

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A QUANTIFICAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE À LUZ DA CASUÍSTICA

Ignez Guimarães¹

GUIMARÃES, I. Considerações críticas sobre a quantificação da perda de uma chance à luz da casuística. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 1, p. 65-85, jan./jun. 2010.

RESUMO: Objetiva-se tecer avaliações sobre os critérios de quantificação da perda de uma chance por intermédio do estudo de casos concretos. Para tanto, analisa-se a teoria ponderando-se casos com repercussão jurídica relevante, tais como o do “Show do Milhão”, o da “falha na prestação de serviços pelos correios” e o da “desvalorização das ações”. A teoria da perda de uma oportunidade será examinada como uma das formas de inadimplemento obrigacional. Objetiva-se demonstrar que a chance perdida deve ser indenizada com o uso de padrões razoáveis e objetivos e não apenas ser compensada medianamente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil. Inadimplemento obrigacional. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Quantificação.

1 INTRODUÇÃO

A primeira indagação que se deve fazer acerca da perda de uma chance é a de que ela não é uma hipótese de dano meramente potencial, nem a perda de um eventual resultado favorável, e sim a perda da possibilidade de alcançar tal situação. Na perda de uma chance priva-se o ofendido do direito de usufruir alguma coisa – se não fosse o dano, o ofendido teria a possibilidade de desfrutar de um bem da vida ou de impedir um prejuízo ao bem.

Embora seja uma possibilidade de se alcançar uma situação favorável ou de se evitar um prejuízo, a chance obstada pelo ofensor deve ser séria, não podendo ser tão abstrata a ponto de ser metafísica². A possibilidade deve ser

¹Ignez Guimarães é advogada, pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes/RJ e mestranda em Direito no Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina/PR.

²Afirma Sérgio Severo: “A questão da perda de uma chance está inserida na esfera da certeza do dano, visando a indenização do dano causado quanto a vítima vê frustrada, por ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça” (**Os Danos Extrapatrimoniais**, Saraiva, São Paulo, 1996, p.11 a 13). Na mesma linha, Antonio Jeová Santos: “Trata-se de probabilidade. O fato danoso veio a tornar impossível o ganho provável. Não é mencionada mera possibilidade, porque o ‘provável’ encerra um certo grau de certeza no tocante à consequência do dano. Sendo suficientemente fundada a perda de chance, há o dever em indenizar.” (**Dano Moral Indenizável**, Lejus, São Paulo, 1997, p. 21).

plausível, palpável ou empírica ensejando àquele que sofreu o dano “efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada”³.

Deve ficar claro ao leitor que essa teoria francesa é comumente relacionada à responsabilidade civil. No presente artigo se buscará a sua relação com o inadimplemento obrigacional, que, aliás, também tem na responsabilidade civil sua fonte.

A relação entre obrigação e responsabilidade civil pela perda de uma chance é que essa constitui uma das fontes daquela, na modalidade “ato ilícito” ou “inadimplemento contratual”. Isso significa que as obrigações podem ter origem em um dano causado pela perda de uma oportunidade, seja como ato ilícito seja como hipótese de inadimplemento contratual, como naquele ocorrido na casuística do “Show do Milhão”.

Veja-se a respeito Fernando Noronha⁴ ao discorrer sobre o contrato como fonte obrigacional:

A principal fonte de obrigações é, sem dúvida, o negócio jurídico, especialmente na sua modalidade mais importante que é o contrato. É o negócio jurídico que permite aos indivíduos prover a satisfação de suas necessidades, pois é ele que fornece os quadros jurídicos para a produção e circulação de bens e serviços, para a associação de pessoas, para as relações de trabalho, etc.

Existem doutrinadores, como Perozzi⁵ e Serpa Lopes⁶, que entendem que são duas as fontes das obrigações: o contrato e a lei. Serpa Lopes critica os atos unilaterais como fonte de obrigação, porque a manifestação de vontade somente cria vínculo obrigacional (característica essencial das obrigações), quando encontra outra vontade que a ele adere e formula contrato (convenção). É o caso da promessa de recompensa. Quando uma pessoa cumpre tarefa para a qual se prometeu recompensa, adere à vontade do promitente, formando, dessarte, contrato. Para este autor, da lei viriam as obrigações por atos ilícitos e por fatos geradores de enriquecimento sem causa.

Outros, como Josserand⁷ e César Fiúza, consideram como fonte das

³MELO, Raimundo Simão de. **Indenização pela perda de uma Chance**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>. Data de acesso: 13 de abril de 2010.

⁴NORONHA, Fernando. **Curso de Direito Civil**. Vol. 3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 10.

⁵PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. Roma: Athenaeum, 1928, p. 16 apud FIUZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. 13ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 301.

⁶SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 27 apud FIUZA, César. *Obra Cit.*, p. 301.

⁷OSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 10 apud FIUZA, César. *Obra Cit.*, p. 301.

obrigações os atos jurídicos, como o contrato e os atos unilaterais (promessa de recompensa, gestão de negócios, título ao portador, pagamento indevido, atos unilaterais que geram enriquecimento sem causa), os atos ilícitos e a lei. Para essa vertente, as fontes das obrigações não advêm, necessariamente, da vontade, como no caso do pagamento indevido que gera a obrigação de restituir e da gestão de negócios – os quais não combinam necessidade e vontade. Ao que se nos apresenta, esta corrente mais se aproxima do melhor Direito.

Dessa maneira, comprova-se que a responsabilidade civil pela perda de uma oportunidade nada mais é do que uma das fontes das obrigações, seja porque pode ser materializada por um ato ilícito punível pela lei, seja porque pode ser materializada por intermédio do descumprimento de um contrato.

Para não perder o foco – investigar a perda de uma chance como fonte de obrigações – tratar-se-à da responsabilidade civil pela perda de uma chance, do seu conceito, da sua natureza jurídica, da sua previsão legal, mas se dará ênfase à casuística e às considerações críticas aos critérios de quantificação, porque o que se almeja é construir um artigo filosoficamente voltado à teoria geral das obrigações.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Judith Martins-Costa⁸, na apresentação do livro de Rafael Peteffi, assevera que Nancy Levit cunhou a expressão *ethereal torts* (agravos etéreos) para designar certos danos que não são tangíveis como o dano material o é, “mas intangíveis, imateriais, como quebras de expectativa ou frustração de confiança, invasão de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda da possibilidade de escolha. Esses prejuízos *etéreos* já são considerados “danos” no sentido plenamente jurídico e, sendo assim, nos diferentes sistemas, são considerados reparáveis”.

A responsabilidade civil expandiu-se num contexto em que a valorização do homem era estritamente individualista e liberal, no qual a pessoa era considerada pelo que ela tinha e não pelo que ela. Na era napoleônica, donde retira inspiração o Código Civil Brasileiro de 1916, o indivíduo reivindicava do Estado a não interferência nas relações privadas ou os direitos de defesa: civis e político. A noção de dignidade, de honra, de solidariedade e de moral não devia ser ocupação ou ter a proteção do Estado. Por isso, nessa realidade liberal, o único dano que a pessoa poderia sofrer era patrimonial.

Com a Revolução Industrial, o homem passou a ser o opressor do pró-

⁸Apud apresentação de PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. xvi.

prio semelhante na busca desenfreada pelo lucro e pela produtividade. O ser humano coisificou-se em mera mão de obra. Nessa esteira, as relações de trabalho tornaram-se tão injustas a ponto de se explorar o trabalho de crianças e mulheres grávidas com jornadas exaustivas, noturnas, insalubres e perigosas. Nesse momento, o homem apercebeu-se de que os direitos de defesa eram insuficientes para o desenvolvimento livre, justo e sadio da humanidade. O indivíduo deparou-se com a necessidade de ter não só o seu patrimônio protegido pelo Estado, mas também a sua dignidade, a sua honra, a sua privacidade e tantos outros valores sociais e imateriais. Passa-se a exigir do Estado os direitos prestacionais que assegurassem ao cidadão uma vida minimamente digna (Estado Social).

Essa mudança de paradigma influenciou o Direito Civil e, conseqüentemente, a responsabilidade civil. O dano não é mais puramente material, ele pode ser moral, pode ser estético, ético e enfim, o dano pode ser imaterial.

Relevantes, também, para o desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil, tal qual como ela é atualmente concebida foram a relativização da autonomia da vontade, o dirigismo contratual e a objetivação da responsabilidade. Enfim, “houve uma verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil, antes preocupada em encontrar o caráter culposo da conduta do agente, atualmente voltada para a reparação do dano”⁹.

A vida do homem é feita de oportunidades. Não é à toa que hodiernamente tanto se fala em igualdade material, substancial ou de oportunidades. Muitas vezes, o destino pode ser transformado pela chance de exercer certo direito ou de evitar certo prejuízo. Se um indivíduo tolhe do outro, por meio de violação a um direito, uma oportunidade real de ser ou estar em melhor condição pessoal, nada mais justo ser o ofensor obrigado a reparar essa perda. O poder que uma oportunidade perdida tem, na realidade de uma pessoa, pode chegar ao ponto de determinar o resto dos dias de sua vida, a exemplo hipotético, do caso de um bacharel em Direito que perde a oportunidade de prestar uma prova oral para ingresso na carreira da magistratura por ocasião de atraso de vôo em companhia aérea.

Isso não envolve somente uma questão econômica, diz respeito também à possibilidade de realização profissional, a frustração de um sonho, a luta diária pela qual passou o ofendido para alcançar aquela situação. Obviamente, que as chances que uma pessoa tem de vir a se tornar um juiz, estando na fase oral, são infinitamente maiores do que a de quem irá prestar uma prova objetiva. Lado outro, não é óbvio que essa pessoa poderá se candidatar novamente ao cargo de juiz

⁹PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Obra Cit.* p. 4. O autor referido traz à colação sobre o tema, doutrina de José de Aguiar Dias: “o sistema da culpa, nitidamente individualista, evolui para o sistema solidarista da reparação do dano”. Acredita-se que essa frase resume e conclui a mudança de paradigma dentro da responsabilidade civil, inclusive na perda de uma chance.

e obterá o êxito de chegar novamente à prova oral, pois pode ser que o candidato, de repente, engravide e tenha que trabalhar para sustentar sua nova família, pode ser que ele sofra um acidente, pode ser que a pessoa que o sustenta materialmente sofra um acidente, enfim podem ser muitas situações indescritíveis nesse momento – a vida é uma caixa de surpresas –, mas o importante é que essa chance perdida **jamais** voltará à esfera do candidato assim como ela veio.

Na concepção do Estado liberal, um dano como esse causado pela companhia aérea ao candidato à vaga de juiz não seria indenizável, pois “os danos advindos pelo acaso eram totalmente suportados pela vítima”.¹⁰ Com o avanço da tecnologia, da ciência estatística e da probabilidade, as situações aleatórias desmistificaram-se.

Infere-se, então, que nessa situação hipotética, já se teria um paradigma mínimo para a correta indenização da perda de uma chance, a saber: a probabilidade real de que aquele que está na fase oral de um concurso tem de ingressar na carreira. Outros critérios que poderiam ser estabelecidos seriam o da colocação do candidato no concurso, desenvoltura nas demais fases, vida acadêmica do candidato, tempo de atividade jurídica, etc.

Vê-se, pela explanação, que embora etérea – imaterial, tênue, sutil, rarefeita – a perda de uma chance pode ser indenizada, por intermédio de quantificações objetivas baseadas em critérios justos, razoáveis e em juízos racionais de probabilidade e estatística.

Adauto Tomaszewski¹¹, ao tratar da lógica do razoável e a difícil arte de julgar, textualiza que o Direito não tem como acompanhar o ritmo com que as mudanças sociais ocorrem. A velocidade dessas é maior do que a velocidade dos procedimentos para alterar aquele, sendo assim “não será mais admissível que o legislador possa pensar em normas que definam de forma precisa, certos pressupostos e condutas e consiga antever suas consequências num sistema fechado. Um sistema sem mobilidade pode até conferir mais segurança às relações jurídicas, mas pode mais facilmente trazer injustiças”.

Extrai-se, daquelas considerações, que a mobilidade trazida ao Direito Civil por intermédio das cláusulas gerais e dos conceitos gerais indeterminados permite ao julgador determinar, para cada caso concreto, a solução mais justa e que se amolde às necessidades reais das partes.

A lógica tradicional matemática não é suficiente para medir a extensão do dano causado pela oportunidade perdida, afinal “a validade das normas jurí-

¹⁰PETECCI DA SILVA, Rafael. *Obra Cit.* p. 8.

¹¹TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **A lógica do razoável e o negócio jurídico: reflexões sobre a difícil arte de julgar.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto805.rtf>. Data de acesso: 12 de maio de 2010.

dicas positivas estão necessariamente condicionadas pelo contexto ‘situacional’ em que se produziram e para o qual se produziram”¹².

Recaséns Siches defendeu o emprego de um só método, o da **lógica do razoável**, a qual era “uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valorização, de pautas axiológicas, que além de tudo traz consigo os ensinamentos colhidos da experiência própria e também do próximo através da história”¹³.

Nesse sentido, amolda-se a lógica do razoável ao presente artigo, na medida em que os parâmetros a serem levados em consideração pelo magistrado na quantificação pela perda de uma chance são móveis, mas nem por isso serão desproporcionais ou desarrazoados.

Nessa esteira, cumpre destacar que a apreciação dos critérios de quantificação da responsabilidade civil é subjetiva. Mas, embora sejam subjetivas as apreciações dos julgadores, existem **critérios objetivos mínimos** fixados em lei e fixados pela lógica do razoável.

Assim, a apreciação equitativa do julgador está jungida a **parâmetros pré-determinados pela própria lei e pelo princípio da razoabilidade**, significando dizer que, a interpretação dos julgadores há de se ater, necessariamente, a **critérios objetivos** expressamente reconhecidos na lei e objetivamente traçados pela lógica do razoável.

Ora, retomando o caso do candidato que deixou de se apresentar para a prova oral para ingresso na carreira de juiz por ocasião de atraso de vôo. Fixar uma indenização tomando apenas como critério o fato de ele ter deixado de participar de uma fase qualquer do concurso feriria a lógica do razoável. É de se destacar que a fase oral é a definitiva para que o candidato possa vir a se tornar juiz e que, antes dela, todas as demais fases tiveram um peso conclusivo para se chegar até ali. O candidato teve que eliminar milhares de concorrentes na prova objetiva, escrever dissertações e elaborar sentenças, mostrando-se “quase” apto ao cargo. Certamente, que mesmo sendo uma situação aberta e flexível, não se pode olvidar da razoabilidade para julgar o caso concreto.

Destarte, faz-se oportuna a análise do conceito da perda de uma chance, para ser possível percorrer o caminho de sua quantificação com maior rigor.

3 CONCEITO

De acordo com fontes trazidas por Rafael Peteffi, a primeira decisão jurisprudencial acerca da perda de uma chance deu-se na Corte de Cassação Fran-

¹²Idem, ibidem.

¹³**Tratado General de Filosofía del Derecho**, p. 642 apud TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. Obra Cit.

cesa, em 17 de julho de 1889, ainda no século XIX, quando a atuação culposa de um oficial ministerial extinguiu todas as chances de uma demandante lograr êxito num determinado processo e se entendeu que esse dano pela perda de uma oportunidade seria indenizável¹⁴.

Já no *Common Law*, a teoria da perda de uma chance adentrou na jurisprudência em 1911, no caso *Chaplin v. Hicks*, em que o réu impediu a autora, uma das cinquenta finalistas em um concurso de beleza, de participar da etapa final que consistia numa apresentação perante um júri que concorreria a doze diferentes prêmios. Inclusive, um dos juízes argumentou que a autora teria a probabilidade de 25% de ganhar um dos prêmios¹⁵.

O autor referido conceitua a perda de uma chance como um acontecimento em que se paralisa um processo aleatório¹⁶ por um ato imputável, no qual o ofendido perderá a probabilidade de um evento favorável¹⁷. Ainda, para ele, deve haver uma seriedade mínima das chances reparáveis¹⁸, isto é, perdas surreais não são indenizáveis.

Raimundo Simão de Melo¹⁹ e Sergio Cavalieri Filho²⁰ incluem no conceito da teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) o desaparecimento da probabilidade de um evento que ocasionaria não só um benefício futuro para o ofendido, como também a oportunidade de se evitar um prejuízo.

Ao que aparenta, a oportunidade de se evitar um prejuízo no fundo se

¹⁴COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do, p. 222 e VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de Droit Civil**, 2ª. ed. Paris: LGDJ, 1998. V: Les conditions de la responsabilité civile, p. 74 apud PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Obra Cit.*, p. 11-12.

¹⁵FISCHER, David A. *Tort recovery for loss of a chance*. **Wake Forest Law Review**, Fall 2001, p. 608-609.

¹⁶Sobre a aleatoriedade na perda de uma chance: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 2009, p. 75: “A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória”.

¹⁷Nas suas palavras: “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 um 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”, p. 13.

¹⁸*Obra Cit.*, p. 18.

¹⁹*Obra Cit.*: “O sentido jurídico de chance ou oportunidades é a probabilidade de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo”.

²⁰CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Obra Cit.*, p. 74-75: “Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por *chance* a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda”.

converte em um benefício. No entanto, outros autores mantêm²¹ a ideia de prevenção de um dano futuro, razão pela qual se optou por realçar esse aspecto.

Rui Stoco²² critica veementemente a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Na sua visão, admiti-la é responsabilizar alguém por um resultado que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético não verificado e sem concreção “em verdadeira futurologia empírica”.

Entretanto, parece que o autor confunde o que é o dano na teoria da perda de uma vantagem. O dano, nesse caso, não é ter deixado de alcançar um determinado resultado, mas sim ser privado de, ao menos, tentar atingi-lo. Assim, por exemplo, um cliente que sucumbiu numa causa, mesmo o advogado sendo diligente não sofrerá dano algum ante a negativa do resultado esperado. No entanto, um cliente que perdeu a causa, sendo-lhe as condições favoráveis – como, por exemplo, jurisprudência majoritária em seu favor no Tribunal *ad quem* –, em função de o advogado não ser diligente e deixar transcorrer o prazo para recurso poderá ser indenizado pela oportunidade perdida e não pela vantagem esperada²³.

Contraditoriamente, em relação ao erro no diagnóstico ou a demora em identificar uma doença, Rui Stoco admite a aplicação da perda de uma chance na responsabilidade médica²⁴. Faz novamente ressalvas à teoria ao final²⁵ e afirma

²¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, 9ª. ed., p. 42: “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”.

²²**ratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 7ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 512. O autor conclui, argumentando sobre a responsabilidade civil do advogado que “a maior heresia será admitir que o profissional, em uma obrigação contratual de meio, seja responsabilizado pelo resultado”.

²³ADVOGADO - RESPONSABILIDADE CIVIL - OBRIGAÇÃO DE MEIO - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. (...) A denominada “teoria da perda de uma chance”, de inspiração francesa, empresta suporte jurídico para indenizações em caso de frustração de demandas judiciais devido ao **desleixo profissional de advogados lenientes, contanto que estejam configuradas, de modo preciso, a seriedade da probabilidade dos ganhos e sua relação de causalidade direta com os atos desidiosos**. À luz da “teoria da perda de uma chance”, que elastece os contornos dos lucros cessantes, o atendimento do pleito indenizatório está adstrito não apenas à comprovação de que os serviços advocatícios deixaram de ser prestados segundo parâmetros razoáveis de qualidade. Exige também a comprovação de que o autor da demanda efetivamente titularizava os direitos pleiteados e que a repulsa judicial derivou das faltas técnicas atribuídas aos serviços advocatícios. (TJ-DFT- Ap. Cív. 20040111230184 – Rel. Des. Jaime Eduardo Oliveira – Publ. em 26-7-2007) [Grifos Nossos]

²⁴Obra Cit., p. 592: “Nessa hipótese mencionada, impõe-se aderir ao entendimento exposto, pois o erro no diagnóstico ou a demora em identificar a doença afasta a “chance” do paciente, senão de obter a cura, pelo menos a de suportar a doença com mais conforto e menos sofrimento, ou ampliar sua expectativa de vida. **E então a teoria da perda de uma chance aqui tem adequada aplicação**”. [Grifos nossos]

²⁵“Também não há como aderir à conclusão a que chegou a vetusta Corte de Cassação francesa, no

que mesmo no erro médico é necessário o nexo de causalidade para a responsabilização do médico devendo se estabelecer uma ligação entre o autor da ação (médico) e o resultado (morte)²⁶. Por fim, entende cabível a teoria no âmbito da medicina cosmetológica e embelezadora e da cirurgia plástica e estética²⁷.

A nosso ver, tal autor é crítico da teoria da perda de uma oportunidade não a reconhecendo para os casos de responsabilidade civil do advogado e admitindo, com restrições, nos casos de erro médico em diagnóstico e amplamente na área da medicina estética. Tem-se a impressão de que Rui Stoco associa a teoria da perda de uma chance com as obrigações de meio. Afinal, como já explicado, é imprescindível diferenciar o resultado desperdiçado da oportunidade de alcançá-lo: “ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra da certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo”²⁸.

Considerando-se as anotações de Raimundo Simão de Melo, Rafael Peteffi, Sergio Cavalieri Filho e Sérgio Savi com a dialética apresentada em Rui Stoco conclui-se que a perda de uma chance é a real possibilidade perdida em razão de um dano, derivado de um ilícito legal ou contratual, de se obter uma condição favorável (benefício) ou de se evitar uma situação prejudicial (prejuízo). Conceituada a perda de uma vantagem, passa-se à árdua análise da sua natureza jurídica.

4 NATUREZA JURÍDICA

Tema tormentoso é o da natureza jurídica da perda de uma vantagem. Trata-se de questão controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Ocorre que é comum, no Brasil, ser a indenização pela perda de uma chance tratada pelos Tribunais como se dano moral fosse²⁹ ou, então, como se fosse lucro

sentido de que, ‘quando não é possível afirmar que determinado dano se deve a um ato ou omissão do médico, supõe-se que o prejuízo consiste na perda de uma possibilidade de cura – e, em conseqüência, condena à indenização por esta perda’ (cf. narrativa de Kfoury Neto)”. p. 592.

²⁶ “Neste caso poderá ter ocorrido um ato ilícito, um comportamento antijurídico que ofenda o direito preexistente e um resultado danoso; mas, não se estabelecendo uma ligação entre o autor da ação e o resultado, não se poderá responsabilizá-lo”. p. 592.

²⁷ “Cabe obter temperar, por último, que no âmbito da medicina cosmetológica e embelezadora e da cirurgia plástica e estética, a teoria da perda de uma chance encontra terreno fértil, ampla e plena aplicação”. p. 592.

²⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**, Altas, 2006, p. 102 apud CAVALIERI FILHO, Sergio. *Obra Cit.*, p. 78.

²⁹ Responsabilidade Civil. Advogado. Negligência na atuação profissional. Caracterização. Ação trabalhista proposta só após o decurso do prazo de prescrição. Impossibilidade, entretanto, de avaliar o direito do reclamante. **Indenização pela perda da chance de ver o pleito examinado pelo Judici-**

cessante³⁰. Há quem a considere como espécie intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante; há quem defenda de que se trata de uma subespécie de dano emergente; há quem acredite ser uma concepção mitigada do nexa causal o seu fundamento e há quem defenda ser uma ampliação do conceito de dano. Ao

ário. Modalidade de dano moral. Recurso provido para julgar procedente a ação (1º. TACSP – 8ª. C. – Ap. 680.655 – j. 23.10.96 – Repertório IOB Jurisprudência 3/12.892). [Grifos nossos].

RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA. CLÍNICA DE OLHOS. DESLOCAMENTO DE RETINA. PERDA DE VISÃO. ATENDIMENTO TARDIO. **PERDA DA CHANCE. REPARAÇÃO.** Inequívoca a responsabilidade civil da autora por perpetrar a autora perda da chance de salvar a sua visão evidenciada pela conduta omissiva médica na primeira consulta marcada para 29/12/1999, por falta de profissional disponível na ocasião, transferindo-se, a consulta e atuação médica para o dia 30/01/2000, quando a lesão da mácula na retina já se consolidara, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e procedimento cirúrgico, nessa ocasião, sem a mínima possibilidade de sucesso. **A questão da perda de uma chance se afigura na situação fática definitiva de perda da visão de olho direito que nada mais modificará, visto que o fato do qual dependeu o prejuízo está consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse, ao menos, possibilidade de sucesso e salvaguarda de sua visão.** Provento parcial do segundo recurso e desprovimento do primeiro apelo (TJRJ, 9ª. Câmara Cível, Apelação Cível nº 8.137/2006, rel. Des. Roberto de Abreu e Silva). Curiosamente, **a indenização foi concedida a título de dano moral**, veja-se: “Em tais circunstâncias, comprovado o dano da autora e a ocorrência da falta de cuidado da ré para o fato a configurar a perda da chance e não a causa principal e determinante da conseqüente perda da visão, impõe-se a responsabilidade mitigada da ré a **título de reparação dos danos morais em R\$ 10.000**” [Grifos nossos] apud CAVALLIERI FILHO, Sergio. *Obra Cit.*, p. 78-79.

TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO PAGO E NÃO CADASTRADO - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. Hipótese na qual o autor adquiriu título de capitalização, que foi pago em 08/05/2002. Entretanto, não recebeu o título e, ao consultar a central de atendimento da Federal Capitalização S/A, segunda ré, verificou que não havia título em seu nome e CPF. Assim, resta caracterizada a falha no serviço. É caso de inadimplemento contratual, e responsabilidade das rés pela inexecução do ajuste. A abrangência do artigo 403 do CC não autoriza a reparação do dano remoto, o que ocorreria se levado em conta o valor do prêmio que poderia ser obtido. **A chamada teoria da perda de uma chance, em caso como o dos autos, deve ser equacionada dentro da reparação do dano moral, e sua carga lateral punitiva.** Admitido que a ré pudesse sair livre da situação, apenas devolvendo o valor aplicado, seria ofensa à dignidade de todos os consumidores que, como o autor, fazem a sua fé na sorte. (TRF-2ª Região - Ap. Cív. 2003.51.10.001761-6 – Rel. Des. Guilherme Couto – Publ. em 5-5-2006). [Grifos nossos]

RESPONSABILIDADE CIVIL - COLETA E ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS-TRONCO - AUSÊNCIA DE PREPOSTO DA EMPRESA NO MOMENTO DO PARTO. Se os pontos que se pretendia demonstrar com a produção de novas provas podiam ser averiguados através dos documentos que instruíram a inicial, mostra-se desnecessária sua realização, inoocorrendo, portanto, cerceamento de defesa. Considerando que as células-tronco são o grande trunfo da medicina moderna no tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis, não se pode dizer que a ausência da ré no momento do parto, com a perda da única chance existente para a coleta desse material, trata-se de um simples inadimplemento contratual. **Havendo desperdício da única chance existente para a coleta das células-tronco por culpa exclusiva da ré, que foi negligente ao deixar de encaminhar preposto qualificado para a coleta no momento oportuno, evidente se mostra o dano moral suportado pelos autores diante da frustração em ampliar os recursos para assegurar a saúde de seu primeiro filho.** (TJ-PR - Ap. Cív. 401.466-0 - Acórdão COAD 121952 - Rel. Des. Ronald

que se nos parece, mais se aproxima de uma derivação do conceito de dano. Para Raimundo Simão de Melo³¹, a natureza jurídica da perda de uma chance estaria entre o dano emergente e o lucro cessante, não sendo um nem outro. O autor entende que a perda de uma chance seria uma terceira espécie intermediária de dano, também não se confundindo com o dano moral. O dano emergente seria uma efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima, enquanto que o lucro cessante seria o que o ofendido razoavelmente deixou de lucrar, sendo certo que, em ambos os casos, a vítima teria um juízo de certeza do dano aguardado e não de probabilidade como na situação que envolve perda de uma oportunidade. Já o dano moral provém de abalo psíquico, situação vexatória, ofensa à honra ou à dignidade em alguma coisa se igualando à perda de uma chance, mas dela também diferindo em alguns aspectos.

Sérgio Savi³², por sua vez, considera a perda de uma chance como subespécie de dano emergente. Afirma que a oportunidade deve ser tida como incorporada ao patrimônio anterior do sujeito que sofre a lesão e, sendo assim, insere a perda de uma chance no conceito de dano emergente, o que extingue o

Schulman - Publ. em 1-6-2007) [Grifos nossos]

SORTEIO - EXCLUSÃO DE PARTICIPANTE - **TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - DANO MORAL CONFIGURADO**. Não tendo o requerido comprovado a existência de fato extintivo do direito da autora em participar da segunda fase do sorteio por ele promovido, necessário o reconhecimento do dano extrapatrimonial, face à frustração em participar do sorteio objeto desta demanda. Aplicável, ao caso, a Teoria da Perda de uma Chance. (...) (TJ-RS - Ap. Cív. 70.020.549.648 – Acórdão COAD 124762 - Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack - Publ. em 4-3-2008) [Grifos nossos]

³⁰DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR MUNICIPAL - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO.(...) Laudo pericial conclusivo no sentido de que houve nexo de causalidade, o que se confirma diante do conjunto probatório, não tendo o município se esforçado para demonstrar que agiu adequadamente na realização do exame causador do dano.(...) Orientação predominantemente em matéria de falha médica ou hospitalar. **Aplicação da teoria da perda de uma chance**. Precedentes do STJ. Configuração dos danos moral, estético e material, este, **no tocante ao lucro cessante**. (TJ-RJ- Ap. Cív. 2008.001.20957 – Rel. Des. Custódio Tostes – Julg. em 6-8-2008) [Grifos nossos]

ADVOGADO - RESPONSABILIDADE CIVIL - OBRIGAÇÃO DE MEIO - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. (...) A denominada “teoria da perda de uma chance”, de inspiração francesa, empresta suporte jurídico para indenizações em caso de frustração de demandas judiciais devido ao desleixo profissional de advogados lenientes, contanto que estejam configuradas, de modo preciso, a seriedade da probabilidade dos ganhos e sua relação de causalidade direta com os atos desidiosos. **À luz da “teoria da perda de uma chance”, que elastece os contornos dos lucros cessantes**, o atendimento do pleito indenizatório está adstrito não apenas à comprovação de que os serviços advocatícios deixaram de ser prestados segundo parâmetros razoáveis de qualidade. Exige também a comprovação de que o autor da demanda efetivamente titularizava os direitos pleiteados e que a repulsa judicial derivou das faltas técnicas atribuídas aos serviços advocatícios. (TJ-DFT- Ap. Cív. 20040111230184 – Rel. Des. Jaime Eduardo Oliveira – Publ. em 26-7-2007) [Grifos Nossos]

³¹Obra Cit.

³²Obra Cit., p. 102 apud CAVALIERI FILHO, Sergio. *Obra Cit.*, p. 77.

problema da certeza do dano. Portanto, a indenização da perda de uma chance não é concedida pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir essa vantagem.

Rafael Peteffi³³ denomina “dano final” a perda da vantagem esperada pela vítima, sendo que esse dano final não é passível de indenização “tendo em vista que a conduta do réu, nos casos de perda de uma chance, nunca se caracteriza como uma condição *sine qua non*”. Esse autor ensina que sobre a perda de uma chance existem duas correntes doutrinárias acerca da sua natureza jurídica. A primeira, majoritária na França e defendida por Georges Durry e François Chabas tem a perda de uma chance como um conceito específico de dano “tendo em vista que o processo aleatório em que se encontrava a vítima foi interrompido em momento anterior ao seu estágio derradeiro”³⁴. A segunda estaria estruturada no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final, ou seja, como uma mitigação do nexo causal.

Fernando Noronha³⁵ divide a teoria da perda de uma chance em duas modalidades: (1) “frustração da chance de obter uma vantagem futura” e (2) “frustração da chance de evitar um dano que aconteceu”, essa última subdivide-se em (2.1.) “perda de uma chance de evitar que outrem sofresse prejuízo” e a “perda de uma chance por falta de informação”. Defende que a natureza da chance perdida, em qualquer dessas espécies, seja de dano autônomo e distinto dos “eventuais benefícios esperados”, com o que discorda Peteffi.

Para Rafael Peteffi da Silva, “a necessidade de arquitetar presunções para provar o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano final ocorre exatamente pela impossibilidade de se admitir um dano autônomo e independente consubstanciado nas chances perdidas”³⁶ como, por exemplo, se um médico comete um inescusável erro técnico aumentando os riscos de morte para o paciente e, mesmo assim, ele se recupera e vive saudavelmente, não há dano indenizável.

Entretanto, apesar de ser grande a polêmica sobre a natureza jurídica da perda de uma chance e de não haver unanimidade na doutrina, acredita-se ser ela uma derivação do conceito de dano, assim como ocorreu com o dano moral. O CC de 1916 restringia o conceito de dano ao dano material. Evolui-se. Agora já é pacífica a existência do dano moral na seara do CC de 2002, assim como o dano estético. É nessa evolução que se encaixa a perda de uma chance. Trata-se de derivação de um conceito amplo que é o dano.

³³Obra Cit., p. 104.

³⁴Obra Cit., p. 106.

³⁵**Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, v.III, p. 683 apud PETEFFI DA SILVA, Rafael. Obra Cit., p.107-108.

³⁶Obra Cit., p.109-110.

5 PREVISÃO LEGAL

Clóvis do Couto e Silva entendia que o art. 159, do CC de 1916 continha uma cláusula geral semelhante a do art. 1.382 do Código Civil francês. No entanto, o desenvolvimento da teoria da perda de uma chance no Brasil restou engessado pelo fato de que a nossa legislação enumerava casuisticamente os bens protegidos (arts. 1.537 a 1.554), o que limitara a criação de novas espécies de reparação³⁷ e seria um entrave ao reconhecimento da aplicação da perda de uma oportunidade.

Atualmente, a CF de 1988 e o CC de 2002 contêm dispositivos que efetivamente abrigam a perda de uma chance, são eles: art. 5º, V, da CF; arts. 186, 402, 927, 948 e 949, do CC. A análise de tais enunciados leva-nos a concluir que se fixou uma “cláusula geral de responsabilidade pela indenização de qualquer espécie de dano”³⁸, o que confirma a nossa tese de que a perda de uma chance nada mais é do que uma derivação do conceito de dano.

6 CASUÍSTICA: “SHOW DO MILHÃO”, “FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELOS CORREIOS” E O “DESVALORIZAÇÃO DAS AÇÕES”

Abordar-se-à, primeiramente, o caso do “Show do Milhão”, um programa televisivo que tinha como tema central o oferecimento do prêmio de R\$ 1.000.000,00 àquele candidato que acertasse todas as respostas das perguntas formuladas pelo apresentador.

Na primeira versão – pela qual há interesse – o programa possuía três rodadas mais uma pergunta final. A primeira com 5 perguntas, valendo mil reais cada uma. A segunda, de 5 perguntas valendo dez mil reais cada uma. A terceira, de 5 perguntas de cem mil reais cada uma. A última pergunta valia R\$ 1.000.000,00, daí o nome do programa.

No caso que se analisará, a candidata respondeu a todas as perguntas de forma correta, exceto a final que se absteu de responder, cumulando os valores do prêmio de cada uma delas. Quando a candidata contava com R\$ 500.000,00, ela poderia “parar de jogar”, após lhe ser apresentada a pergunta final e as respectivas alternativas, e levar os R\$ 500.000,00 para casa ou, então, “continuar no jogo” e tentar ganhar o prêmio final de R\$ 1.000.000,00. A candidata resolveu “parar de jogar”, levando os R\$ 500.000,00 para casa. No entanto, a pergunta final formulada era “aparentemente” sem resposta, o que realmente foi confirmado em juízo,

³⁷COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano..., 1997, p. 222 apud PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Obra Cit.*, p. 16.

³⁸Expressão utilizada por Raimundo Simão de Melo no artigo já citado.

demonstrando a má-fé da empresa realizadora do programa televisivo.

A “pergunta do milhão” referia-se ao percentual relativo a direito dos índios sobre o território brasileiro consignado na Constituição Federal. A resposta apresentava como alternativas 22%, 2%, 4% ou 10%. No entanto, nenhuma dessas respostas encontra guarida na Carta Magna. A candidata afirmou, na petição inicial, que optou por não responder a pergunta final por ser ela “irrespondível”, preferindo ficar com o que era mais seguro no momento.

Nesses termos, a candidata ingressou com ação de indenização por danos morais e materiais, no valor de R\$ 500.000,00, contra empresa do grupo econômico realizador do “Show do Milhão”. Em primeiro e em segundo grau, sagrou-se vencedora em relação aos danos materiais. No entanto, em sede Recurso Especial, o STJ reformou a decisão do TJ da Bahia para corrigir o critério de quantificação dos danos decorrentes da chance perdida.

O STJ entendeu que o valor de R\$ 125.000,00 melhor traduzia a quantificação da perda de oportunidade da autora no caso em questão. Estabeleceu o Superior Tribunal, que embora a candidata tenha transcorrido um percurso brilhante no programa não seria razoável afirmar que ela responderia a última pergunta corretamente, ante a dificuldade progressiva do programa e a instabilidade emocional gerada pelas circunstâncias. O juízo não seria de certeza e sim de probabilidade. Nesse diapasão, considerou que $\frac{1}{4}$ (um quarto) seria a “probabilidade matemática” de a candidata lograr êxito na resposta de uma pergunta com quatro alternativas. Sendo assim, concluiu que o valor adequado era o referente a 25% do pleiteado³⁹.

Em que pese não merecer ser acatado o valor fixado em primeira e segunda instância correspondente à integralidade da oportunidade perdida “como se a vítima não estivesse em um processo aleatório e como se fosse absolutamente certo que esta acertaria a questão”⁴⁰, acredita-se que o *quantum* do STJ deveria ser aumentado. Vejam-se os motivos.

O primeiro deles, apontado por Rafael Peteffi⁴¹, dá-se ao fato de que a

³⁹Processo REsp 788459 / BA RECURSO ESPECIAL 2005/0172410-9 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 08/11/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 13/03/2006 p. 334

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

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

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

⁴⁰PETEFFI DA SILVA, Rafael. Obra Cit., p. 202.

⁴¹Idem, p. 203.

“probabilidade matemática” de acerto fixada em 25% ou $\frac{1}{4}$ não foi condizente com o caso concreto, sendo certo que “mesmo uma criança em tenra idade ou amental, teria, matematicamente, ao menos 25% de chances de acertar a derradeira pergunta do programa televisivo”. Como a vítima demonstrou ao longo do programa um elevado conhecimento enciclopédico, as chances de ela acertar deveriam ser maiores do que a de qualquer um do povo. Levando-se em conta o fato de que a candidata já tinha acertado todas as perguntas do programa até então, tal quantificação merece críticas.

Outra crítica pertinente revela-se no fato de que como no caso em tela o valor pleiteado seria o de R\$ 500.000,00 e tendo em conta se tratar de “probabilidades”, o Superior Tribunal de Justiça poderia ter se valido, analogicamente, da tabela utilizada pelo programa “Show do Milhão” para os casos em que o(a) candidato(a) “erra”. Considerando-se o valor pleiteado (R\$ 500.000,00) pela candidata, o valor do “prêmio” para quem erra uma questão com esse peso é de R\$ 200.000,00, o que equivaleria a 40% do valor que a pessoa já tinha acumulado até então. Veja-se a tabela abaixo:

Prêmios. Primeira versão

| | Acertar | Parar | Errar |
|----|----------------|--------------|--------------|
| 1 | R\$ 1 mil | R\$ 500 | PERDE TUDO |
| 2 | R\$ 2 mil | R\$ 1 mil | R\$ 500 |
| 3 | R\$ 3 mil | R\$ 2 mil | R\$ 1 mil |
| 4 | R\$ 4 mil | R\$ 3 mil | R\$ 1.500 |
| 5 | R\$ 5 mil | R\$ 4 mil | R\$ 2 mil |
| 6 | R\$ 10 mil | R\$ 5 mil | R\$ 2.500 |
| 7 | R\$ 20 mil | R\$ 10 mil | R\$ 5 mil |
| 8 | R\$ 30 mil | R\$ 20 mil | R\$ 10 mil |
| 9 | R\$ 40 mil | R\$ 30 mil | R\$ 15 mil |
| 10 | R\$ 50 mil | R\$ 40 mil | R\$ 20 mil |
| 11 | R\$ 100 mil | R\$ 50 mil | R\$ 25 mil |
| 12 | R\$ 200 mil | R\$ 100 mil | R\$ 50 mil |
| 13 | R\$ 300 mil | R\$ 200 mil | R\$ 100 mil |
| 14 | R\$ 400 mil | R\$ 300 mil | R\$ 150 mil |
| 15 | R\$ 500 mil | R\$ 400 mil | R\$ 200 mil |
| 16 | R\$ 1 milhão | R\$ 500 mil | PERDE TUDO |

Não se argumente que ela estava concorrendo à questão de um milhão em que se houvesse erro, a candidata perderia tudo. Nesse caso, se chegaria ao extremo de afirmar que 25% ou 40% de zero é zero e não seria devida indenização alguma. Destarte, impossível aplicar a analogia com os valores ou a falta deles estabelecidos para a pergunta final.

Pelo exposto, conclui-se que embora a indenização pela perda de uma chance, nesse caso, não devesse representar a integralidade do prêmio ante a incerteza de que se a última pergunta formulada à candidata teria a resposta correta, também não é razoável fixá-la, como fez o STJ, em 25% levando-se em consideração o simples e isolado fato de que a “probabilidade matemática” de qualquer acertar a questão com quatro alternativas seria a mesma. Tal critério adotado não foi razoável para o caso concreto, seja porque considerado de forma isolada foi injusto com a candidata que demonstrara até aquele momento ser pessoa com conhecimentos gerais diferenciados, adotando-se o padrão do homem médio, seja porque a própria sistemática do “show” conferia 40% do valor do prêmio ou R\$ 200.000,00 a quem errasse uma questão valendo R\$ 500.000,00 – valor pleiteado em juízo.

O segundo caso a ser considerado é o da empresa Artcon Limpeza Ltda em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. A primeira empresa perdeu a oportunidade de sagrar-se vencedora em licitação pelo atraso da ECT na entrega dos documentos enviados por SEDEX. A Artcon visava participar da Tomada de Preços promovida pelo BANRISUL, para contratação de serviços de limpeza e conservação da agência bancária, e foi impedida pelo atraso na entrega dos documentos necessários à habilitação.

O Relator do recurso, o Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro, do Tribunal Regional da 2ª. Região considerou que “a hipótese de falha no serviço, expressamente reconhecida pela ECT, que ensejou a eliminação da Autora do procedimento seletivo, amolda-se à denominada ‘perda de uma chance’, na qual deve ser fixado um valor a título de reparação pela oportunidade inutilizada, sem olvidar do necessário caráter punitivo”.⁴²

Efetivamente, restou comprovado nos autos que a proposta da empresa

⁴²RESPONSABILIDADE CIVIL. ECT. ENTREGA DE SEDEX. ENVIO DE DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO. **PERDA DE UMA CHANCE**. ISENÇÃO DE CUSTAS.

1. Ação de reparação de danos decorrentes da inabilitação da pessoa jurídica em procedimento licitatório, pelo atraso no envio dos documentos, via SEDEX. Julgado procedente em parte o pedido, somente a ECT interpôs apelação, insurgindo-se contra a condenação em danos morais.

2. Não contestada a falha do serviço prestado pela ECT, a responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 14 da Lei n.º 8.078/90. **O fato de não ter participado da tomada de preços, para a qual havia remetido os documentos com a antecedência necessária, caracteriza a “perda de uma chance” passível de compensação. Havia, in casu, chances concretas da autora sagrar-se vencedora da licitação.** O valor de R\$ 3.800,00 fixado pela sentença mostra-se razoável, sem importar enriquecimento indevido e suficiente ao aspecto punitivo necessário. (grifos nossos)

3. Consoante entendimento do STF, a ECT é isenta do recolhimento de custas, nos termos do art. 12 do Decreto-Lei n.º 509/69.

4. Apelação parcialmente provida. (TRF 2ª. Região, AC - Apelação Cível – 410871/RJ, processo nº: 2004.51.01.016149-4, Sexta Turma, unânime, D.E. 13/04/2009, p. 136, Rel. Des. Fed. Guilherme Couto).

Artcon era inferior àquela sagrada vencedora na licitação. Sendo assim, o juiz de primeira instância entendeu por suficiente a fixação da indenização em R\$ 3.800,00 para um contrato que envolvia o lucro calculado em R\$ 16.913,40, ou seja, a indenização equivaleu a aproximadamente 22% do valor do prejuízo.

Toma-se emprestado o mesmo raciocínio desenvolvido para criticar o valor da indenização no caso do “Show do Milhão”. Argumentou-se, naquele contexto, que qualquer pessoa, mesmo um amental, teria 25% de chances de acertar a pergunta, o que não era o caso da candidata que demonstrou vasto conhecimento enciclopédico no decorrer do programa, razão pela qual a decisão do STJ ficou aquém do justo, do razoável e do proporcional.

Aqui, argumenta-se analogicamente: se, por exemplo, tivessem participado dez concorrentes na licitação, poder-se-ia dizer que a chance de a Artcon ser vencedora seria uma em cada dez⁴³. Mas, não foi esse o desfecho do caso prático. Concretamente, provou-se que se a Artcon houvesse concorrido, ela teria sim vencido a tomada de preços, considerando-se apenas o critério “menor preço”. Portanto, na situação, a indenização fixada em tão somente 22% do valor do prejuízo mostra-se exígua, afinal a chance de que a Artcon teria de vencer comprovadamente mostrou-se superior à chance das demais empresas.

Crê-se que a indenização fixada não deveria ser menor que 50% do valor do contrato: R\$ 8.456,70. Nesse sentido, existem autores como Sérgio Cavalieri Filho que consideram que a perda de uma chance só deve ser indenizada se a probabilidade de sucesso for superior a cinquenta por cento⁴⁴. Por equidade, se a chance perdida tem que ser séria, real e efetiva, a indenização tem que adotar o mesmo critério e a mesma rigidez.

Passa-se à análise do caso da desvalorização das ações, o qual teve sua indenização fixada de forma louvável pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

⁴³Consideração hipotética já que não se tem acesso aos dados concretos dessa licitação.

⁴⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Obra Cit.*, p. 75: “Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda de uma possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; **devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento.** Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável. **A perda de uma chance, de acordo com a melhor a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis**”. E continua o autor a comentar sobre a fixação da indenização na perda de uma chance nos seguintes termos: “A indenização, por sua vez, deve ser pela *perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem*. Há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá o montante da indenização”. (grifos nossos)

Trata-se de apelação interposta por Cora Brum Coelho em face do Banco Santander Meridional. O relatório diz que, de acordo com a inicial, a autora era proprietária de ações, as quais tinham como origem o Banco Meridional do Brasil S.A., do qual o banco réu foi o sucessor. Tais ações estavam livres. Contudo ao tentar vendê-las, a autora tomou conhecimento que o banco efetuara o bloqueio de 44.281 ações PN. Pediu administrativamente o desbloqueio, sem êxito. Ingressou em juízo e a ação foi julgada procedente, cuja sentença transitou em julgado em 11/05/2009. A autora pôde então vender as aludidas ações em 14/05/2009⁴⁵.

Entretanto, a autora suportou um prejuízo, com o bloqueio injustificado das ações, consubstanciado em perda de uma chance, pois quando teve interesse na venda das ações, em fevereiro de 2008, receberia R\$ 10.502,14, em virtude do bloqueio indevido, com a venda ocorrida em maio de 2009, recebeu apenas R\$ 5.728,44.

Segundo o voto do Relator, o ajuizamento da aludida ação declaratória postulando a liberação das ações já para fins de alienação em bolsa, demonstra que esta sempre foi a intenção da autora. Que, aliás, o fez tão logo obteve sentença favorável. O trânsito em julgado daquela ação ocorreu em 11/05/2009 e a venda foi concretizada em 14/05/2009.

Por decisão unânime, fixou-se o valor da reparação do dano em R\$ 4.773,70, exatamente o correspondente entre o valor que a autora receberia pelas ações em fevereiro de 2008 e o valor pelo qual ela efetivamente vendeu as ações em maio de 2009. Entende-se que foi feita justiça no caso em tela, pois se tivesse vendido as ações na data em que pretendia, a autora não teria experimentado o prejuízo causado única e exclusivamente por ato arbitrário do banco. Conclui-se que a perda de uma chance pode ter um critério de quantificação minimamente objetivo em que pese as peculiaridades do caso concreto.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em conta as ponderações realizadas no presente artigo, conclui-se que a perda de uma chance é um dano experimentado por alguém, em razão de um ato ilícito ou de um inadimplemento contratual, em que se impede a possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

⁴⁵EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. BLOQUEIO DE AÇÕES. PRETENSÃO DE VENDA. PERDA DE UMA CHANCE. Bloqueio injustificado de ações tituladas pela apelante. Questão decidida. Pedido de indenização por perda de oportunidade de venda em bolsa de valores com cotação superior à atual. Prejuízo comprovado. Art. 186 do CC/2002. Ação procedente. Deram provimento. (TJRS, Apelação cível nº. 70034654871, Comarca de Porto Alegre, 19ª. Câmara Cível, unânime, D.E. 22/03/2010, Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Junior)

Por advir de um ato ilícito ou de um inadimplemento contratual, a perda de uma oportunidade pode ser considerada como uma das fontes das obrigações.

A chance perdida tem que ser real, efetiva e séria, afinal a teoria da perda de uma chance não significa o abrigo ao dano hipotético. Nela, existe um dano efetivamente experimentado, mas entendido não como ter deixado de alcançar um determinado resultado, mas sim ser privado de, ao menos, tentar atingi-lo.

Considerando que a vida é feita de oportunidades, se o ordenamento jurídico desconsiderar a importância que a perda de uma chance pode causar na vida do ser humano, ele estará sendo injusto. O passado não retroage, pode-se tentar consertá-lo, mas o que poderia ter sido, nunca mais será exatamente daquela maneira. Cada segundo na vida é diferente do segundo anterior e será diferente do segundo posterior.

A natureza jurídica da perda de uma chance é controversa. A jurisprudência, muitas vezes, reconhece a aplicação da teoria, mas fixa a indenização como se fosse lucro cessante ou dano moral, o que acaba por confundir ainda mais o instituto. Ao passo que a doutrina é vacilante. Há correntes em vários sentidos: (1) espécie intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante, (2) subespécie de dano emergente, (3) concepção mitigada do nexo causal e (4) ampliação do conceito de dano. Defende-se que seria uma derivação do conceito do dano, o qual se encontra em constante evolução.

No que se refere à quantificação, analisou-se a casuística e se concluiu que a razoabilidade do julgador e os dados fornecidos pelo caso concreto podem ajudar a fixar critérios minimamente objetivos para a indenização. A análise das probabilidades estatísticas de sucesso não pode ser descartada, justamente por ser uma ciência exata contribui com a fluidez das indenizações. O principal objetivo, da teoria da perda de uma chance, é trazer mais justiça ao ordenamento jurídico, o qual não pode deixar à margem a importância que uma oportunidade perdida pode ter na vida de cada um de nós.

8 REFERÊNCIAS

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

FUIZA, C. **Direito civil**: curso completo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MELO, R. S. de. **Indenização pela perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em:

20 maio 2009.

NORONHA, F. **Curso de direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

PEREIRA, C. M. da S. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. São Paulo: Lejus, 1997.

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

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

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOMASZEWSKI, A. de A. **A lógica do razoável e o negócio jurídico: reflexões sobre a difícil arte de julgar**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto805.rtf>>. Acesso em: 20 maio 2009.

CRITICAL CONSIDERATIONS ON THE QUANTIFICATION OF THE LOSS OF A CHANCE TO CASUISTRY

ABSTRACT: It aims to make evaluations on the criteria of quantification of the loss of a chance through the case studies. It analyzes the theory is considering cases with significant legal repercussions, such as the “Million-Dollar Show”, the “failure to provide services by mail” and the “devaluation of the shares”. The theory of loss of an opportunity will be considered as an obligatory form of defaulting. It aims to demonstrate that the lost chance must be compensated with the use of reasonable and objective standards and not only be compensated averagely.

KEYWORDS: Civil Law. Default obligatory. Liability. Loss of a chance. Quantification.

CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD A LA LUZ DE LA CASUÍSTICA

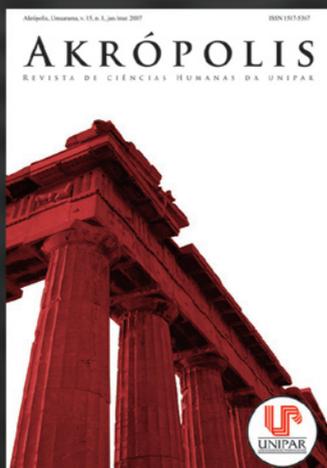
RESUMEN: Esta investigación busca tejer evaluaciones sobre los criterios de cuantificación de la pérdida de una oportunidad, por intermedio de estudio de casos concretos. Analiza la teoría considerándose casos con repercusión jurídica relevante, tales como el “Show do Milhão”, o de la “falla en la prestación de servicios por los correos” y de la “devaluación de acciones”. La teoría de la pérdida de una oportunidad será examinada como una de las formas del incumplimiento obligatorio. El objetivo es demostrar que la pérdida de la oportunidad se debe indemnizar con el uso de normas razonables y objetivas y no sólo ser indemnizada medianamente.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil. Incumplimiento obligatorio. Responsabilidad civil. La pérdida de una oportunidad. Cuantificación.

AKRÓPOLIS

REVISTA DE CIÊNCIAS HUMANAS DA UNIPAR

ISSN 1517-5367



- Publica trabalhos na área de Ciências Humanas, tais como Filosofia, Sociologia, Antropologia, Arqueologia, História e Geografia.
- Periodicidade: Trimestral
- e-mail: akropolis@unipar.br

O CONHECIMENTO NÃO É NADA SE NÃO FOR COMPARTILHADO

