dedicar maior atenção ao estudo do tema, almejando estabelecer diretrizes para sua aplicação correta e segura, diante de sua enorme importância para a responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

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

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. RT 718/27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOCCHIOLA, Maurizio. *Perdita di una chance e certezza del danno*. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XXX.

BORÉ, Jacques. *L'indemnisation pour les chances perdus: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*. J.C.P., 1974.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial número 788.459/BA, Quarta Turma, Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícia Especial, publicada pela Coordenadoria de Editoria e Imprensa, no dia 21/11/2010. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879. Acesso em 21/11/2010, às 20:00 horas.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O dever de indenizar, in FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Org.) *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade Civil dos Grupos*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

DIAS, Sergio Novais. *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de Uma Chance*. São Paulo: LTr, 1999.

GODIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma Chance*. Revista dos Tribunais. V.840. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao Novo Código Civil*, v V, tomo II: *Do Inadimplemento das Obrigações*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações* v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Volume III, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível número 2003.001.19138. Rel: Des. Ferdinando do Nascimento, julgado em 7/10/2003.

SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. *A Reparação dos Lucros Cessantes no Direito Brasileiro: do bom senso à incidência do postulado da razoabilidade*, 2008. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, sob a orientação do Prof. Gustavo Tepedino.

SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos*, In TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Renovar, 2005.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*, 2. ed., Rio de Janeiro: Atlas, 2009.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance no Direito Francês*, 2001. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da UFRGs, Porto Alegre, sob orientação da Professora Doutora Judith Martins-Costa.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v I. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.