

A PERDA DE UMA CHANCE CIVILMENTE REPARÁVEL

Elaborado em 26/11/2010

Silvio Maia da Silva¹

INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil é um tema instigante e de interesse geral. As regras de conduta estão presentes em todos os aspectos sociais desde o convívio entre vizinhos, no ambiente de trabalho, nas relações comerciais e de consumo. Uma pessoa que assuma a direção de uma companhia industrial, por exemplo, pode, no primeiro momento, não perceber as inúmeras possibilidades de responder civilmente, perante a própria companhia, seus acionistas, consumidores e a sociedade de um modo geral, inclusive pelos danos decorrentes do risco da atividade econômica. Na administração pública não é diferente, diante das inúmeras possibilidades de responsabilização do gestor público.

Todos os que exercem alguma atividade, mesmo os que têm um histórico de vida cuidadoso, diante de um descuido momentâneo motivado por qualquer causa, inclusive um descontrole emocional, podem, em uma fração de segundos, praticar um ato ilícito e danoso a outrem.

Assim, a responsabilidade civil é um tema que está relacionado à vida em sociedade, ao cuidado que se deve ter quanto aos deveres e obrigações perante outrem. Ela pode estar relacionada ao exercício da liberdade ou atribuição que o indivíduo tem para a prática de determinados atos, dos mais simples aos mais complexos, como prestar um serviço, defender uma causa, dirigir um veículo ou comandar uma aeronave. Quaisquer dessas atividades, se não exercidas adequadamente, podem ter conseqüências negativas e causar dano.

¹ Silvio Maia da Silva: bacharel em Direito, pós-graduando da Escola de Magistrados da Bahia (Emab), Assessor do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Email: silvio-maia@hotmail.com. Tel: (71) 9971-3040. End: Rua do Cipreste n. 372, apt. 710, CEP 41820-390, Caminho das Árvores, Salvador (BA) - Brasil.

Esses atos podem, também, acarretar uma espécie de dano que, muitas vezes, pode até passar despercebido pelo seu causador no momento do evento e que consiste em um obstáculo a uma oportunidade de se obter um lucro ou em se afastar um prejuízo previsível, conhecido como Perda de uma Chance.

2 ORIGEM DA DOGMÁTICA

A teoria da perda de uma chance surgiu na França, atribuindo-se o seu nascimento a uma decisão do ano de 1889, ocasião em que a Corte de Cassação Francesa, decidiu pela condenação de um funcionário ministerial que impossibilitou o êxito de demanda proposta por um cidadão (GONDIM, 2010, p. 48).

Savi (2009, p. 7, grifo do autor) menciona que em 1940 a responsabilidade civil por perda de uma chance foi objeto de estudo na Itália pelo professor Giovanni Pacchioni, autor de clássica obra intitulada *Diritto Civile Italiano*, na qual discorre sobre a possibilidade de reparação decorrente de perda de chance em casos como o de um jóquei que, tendo sido contratado pelo proprietário de um cavalo de corrida, não chega a tempo de participar da competição; dos correios que não entregaram a tempo um quadro que deveria participar de uma exposição, além do caso do advogado que deixou transcorrer o prazo sem a interposição do recurso de apelação, privando o seu cliente de obter a reforma de uma decisão desfavorável.

Apesar da origem francesa, foi na Itália que ocorreu uma profunda discussão sobre o tema, o que por certo contribuiu para o avanço e difusão da teoria entre nós. No Brasil, a Responsabilidade Civil pela perda de uma chance é um tema que tem despertado a atenção de autores. Os mais tradicionais, nos Livros sobre Responsabilidade Civil, têm se referido ao assunto sem dar o destaque necessário à sua maior compreensão, muitas vezes apenas quando abordam a responsabilidade civil do advogado. No entanto, Sérgio Cavalieri Filho, no Programa de Responsabilidade Civil (Atlas, 2010, p. 77) e Fernando de Noronha, em Direito das Obrigações (Saraiva, 2010, p. 695), discorre sobre a matéria de forma mais abrangente.

A literatura nacional, embora não vasta, dispõe de obras específicas, nas quais o tema é estudado em profundidade. Coube a Sérgio Novais Dias, o pioneirismo na

abordagem da Perda de uma Chance, sob a ótica da responsabilidade civil do advogado (Responsabilidade Civil do Advogado: Perda de uma Chance. LTr, 1999). Deve-se, no entanto, uma análise abrangente sobre o tema aos autores Rafael Peteffi da Silva (Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. Atlas, 2009), Sérgio Savi (Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance, Atlas, 2009) e Glenda Gonçalves Gondim, esta última em recente dissertação apresentada no ano de 2010 ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná (A Reparação Civil na Teoria da Perda de Uma Chance). A jurisprudência tem também contribuído para a compreensão desse tema, sobretudo a partir dos julgamentos proferidos na última década.

3 DESENVOLVIMENTO DA DOGMÁTICA

Antes da adoção da teoria em estudo predominava a ideia do “tudo ou nada” na apreciação de situações de dano decorrente de perda de chance, isto é, ou se admitia o nexo causal entre a conduta culposa e o dano como resultado final para ensejar a reparação ou nada seria reparado (GONDIM, 2010, p. 50), fazendo com que a aplicação do direito muitas vezes se distanciasse de um conceito adequado de justiça.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgado do ano de 1936, decidiu que a simples possibilidade de ser reformada uma decisão mediante interposição de recurso, não preparado no prazo pelo advogado, não autoriza a ação de reparação de dano contra o profissional. Ao comentar o referido acórdão, Aguiar Dias discordou da decisão, uma vez que, para ele, o ato culposos do advogado era evidente, bem como o prejuízo causado ao cliente. No entanto, concluiu o autor que, como a prova do prejuízo seria praticamente impossível de ser demonstrada, não seria possível estabelecer uma condenação (AGUIAR DIAS, 1995, p. 296 apud SAVI, 2009, p. 39).

No sentido oposto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 2002.001.05527, reformou a sentença de primeiro grau para julgar improcedente uma ação indenizatória promovida contra quatro advogados, pelo mesmo motivo do caso mencionado no parágrafo anterior (não ajuizamento de recurso de apelação), condenando a todos a repor os valores que a apelante despendeu com o contrato rescindido pela sentença e com perdas e danos por ela

pagas, condenando ainda os réus à devolução daquilo que receberam a título de honorários advocatícios.

Essa decisão foi posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido no Recurso Especial nº 596.613-RJ, publicado em 02.08.2004, cuja ementa é reproduzida por Venosa e na qual se afirma que “a omissão, sem o consentimento prévio do constituinte, quanto à interposição de qualquer recurso ordinário que se impunha necessário para a defesa dos interesses do patrocinado, configura-se desídia de todos os outorgados” (VENOSA, 2008, p. 261).

Por sua vez, a 4ª Turma Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, em decisão proferida em 18.04.2006, no Processo nº 2005.013760-1, negou provimento a recurso interposto por dois advogados que haviam sido contratados pelas apeladas para, em nome destas, ajuizar ação de cobrança contra o referido Estado, visando o recebimento de juros e correção monetária decorrentes do atraso no pagamento de salários.

A ação, ajuizada no ano de 1994, foi extinta sem exame do mérito, porque não foi atendido um despacho que determinou a emenda da petição inicial. Extinto o processo, os referidos advogados providenciaram o ajuizamento de novo processo, que também foi extinto, mas, desta vez, por ter sido declarado prescrito o direito de ação. Os advogados foram condenados, em primeira instância, a proceder à indenização dos valores de R\$ 8.297,01 e R\$ 8.462,53 para cada uma das suas ex-clientes, valores que correspondem à pretensão deduzida em juízo contra o Estado do Mato Grosso do Sul.

No primeiro litígio, vê-se que não foi imputada qualquer responsabilidade ao advogado que perdeu o prazo do recurso enquanto que no segundo e terceiro casos os advogados foram condenados à reparação integral do dano. Na última demanda judicial, foi imposta aos advogados a condenação ao ressarcimento do valor idêntico ao da dívida imputada ao devedor originário.

Não se percebe, nas duas das decisões condenatórias, qualquer análise das possibilidades de sucesso das vítimas (caso os advogados tivessem sido diligentes), de sorte que o êxito total pareceu presumido, mesmo sabendo-se que em um deles

havia sentença desfavorável aos interesses da vítima. No entanto, nos dois casos, a negligência restou evidente.

Com a evolução da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, que permite a aplicação de estudos e métodos para a aferição de uma probabilidade, em “que é possível predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte” é possível se chegar a um valor dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo (SAVI, 2009, p. 3), afastando-se, portando a dicotomia anteriormente existente do “tudo ou nada”.

Embora, a perda de uma chance, tradução literal da expressão *perte d'une chance*, tenha origem francesa, coube a Adriano De Cupis e a Maurizio Bocchiola a fixação das bases para uma melhor compreensão dessa teoria, ao entendê-la como um dano emergente independente do resultado final e que ocorre no momento em que é perdida uma oportunidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda (SAVI, 2009, p. 10, grifo do autor).

Para Cavalieri Filho, a perda da uma chance se caracteriza 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”. Em uma síntese, “a teoria da perda da uma chance repousa em dois pilares: na certeza da perda de uma oportunidade e na probabilidade frustrada de um resultado favorável à vítima” (PEREIRA, 1992, p. 42, apud CAVALIERI FILHO, 2010, p. 77).

Na teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance o bem juridicamente tutelado é a própria perda de uma chance, isto é, a perda de probabilidade de um resultado final almejado e não o próprio resultado em si, sobre o qual haverá dúvida se seria totalmente alcançado, sendo certo, contudo, que a vítima teria uma possibilidade, uma expectativa benéfica. Por isso, uma das conseqüências da adoção dessa teoria é a de que, em se tratando da aferição de uma probabilidade, a quantificação do dano pela perda da uma chance terá sempre um valor inferior ao resultado final.

A perda de uma chance, apesar de relacionar-se a frustração de um evento futuro, é categoria de dano emergente e não de lucro cessante, como pode aparentar, sendo entendida pela doutrina como um dano específico e autônomo, no qual a perda é o que deve ser reparado, independente do resultado final (GONDIM, 2010, p. 64).

Na aferição da responsabilidade pela perda de uma chance, haverá necessidade da constatação de uma conduta culposa ou inadequada do agente, como o descumprimento de um dever primário, que cria um obstáculo a um processo em curso que resultaria em uma probabilidade séria de êxito da vítima, encarada como um interesse jurídico tutelado. Em resumo, pode-se afirmar que a reparação por perda de uma chance deriva da eliminação injusta de uma real probabilidade de se obter um ganho futuro ou de se evitar um dano.

Existem no esporte dois exemplos recentes de perda de uma chance por atletas brasileiros, um deles bastante citado em artigos científicos, como forma de facilitar a compreensão do conceito de perda de uma chance.

No primeiro caso, a Atleta Fabiana Murer, nas Olimpíadas de 2004, depois de iniciar a competição de forma bem sucedida, perdeu as suas possibilidades de êxito no salto em altura ao não conseguir encontrar o sarrafo que seria utilizado no salto seguinte. A falta desse equipamento indispensável, que não estava ao alcance da saltadora por suposta culpa da organização da prova, fez com que a atleta perdesse a uma chance de pelo menos auferir um bom resultado na competição, além de desperdiçar todo o investimento realizado na fase de preparação.

O outro caso é o do corredor Vanderlei Cordeiro de Lima, a respeito do qual se fará uma breve abordagem nas considerações finais, assim comentado por Gondim (2010, p. 1):

Nos jogos olímpicos do ano de 2004, na cidade de Atenas, na Grécia, a prova da maratona foi marcada por um acontecimento que surpreendeu aqueles que acompanhavam a sua realização.

Nos últimos quilômetros a serem percorridos, o maratonista brasileiro, Vanderlei Cordeiro de Lima, que liderava a competição, foi segurado por um homem que invadiu a pista. Pessoas que acompanhavam a prova e policiais auxiliaram a imediata retirada do invasor.

O maratonista que estava em primeiro lugar, com uma diferença de, aproximadamente, trinta segundos para com os outros competidores, ao retornar à prova, demorou alguns segundos para retomar o ritmo de corrida

e terminou a competição em terceiro lugar, premiado com medalha de bronze.

As manchetes dos jornais no Brasil divulgaram o ocorrido ora como a obtenção da medalha do bronze e ora como a perda da medalha de ouro.

A dúvida que se instaurou era se o competidor teria ganho a medalha de ouro se não tivesse ocorrido o incidente. Não é possível responder com absoluta certeza essa questão, pois a vitória dependia de fatores alheios e, em virtude da conduta do invasor, não ocorreu. Essa indagação apresenta um problema jurídico sobre a existência de responsabilidade civil do invasor e quais seriam as conseqüências em caso positivo.

Na análise de Gondim (2010, p. 48) no episódio relatado estão presentes pressupostos da responsabilidade civil (conduta culposa, dano e nexo causal entre ambos), no qual a “a conduta culposa encontraria fundamentos na invasão da pista, bem como por ter o invasor segurado o maratonista”, mas as maiores indagações aparecem no que diz respeito ao dano, uma vez que o atleta terminou a maratona na terceira colocação e não há como comprovar, efetivamente, se ausente a invasão da pista teria o corredor permanecido em primeiro lugar e ganho a medalha de ouro.

4 A PERDA DA CHANCE COMO UM DANO AUTÔNOMO

4.1 A PERDA DA CHANCE E LUCRO CESSANTE

Por estar relacionada a uma ideia de futuro, a perda de chance, na sua acepção clássica, tem relação com o lucro cessante, que é modalidade de dano material definido no art. 402 do Código Civil. Para Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 344), o advérbio razoavelmente contido no dispositivo legal (aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar) “não significa que se pagará aquilo que for razoável (ideia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir, baseado em provas, que houve lucro cessante (idéia que se prende à existência mesma do prejuízo)”, pois “a indenização não se pautará pelo razoável e sim pelo provado”.

Buscando estabelecer as dessemelhanças entre perda de uma chance e lucro cessante, um critério que pode ser utilizado é o da certeza dos danos, uma vez que “se deve determinar como lucro cessante somente o caso em que se verifica a perda de uma possibilidade favorável, que pertencia a um determinado sujeito com uma probabilidade que representa a certeza; nas hipóteses de perda de uma chance, por

outro lado, o acontecimento do resultado útil é, por definição, de demonstração do impossível” (BOCCHIOLA, 1976, p. 74 apud SAVI, 2009, p. 17).

No caso de lucro cessante, a vítima deverá fazer prova não somente do lucro cessante, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro. Já nas hipóteses de perda de uma chance, estaremos sempre no campo do desconhecido, pois, em tais casos, o dano final é, por definição, de demonstração impossível, mesmo sob o aspecto dos pressupostos de natureza constitutiva (SAVI, 2009, p. 17).

Ao estabelecer a diferença entre uma coisa e outra, Chaves afirma que o lucro cessante é espécie de dano patrimonial que consiste “na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular”, enquanto que a perda de uma chance é uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída uma oportunidade” Ainda segundo Chaves, “a perda de uma chance pode estar correlacionada a um dano não aferível patrimonialmente, diversamente dos lucros cessantes, cuja certeza da frustração de uma vantagem patrimonial futura deflui da leitura do comando 403 do Codex” (A Teoria da Perda de uma Chance Aplicada ao Direito de Família, p. 4).

Em uma síntese, na fixação do lucro cessante busca-se um valor igual ao que viria a ser o resultado final evidenciado em provas. Já na perda de uma chance isso não é viável, embora se possa chegar a um valor próximo ao do resultado final, mas sempre inferior a este.

Por isso é que Savi oferece a lição de que é possível estabelecer algumas diferenças entre os dois conceitos. A primeira delas seria quanto à natureza dos interesses violados. A perda de uma chance decorre de uma violação a um mero interesse de fato, enquanto o lucro cessante deriva de uma lesão a um interesse subjetivo (SAVI, 2009, p. 15).

Na lição de Cavalieri Filho (2010, p. 75), lucro cessante “é a consequência futura de um fato já ocorrido” e que consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”, como ocorre

na cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como também da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.

4.2 A PERDA DA CHANCE COMO DANO CERTO

A doutrina nacional não diverge em considerar que a perda de chance integre o patrimônio da vítima no momento em que a chance é perdida. Savi, depois de afirmar que o grande mérito de Adriano De Cupis está em reconhecer o valor patrimonial da chance e, sobretudo por enquadrá-la como uma espécie de dano emergente, além de considerar a lição de De Cupis como um verdadeiro divisor de águas para a admissibilidade da teoria no Direito Italiano, destaca o seguinte trecho da obra do referido autor (DE CUPIS, 1976, p. 264 apud SAVI, 2009, p. 11):

A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.

Assim, mesmo que a oportunidade esteja ligada a uma ordem cronológica de acontecimentos, o dano ocorre no momento em que ela é perdida, tratando-se, conseqüentemente de um dano autônomo e diferente da vantagem final almejada. Para Bocchiola “nesses casos, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se a distinção entre o resultado perdido e a uma chance de consegui-lo.” Segundo o referido autor, “perda a chance, o dano é, portanto, certo” (BOCCHIOLA, 1976, p. 84, apud SAVI, 2009, p. 18).

Ao abordar essa questão e depois de assegurar a certeza do dano no momento em que ocorre a perda da oportunidade, Gondim (2010, p. 65) afirma que o conteúdo dessa reparação depende de um resultado final e por isso é que não pode ser considerado como um dano totalmente autônomo. Segundo a referida autora:

Exemplificativamente o cavalo que não inicia a corrida hípica porque o seu transportador atrasa o transporte e assim, não chega em tempo. O prêmio perdido é incerto e por isso não será reparável, mas antes do início da corrida já era possível prever quantas chances tinha o animal de provavelmente alcançar uma boa colocação. Mesmo que o prêmio final seja incerto porque, ante a não entrega em tempo do animal, não será possível saber qual seria o resultado final, existe a

chance, avaliada pela probabilidade do cavalo ganhar a corrida ou conseguir boa classificação.

É essa chance que fundamenta a teoria desse estudo e para ser reparável, ela deve apresentar as características e requisitos de um dano, ou seja, resultar da lesão a um interesse jurídico, com existência certa e devidamente comprovada.

O requisito da chance é analisado não através do resultado final que se realizaria, o qual é incerto, mas das chances que o ofendido possuía em obter a vantagem. Deste modo, quando se perde uma chance concreta, existe uma certeza que embasa a sua reparação de que seria provável alcançar o resultado final.

Para Gondim (2010, p. 69/70), a perda de uma chance está ligada à existência de uma ordem lógica de acontecimentos que foi interrompida e caso não o fosse, resultaria em uma vantagem ou evitaria a ocorrência de um dano, a sua reparação pode ser aplicada em diversos campos do direito, desde que adaptada aos referidos pressupostos, através de uma interpretação diferenciada, a propósito do que cita como exemplo a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº 700225179458, cujo voto do relator extraiu o seguinte trecho:

(...) 10. O dever de indenizar com fundamento na perda de uma chance requer que o autor comprove que, caso inexistente a ação ou omissão do réu, teria efetivamente obtido o bem da vida almejado. O que ocorre, efetivamente, é que, para se falar em responsabilização por perda de uma chance, é preciso que esteja em curso uma situação que propicie uma oportunidade de, no futuro, uma pessoa auferir algum benefício, e que tal processo seja interrompido por um determinado fato antijurídico – que inviabiliza a oportunidade. 11. Os elementos que caracterizam a perda de uma chance são (a) a conduta do agente; (b) um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como o dano; e (c) o nexo causal entre a conduta e a chance que se perdeu (assim, essa teoria não dispensa o nexo de causalidade, mas o analisa sob uma perspectiva diferente). 12. O nexo causal deverá existir entre o fato interruptivo do processo e o suposto dano – e assim será caracterizado se for suficiente para demonstrar a interrupção do processo que estava em curso, por um fato ilícito, e que poderia levar ao resultado pretendido.

Para Rafael Peteffi (2009, P. 232), autor de denso trabalho sobre o tema no qual fornece argumentos da doutrina estrangeira contrários a ideia de certeza do dano, “além da chance perdida ter todas as condições para ser considerada como um dano quantificável e amplamente provado, também não se encontra dificuldade para demonstrar o nexo de causalidade certo e direto entre a conduta do réu e a perda da chance”.

A reparação pela perda de uma chance situa-se, como já visto, no terreno da probabilidade. Para a sua admissão, a possibilidade perdida há de ser séria e real. No dizer de SAVI (2009, p. 4) “na maioria dos casos, a chance somente será

considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada foi superior a 50%”.

Essa linha de orientação foi adota em recente decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, objeto do Recurso Especial nº 1.184.128-MS (2010/0038999-0), no qual foi estabelecida indenização igual 50% daquela que seria devida a título de dano moral, levando-se em consideração as chances de sobrevivência da vítima.

O caso se referia a uma ocorrência em que um médico de pronto-socorro que recusou a internação de um paciente que apresentava um quadro de saúde grave, que foi encaminhado para tratamento ambulatorial em posto de saúde, de sorte que a não de internação no Pronto-Socorro, onde o paciente teria melhores oportunidades de sobrevivência, resultou na frustração da disponibilidade dos melhores cuidados que estavam ao alcance do hospital e que poderiam importar em resultado favorável ao paciente.

O critério de aferição da seriedade da chance a partir da superação do percentual de 50% possui logicismo incontestável, uma vez que a possibilidade entre 50 e 100% estaria em uma zona de maior probabilidade de se consumir e uma possibilidade inferior a 50% estaria em uma faixa de maior probabilidade não acontecer. Esse critério, apesar ser defendido por boa parte da doutrina nacional e estrangeira, tem sido evitado por alguns doutrinadores como um divisor de águas entre a chance reparável e a hipotética, em face da dificuldade de estabelecer-se um percentual exato da oportunidade.

Para John Makdisi, a reparação deverá ser quantificada de acordo com a probabilidade de causalidade provada. Se existem 80% de probabilidade de que a conduta do réu tenha causado o dano experimentado pela vítima, o dano será quantificado em 80%, valendo o mesmo raciocínio se o dano for de 40%, por exemplo (MAKDISI, 1989, p.1065, apud Peteffi, 2009, p. 51).

Também divergindo do referido padrão, Peteffi (2009, p. 61) afirma que, se uma falha médica apresenta 30% de chances de ter causado dano, o médico responsável não seria condenado a repará-lo e, por conta disso, não teria razões jurídicas para mudar a sua conduta, retirando da responsabilidade civil a sua função pedagógica,

pensamento esse que parece ter sido adotado por Gondim (2010, p. 79), que afirma que o mais importante é comprovar a existência da probabilidade de uma vantagem resultante do procedimento de eventos que se desencadearia até a ocorrência de uma conduta.

4.3 CRÍTICAS À AUTONOMIA DA PERDA DA CHANCE

A ideia em torno da autonomia do dano da perda de chance encontra argumentos contrários, inclusive de autores que defendem a causalidade parcial (na qual é necessário avaliar o grau de conduta do causador do dano), para os quais as perdas das chances seriam apenas um meio de quantificar o liame causal entre a ação e o dano final. Segundo Peteffi (2009, 51), toda a argumentação dos autores que não consideram as chances perdidas como nova modalidade de dano tem como cerne a indissociabilidade deste com o dano final, de sorte que as chances perdidas não subsistem de forma separada do prejuízo, representado pela perda definitiva da vantagem esperada.

O referido autor fornece o exemplo do cliente que contrata um advogado para realizar uma sustentação oral em recurso de apelação e que se esquece de comparecer à sessão de julgamento e, mesmo assim, o cliente tem êxito no resultado. Indaga o autor qual seria o dano sofrido pela vítima? Do mesmo modo, não se verificaria o dano no caso do médico que não efetua um procedimento recomendado, retirando 40% das chances de vida do paciente, mas este não sofre qualquer seqüela (PETEFFI, 2009, p. 51).

Para os defensores da causalidade parcial, “a necessidade da vítima de esperar até o final do processo aleatório – mesmo que a perda das chances já tenha sido constatada em momento anterior – para saber se poderá intentar a ação de reparação macula a autonomia das chances perdidas” (2009, p. 52).

No entanto, as críticas à autonomia do dano só ganham maior relevo na segunda modalidade de perda de chance, isto é, nos casos em que o processo aleatório chega ao seu final e o dano é verificado, como ocorre na seara médica. Em razão disso, para esses casos, Peteffi (2009, p. 246) conclui que a teoria da perda de

chance deveria se constituir em uma opção subsidiária, utilizada somente após esgotar as possibilidades da utilização ortodoxa do nexu causal.

5 CLASSIFICAÇÃO ADOTADA NO BRASIL

Apesar de o presente voltar-se ao estudo da teoria da perda da chance na sua modalidade clássica, quando um processo que estava em curso é interrompido com a perda de uma vantagem esperada, impõe-se, ainda que superficialmente, uma abordagem sobre a classificação adotada pelos autores brasileiros, a partir da doutrina de Fernando de Noronha (NORONHA, 2010, p. 699).

Diante da possibilidade da aplicação de perda de uma chance de forma variada, Noronha estabeleceu uma classificação que recebeu elogios da doutrina e que, para Peteffi, (2009, p. 107) foi concebida de forma inédita e que, apesar de fundamentada em opiniões de outros autores, não se filia a nenhum deles. A proposta que tem sido adotada pelos autores nacionais, apresenta uma divisão em duas modalidades básicas, a saber: "frustração da chance de obter uma vantagem futura" e "frustração da chance de evitar um dano que aconteceu", sendo que esta última categoria comporta uma subdivisão em "perda da chance de evitar que outrem sofra um prejuízo" e a "perda de uma chance por falta de informação".

Para Noronha (2010, p. 700), se os danos em causa fossem exclusivamente patrimoniais, seria possível dizer que na primeira submodalidade (frustração de uma vantagem futura) a perda de chance se traduziria num lucro cessante, enquanto na segunda (frustração de dano futuro) ela se caracterizaria um dano emergente.

A primeira modalidade de responsabilidade civil pela perda de uma chance, como já visto, consiste na ocorrência de um ato ilícito que interrompe o processo aleatório em curso e impede que a vítima alcance uma vantagem futura, sem que se saiba, ao certo que, se a vítima conseguiria o resultado final, caso não interrompido os acontecimentos em curso.

Um exemplo da segunda modalidade de perda da chance, que é aquela que diz respeito a um ato que poderia evitar um prejuízo que aconteceu, tal como ocorreu na decisão judicial mencionada no capítulo anterior, do Tribunal de Justiça do Estado do

Rio Grande do Sul, objeto de recente julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.184.128-MS (2010/0038999-0).

No referido episódio, o paciente, que veio a óbito, perdeu a possibilidade de um tratamento mais apropriado ao não ser atendido em unidade de pronto-socorro, embora encaminhado para um posto de saúde. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul adotou a teoria da perda de uma chance e fixou uma reparação pelas chances perdidas equivalente a 50% da indenização que seria devida a título de dano moral. Da ementa do acórdão se extrai os seguintes itens:

2. Se o paciente procura a emergência do hospital para ser atendido pelo médico plantonista e este lhe presta socorro, não há o que se cogitar se este era ou não assalariado, estando de alguma forma vinculado ao nosocômio, este responderá pelos danos que seu profissional causar.
3. Houve erro do médico plantonista, na modalidade culposa, em virtude da sua negligência por omissão de providências aptas em tese a impedir a produção do dano.
4. Ao encaminhar o paciente para tratamento ambulatorial em um posto de saúde, o médico plantonista ceifou a chance de um diagnóstico mais seguro e um tratamento emergencial mais contundente, residindo aí o nexo de causalidade em aplicação da teoria da perda d'une chance.
5. Adotando-se a teoria da perda de uma chance, não cabe a indenização por danos materiais, uma vez que não se tem a certeza de que efetivamente o resultado esperado ocorreria.
6. Há de se ressaltar que a indenização fundada na aplicação da perda de d'uma chance deverá situa-se no limite percentual de chances perdidas, o que se pondera caso a caso, Desta forma, a indenização, pelo dano moral há que ser fixada em 200 (duzentos) salários mínimos, os quais, tomando-se por base a o valor vigente, equivalem a R\$ 83.000,00, já ponderando a redução do quantum em 50%, em virtude das chances de sobrevivência da vítima.

Nesse caso, sequer foi possível conhecer o mal acometido ao paciente ou a origem da infecção generalizada que o levou à falência múltipla de órgãos e ao conseqüente óbito, o que significa dizer que não se sabia, ao certo, se a internação no pronto-socorro traria a sobrevivência da vítima.

Todavia sabia-se que, ao ser negada a internação em local mais apropriado para o tipo de situação, dotado de profissionais com variadas especialidades médicas, como são as unidades de pronto-socorro, negou-se ao paciente, de modo irremediável, uma chance de ter o seu quadro clínico avaliado com maior rigor e de receber um tratamento adequado e imediato, o que poderia lhe conferir chance de sobrevida.

A peculiaridade desse caso é que, ao negar provimento ao Recurso Especial, a corte especial limitou-se a admitir a responsabilidade objetiva, dispensando a “demonstração de culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes da culpa de médico integrante do seu corpo clínico”, em face do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, abstendo-se da discussão em torno da aplicação da teoria da perda de uma chance, por exigir o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa.

No entanto, ao discorrer sobre a atuação do médico, o Superior Tribunal de Justiça considerou que o acórdão recorrido revela a existência de nexo causal entre a conduta do médico e o dano, concluindo que ocorreu erro do médico plantonista, na modalidade culposa, em virtude de sua negligência por “omissão de providências aptas em tese a impedir a produção do dano”. Assim, embora tenha negado a aplicação da teoria da perda da chance, essa teoria pareceu subtendida na expressão “*em tese*” contida no acórdão, empregada com o sentido de probabilidade séria, uma vez que a decisão admite que o atendimento médico poderia ter evitado o dano, conclusão sem a qual não seria possível responsabilizar o hospital pelos danos causados.

Na hipótese de dano por erro médico, Noronha (2005, p. 43) sustenta a necessidade de ser analisada situação de causalidade, se concorrente ou alternada, utilizando como exemplo a hipótese do paciente que teve o seu estado de saúde agravado, podendo ter contribuído para esse agravamento a deficiência do tratamento e a evolução endógena da doença. Se a piora do quadro clínico ocorreu das duas causas, tem-se a causalidade concorrente e se o agravamento decorreu apenas de uma delas, a causalidade será alternativa. Nesta, os dois fatos aconteceram, mas apenas um deu causa ao agravamento do estado de saúde do paciente, não se sabendo qual delas.

Ainda segundo o autor, sendo possível estabelecer a causa do agravamento dentre as duas possíveis, haverá responsabilidade do médico se for constatado que a causa está relacionada à deficiência do tratamento, não se falando em responsabilidade e, conseqüentemente, em perda da chance, se o contrário ocorrer. Todavia, se não existir prova que permita selecionar um dos dois fatores, sendo ambos possíveis causa do dano, não seria razoável que o lesado ficasse sem

reparação alguma. Neste caso, “se a dúvida que fica subsistindo é apenas porque existe uma outra causa possível, terá que ficar a cargo do indigitado responsável o ônus da prova capaz de destruir a presunção de causação que milita contra ele” (NORONHA, 2005, p. 43).

Para Peteffi (2009, p. 109), se existir uma presunção de causalidade contra o réu, a única solução viável é a proposta por Geneviève Viney, ou seja, a reparação integral do dano final. Do contrário, não há como encontrar os fundamentos para a existência de causalidade em relação ao dano final (engendrada por meio de uma presunção ou de causalidade concorrente) e a necessidade de se indenizar um “prejuízo distinto”, ou seja, para o referido autor, se o caso apresenta presunção da causalidade em relação ao dano final, não faz sentido a reparação do dano distinto (pela perda da chance). Nesse ponto, parece haver uma divergência entre os doutrinadores, uma vez que, para Noronha, o dano teria que ser quantificado de acordo com a probabilidade imputável ao réu enquanto Peteffi caminha na direção à reparação integral.

Essa divergência parece também refletida entre as instâncias julgadoras da demanda que resultou no Recurso Especial nº 402.182-RS. O caso dizia respeito a erro cometido por perito (digitação equivocada de casa decimal em cálculo trabalhista), a propósito do qual o advogado do reclamante deixou transcorrer o prazo concedido para a sua manifestação, perdendo a chance de corrigir o erro do perito, que resultou em dano ao reclamante.

Ao reduzir a condenação do advogado para um terço, o órgão de segundo grau considerou que a responsabilidade também decorria da conduta do juiz e do contador, entendimento esse que não foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela condenação do advogado à reparação integral do dano, reformando o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Por fim, Peteffi (2009, p. 238) sustenta que a causalidade alternada ou a causalidade concorrente “não apresentam os fundamentos mais adequados para respaldar uma tranqüila aplicação sistemática em relação aos casos de responsabilidade pela perda da chance, nos quais o processo aleatório em que se encontrava a vítima foi até o seu final”. Aduz que a modalidade de causalidade concorrente que se

estabelece com o fato do responsável (deficiência no tratamento) e caso fortuito ou de força maior (evolução da própria doença) é reprovada pela doutrina internacional, que considera o caso fortuito e a força maior como excludentes do vínculo causal e não como dirimentes da causalidade. No entanto, o referido autor mencione a existência de recentes decisões de tribunais pátrios em sentido contrário.

Já a última modalidade de perda de chance – decorrente da falta ou da inadequada informação – se verifica quando alguém sofre dano por não ter tomado a melhor decisão, que estaria ao seu alcance se outra pessoa tivesse cumprido o dever, que incidia sobre ela, de informar ou aconselhar (NORONHA, 2005, p. 44).

Para o autor (2005, p. 45), a responsabilidade por perda de chance só surge nas hipóteses em que fosse evitável o ato que causou o dano. Segundo ele, o dever de informar surge nas mais diversas situações, em especial no âmbito de relações resultantes de negócios jurídicos, mas também fora delas.

Um exemplo desse dano é fornecido por Dias (1999, p. 36) segundo o qual:

Há um caso de um advogado que aconselhou seu cliente a não comparecer em audiência trabalhista onde deveria apresentar defesa, porque a notificação fora entregue ao porteiro na sede da empresa, pois pensava o advogado que a notificação só seria válida se entregue ao representante legal da empresa... Esse erro grosseiro de informação causou enorme dano ao seu cliente, que foi considerado revel e aplicada a pena de confissão quanto à matéria de fato, sendo condenado em quantia vultosíssima, conquanto existissem inúmeros documentos comprovadores do pagamento de várias parcelas pleiteadas, que deixaram de ser apresentados, além de várias outras parcelas que, segundo aquele empregador, estavam baseados em alegações falsas, as quais ficaram sem contestação.

Nos casos de responsabilidade médica, ensina Gondim (2010, p. 114) que o defeito de informação pode embasar a totalidade de um dano quando o paciente, se bem informado, não se submeteria a determinada intervenção cirúrgica. Isto porque a adequada informação é matéria decorrente da boa-fé e na relação médico-paciente, ela é necessária para fundamentar o consentimento esclarecido, ou seja, para que a escolha do tratamento seja realizada de forma totalmente consciente das possíveis conseqüências e resultados que poderão advir.

Uma diferença entre a perda da chance decorrente da violação do dever de informar e a perda da chance de evitar um prejuízo é que a primeira está ligada a um fato do

próprio lesado, dependendo de uma atitude que este toma com base em uma inadequada ou inexistente informação, enquanto que a última está para além dele (NORONHA, 2005, p. 45).

6 QUANTIFICAÇÃO DO DANO

Um critério que pode ser adotado para a quantificação do dano decorrente da perda de chance é que o valor do dano deverá, em maior ou menor intensidade, se relacionar à vantagem perdida. Peteffi (2009, p. 142) lembra que a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexo causal ente a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada e cita o seguinte exemplo:

O empresário não logra provar que o seu negócio não se realizou pela falha de seu contador, assim como o cliente não consegue provar o nexo causal entre a ação ou a omissão do seu advogado e a improcedência da demanda. Resta para a vítima, portanto, a reparação pela perda de uma chance, já que poderá provar o nexo causal entre a conduta do agente e as chances perdidas.

Daí, o autor apresenta uma regra básica, que consiste na evidência de que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente não consumada. Ele utiliza como exemplo a decisão da Corte de Cassação francesa que cassou um acórdão da Corte de Apelação de Rennes, que havia ordenado a integral reparação do dano representado pela morte do paciente, mesmo após constatar que se tratava de um caso de perda de chance, tendo em vista a ausência de nexo causal entre a conduta do réu e a morte do paciente (PETEFFI, 2009, p. 143).

Nesse passo, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul comentada no capítulo anterior seguiu o mesmo critério do autor, uma vez que, diante da certeza de que foi negada ao paciente a oportunidade de tratamento adequado (embora sendo inviável conhecer, com exatidão, as possibilidades de sobrevivência do paciente e de se estabelecer uma relação direta entre o ato ilícito e o óbito do paciente) optou-se pelo arbitramento de indenização igual a 50% da que seria devida a título de dano moral.

A perda da uma chance, por lidar com uma probabilidade, sempre deixará um grau de incerteza em relação o alcance do resultado final e, portanto, isto se refletirá na convicção de que a reparação correspondente nunca alcançará o valor do referido resultado.

A circunstância de o processo aleatório não haver chegado ao seu final poderá proporcionar incerteza acerca do valor do próprio resultado final, o que poderá ser esclarecido pelos meios normais de prova. Todavia, vez quantificado o valor final e efetuada a estimava a probabilidade da chance perdida, os principais parâmetros para a fixação da reparação estarão estabelecidos, porque “a quantificação do dano deve refletir a porcentagem das chances perdidas” (PETEFFI, 2009, p. 145).

Assim, outra regra que se pode estabelecer é que quanto maior for a probabilidade de êxito perdido, maior será o valor da reparação. Esse critério decorre da própria lógica da teoria, uma vez que, se a baixa probabilidade do acontecimento futuro é causa da negativa do direito à reparação, uma probabilidade elevada deverá ter uma valoração maior, ideia que melhor se ajusta aos casos em que ocorre a teoria da perda da uma chance na sua concepção clássica.

Na mesma linha de pensamento, Noronha (2005, p. 30) afirma que “o valor da reparação do dano certo da perda da chance ficará dependente do grau de probabilidade que havia de ser alçada a vantagem que era esperada, ou inversamente, do grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado”.

Apesar da aparente simplicidade dos critérios, a fixação do dano causado por perda de chance pode resultar controvertida. Sérgio Novais Dias (2009, p. 15), por exemplo, entende que a aplicação da teoria em relação à atividade do advogado poderá conduzir a um resultado injusto, porque o valor da reparação pode se aproximar do resultado discutido no processo.

Como já visto antes, o valor do dano decorrente de perda de chance é sempre inferior ao do resultado final, de sorte que não se poderia agir de outro modo na quantificação do dano causado pelo exercício da atividade do advogado. Aliás, na estimativa do dano final pela perda de uma oportunidade processual, em que se discuta a existência de um crédito, por exemplo, não basta verificar a viabilidade do

direito discutido em Juízo, mas também as reais possibilidades da parte aferir o ganho, uma vez que nem sempre os litigantes conseguem transformar vitórias processuais em êxito efetivo, em razão de questões relacionadas à solvibilidade do devedor. Assim, além de se saber se a vítima teria chances sérias em relação ao direito de crédito, necessário se faz também saber se o recebimento desse crédito seria totalmente viável, em razão da capacidade do devedor em solvê-lo.

Ainda no campo da atuação do advogado, Sérgio Novais Dias (1999, p. 52) defende que, mesmo quando um advogado deixa de interpor um recurso de êxito improvável, haveria dano moral se o cliente (a vítima) tivesse o propósito legítimo e não protelatório de ver a sua causa reexaminada. Nesse caso, não haveria dano material por falta do nexo de causalidade entre a ação e o dano, isto é, não haveria que se falar em perda de chance porque a probabilidade do resultado do recurso, caso interposto, estaria mais para o insucesso que para o êxito da pretensão da vítima, de sorte que as suas chances seriam hipotéticas.

Um caso que pode contribuir para o tema ora focado, mencionado por Savi (2009, p. 50), foi objeto de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (nos Embargos Infringentes nº 598164077) e que consistiu na perda de chance de participação em concurso público imputável à organização do evento que, em primeira instância, foi condenada à reparação correspondente a 5 vezes o valor do vencimento do cargo público pretendido, condenação essa que foi elevada para o dobro no julgamento da segunda instância.

O estabelecimento da relação entre o valor da reparação da perda da chance e o dano final pode não ser tão simples em situações como essa, porque o vencimento que a vítima deixou de auferir não constitui exatamente um ganho, e sim uma contraprestação de um trabalho que seria executado ao longo de um mês e que se traduz em ônus que a vítima não exerceu. Por outro lado, não se sabe, ao certo, se a mesma vítima, para exercer esse novo trabalho, teria que abrir mão de outra atividade remunerada, de sorte que o dano final poderia ser apenas uma diferença de um e outro salário.

A referida reparação, que pareceu razoável, foi fixada a título de dano moral (porque assim foi deduzido o pedido). No entanto, o critério adotado (relação direta entre a

reparação e os valores não aferidos pela vítima) se revela mais compatível com a reparação do dano material causado pela perda da chance, fenômeno que Savi (2009, p. 51) interpreta como sendo a utilização da chance como “agregador do dano moral”.

Outro caso bastante peculiar e que contribui para uma reflexão sobre a fixação do dano em relação à perda da uma chance tramitou em uma das pioneiras varas especializadas em Direito derivado de relação de consumo comarca de Salvador-BA (1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor). Esse caso desempenhou um papel didático importante, posto que tem sido mencionado em diversos trabalhos doutrinários e em decisões de Tribunais, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça, transformando-se em uma espécie de marco na referida corte especial. Trata-se do caso conhecido como “Show do Milhão”, que ainda pode contribuir para a compreensão da fixação do valor da indenização. A demanda foi julgada pelo Superior Tribunal de Justiça em 8 de novembro de 2005 (Recurso Especial nº 788.459-BA), que teve como relator o ex-ministro FERNANDO GONÇALVES.

O fato consistiu em um concurso em programa de televisão no qual uma pessoa foi admitida a responder perguntas sobre temas gerais e que, ao chegar a penúltima pergunta, já havia acumulado uma premiação no valor de R\$ 500.000,00. Nessa fase do concurso ela passaria a ser desafiada com a pergunta final (a chamada pergunta do milhão) e, segundo as regras do programa, se houvesse erro na resposta, receberia apenas a quantia de R\$ 300.000,00 e, caso acertasse a última pergunta, receberia o prêmio máximo.

Ocorre que a última questão foi concebida de forma a não permitir uma resposta correta. A indagação final continha um enunciado segundo o qual a Constituição Federal reconhece direitos dos índios sobre o território brasileiro em um dos seguintes percentuais: 22% (opção 1); 2% (opção 2); 4% (opção 3) e 10% (opção 4).

Deveria, então, a candidata efetuar escolha de uma das opções antes mencionadas, só que todas estavam erradas, o que importa dizer que a questão eliminava de forma irremediável qualquer possibilidade de resposta certa e, conseqüentemente, a uma chance de se auferir o prêmio objeto das regras estabelecidas pela direção do programa de televisão.

Na primeira instância, a ação foi julgada procedente e fixada a indenização no valor de R\$ 500.000,00, correspondente ao prêmio máximo, decisão essa que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em acórdão que, por sua vez, foi reformado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça antes mencionada, de sorte que as instâncias ordinárias concederam à vítima o resultado final almejado.

Ao proferir o seu voto, o Relator do Recurso Especial transcreveu alguns trechos da decisão de segundo grau que, por sua vez, contém a transcrição de trechos da decisão de primeira instância, dos quais são reproduzidos os seguintes:

A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?

Resposta: 1 - 22%

2 - 02%

3 - 04%

4 - 10% (resposta correta)

Ora, como bem afirma a ilustre Juíza **a quo** na sentença recorrida "A pergunta, é óbvio, não deixa a menor dúvida de que refere-se a **um percentual de terras que seria reconhecido pela Constituição Federal como de direito pertencente aos índios**".

Assim sendo, não tem cabimento a irresignação da recorrente quanto a ter a **a quo** concluído no sentido de ser a pergunta "irresponível", afirmando tratar-se de pergunta complexa que demanda raciocínio veloz do candidato, porque na Constituição Federal não há consignação de percentual relativo à percentagem de terras reservadas aos índios [...].

[...]

Como bem salienta a Magistrada na decisão: [...] **a pergunta foi mal formulada, deixando a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade fora retirada da Enciclopédia Barsa**. E isso não se trata de uma "pegadinha", mas de uma atitude de má-fé, quiçá, para como diz a própria acionada, manter a "emoção do programa onde ninguém até hoje ganhou o prêmio máximo".

[...]

No que pertine à condenação em perdas e danos, bem analisada a questão na irretocável sentença, com fundamento no art. 1059 do Código Civil, vigente à época do ajuizamento da demanda.

A ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte teor:

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.

No seu voto, argumentou o relator:

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

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

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

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

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

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

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

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Ao discorrer sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça, Savi (2009, p. 80) considerou que a questão foi bem apreciada na instância especial, uma vez que não seria possível afirmar que a autora acertaria uma nova pergunta que viesse a ser formulada, de sorte que não seria possível a condenação do réu ao pagamento da integralidade do valor objeto do concurso.

No sentir do referido autor, decisão da corte especial é quase impecável e, sem dúvida, merecedora de aplausos, pela forma técnica que foi elaborada, de acordo com os critérios, limites e forma de aplicação da teoria defendidos pelo autor.

Todavia, Savi (2009, p. 80) a faz um reparo à decisão ora comentada em razão do percentual de probabilidade admitido, uma vez que, para o autor referido, a chance perdida, para ser considerada séria e passível de reparação, necessitaria superar a 50% e no caso concreto as chances admitidas como perdidas acabaram limitadas ao percentual de 25%.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetiva a compreensão da perda de uma chance na sua concepção clássica, que é aquela que ocorre quando um indivíduo, por ato injurídico de outrem, é frustrado de obter uma vantagem ou resultado favorável provável. Essa teoria se amolda com maior tranquilidade a essa concepção, porque aqui estamos diante de uma possibilidade que poderá ser averiguada com um grau de quase certeza, embora não se saiba ao certo se o resultado desejado seria alcançado, porque o processo aleatório em curso não chegou ao seu final.

Aqui se utilizou algumas vezes a expressão perda de uma oportunidade como sinônima de perda de uma chance, embora deva ser admitido que a última expressão revela-se mais adequada porque a palavra “chance”, apesar de ser de uso mais comum, parece se ajustar, com maior precisão, à terminologia jurídica. Chance e oportunidade têm significados parecidos, mas a chance representa algo mais que a oportunidade.

Ao se recorrer ao exemplo de uma corrida de 100 metros rasos, da qual participem recordistas mundiais dessa prova esportiva (como é o caso do corredor jamaicano Usain Bolt, que, nos últimos anos, vem impressionando a todos com o seu elevado desempenho nessa modalidade de competição) e outros atletas com desempenho inferior, poderá ser verificado que aqueles com chance de vencer a competição, dentro de um cenário de normalidade, serão os atletas com desempenho superior, como é o caso do desportista referido.

Neste exemplo, poderá ser dito que todos os atletas inscritos na prova terão a mesma oportunidade, porque todos estarão submetidos às mesmas regras e condições para a competição, mas, indubitavelmente, não poderá ser dito que todos terão a mesma chance de vencê-la. Assim, o vocábulo chance mais se aproxima da

ideia de possibilidade real e se encontra incorporado à linguagem utilizada no meio jurídico.

Aqui também são oferecidas observações sobre dois pontos abordados nos capítulos anteriores, o primeiro deles sobre um aspecto peculiar do episódio que envolveu o maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, que resultou na perda da chance pela obtenção da medalha de ouro nos jogos olímpicos do ano de 2004, realizados na cidade de Atenas, na Grécia, mas que criou para o atleta outra oportunidade, que foi a de conquistar a medalhada “Pierre de Coubertin, honraria concedida em raras ocasiões e que, até os dias atuais, não foi conquistada por outro atleta brasileiro, sendo certo, contudo, que esse outro resultado obtido pelo atleta brasileiro também decorreu da sua reação em continuar na disputa, além de concluí-la com entusiasmo.

O fato verificado com o maratonista, além de um exemplo clássico de perda da uma chance, é, também, um exemplo de como um mesmo fato pode, a um só tempo, proporcionar a perda e o surgimento de uma oportunidade, causando dúvida sobre a possibilidade de reparação do dano pela perda de uma chance, uma vez que as duas oportunidades estão ligadas ao mesmo fato, a um só tempo danoso e auspicioso.

É possível que a aceitação da honraria pelo atleta brasileiro venha a ser encarada como uma espécie de ressarcimento por parte da organização do evento, embora as medalhas perdida e obtida tenham significados diferentes.

No entanto, o entendimento acerca da compensação de chance poderá não ser aceito em casos como o do advogado que, ao deixar de ingressar com uma ação trabalhista, proporciona, em um primeiro momento, o dano da prescrição do direito do reclamante, mas se esse cliente vier posteriormente a ser contratado pela segunda vez pelo ex-empregador, sabendo-se que esse empregador assim não agiria caso tivesse ocorrido o ajuizamento da reclamação, poderá ser dito que, ainda que involuntariamente, a omissão do advogado evitou que fosse criado um obstáculo à recontração. Aqui, mesmo se admitindo como mais importante a oportunidade do emprego que o ajuizamento da ação trabalhista, não é razoável vislumbrar possibilidade de compensação das chances.

Tal fenômeno, em outras circunstâncias, poderá ser levado em consideração por ocasião da quantificação do dano. A vida poderá oferecer casos em que essa peculiaridade poderá ocorrer. No campo político, por exemplo, não são poucos os casos em que o mesmo ato que cerceou a carreira de uma pessoa, em um primeiro instante, pode servir como propulsor de uma posterior trajetória de êxito.

A segunda observação diz respeito à quantificação do dano no episódio conhecido como o Show do Milhão, que revelou um rigor exato entre a probabilidade perdida e a quantificação do dano, mas que, no entanto, se afastou do ângulo mais adequado para o estabelecimento da probabilidade que interessa à teoria da responsabilidade pela perda de uma chance.

Essa constatação deriva da circunstância de que o concurso debatido em juízo tinha por base o conhecimento e, ao estabelecer relação direta entre o dano e a quantidade de alternativas, a decisão da corte especial colocou a vítima no mesmo pé de igualdade de uma pessoa sem qualquer conhecimento, com se estivesse diante de um jogo em que apenas o fator sorte fosse determinante do seu resultado.

Pode-se afirmar também que o critério adotado na decisão induz ao raciocínio de que, se fossem 10 as possibilidades da vítima, a reparação corresponderia a um décimo do valor final e assim por diante, proporcionando dúvida acerca do requisito da seriedade da possibilidade, de forma que a argumentação utilizada poderia servir para negar o direito da vítima, sem contar que a questão, se adequadamente formulada fosse, apresentaria uma probabilidade 3 vezes maior para erro.

Como o concurso consistia em teste de conhecimento, evidente as probabilidades seriam mais adequadamente aferidas se vistas sob essa perspectiva, o que poderia levar a outro resultado, talvez próximo ao que chegou às instâncias ordinárias. Afinal, a vítima já havia obtido êxito nas fases anteriores do concurso e isso poderia resultar em expectativa favorável de alcance do êxito total, apesar de se concordar aqui que a última pergunta viesse a ser a mais difícil.

Por outro lado, ao apreciar o caso, o Superior Tribunal de Justiça considerou que não havia, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente, ainda que a recorrida tivesse um desempenho brilhante, que ela responderia

corretamente à "pergunta do milhão", premissa esta que guarda certa incoerência com a teoria da perda de uma chance, porque, para a configuração da responsabilidade civil, nesses casos, não existe a necessidade da certeza do alcance da vantagem final. Ao contrário, o que se espera é constatação de uma probabilidade séria e não hipotética de se auferir um ganho previsível, cuja reparação não será idêntica a do resultado esperado, sendo esta uma das características da teoria clássica da perda de chance.

Além disso, se o desempenho da vítima tivesse sido brilhante, como se admite na argumentação, talvez fosse viável o estabelecimento de juízo de probabilidade, embora isso possa não ter sido possível na estreita via do recurso especial. De qualquer sorte, a decisão tem o mérito de, não sendo viável aferir as chances sob a ótica ora apresentada, haver encontrado outro caminho, quantificando o dano em uma verdade estatística.

Constatou-se no presente artigo que a reparação por perda de chance pode ser extrapatrimonial ou material, o que traz como consequência a possibilidade de acumulação de ambas, quando o ato lesivo se apresentar com essa duplicidade de efeito.

Apesar do tema ainda não ter sido debatido pela maioria dos tribunais, a ponto de se constatar a existência de jurisprudência nacional, é possível afirmar que as decisões judiciais em torno da perda de chance (negando ou efetivando a sua aplicação) têm desempenhado um papel importante para a evolução da teoria no Brasil, já não são tão raras e, se o tema perda de uma chance não estivesse tão relacionado à questão probatória, certamente haveria uma quantidade maior de manifestações do Superior Tribunal de Justiça sobre ele.

Uma das contribuições judiciais foi a admissão da chance em percentual não superior a 50% (embora se reconheça que isso torne mais tranquila a aplicação da teoria). Como esse padrão rígido não tem aceitação doutrinária unânime, o posicionamento do Poder Judiciário (pelo menos em uma decisão, mencionada anteriormente) pode ter estabelecido um novo paradigma a ser seguido, acompanhando uma tendência doutrinária.

Por fim, a perda da chance em que um dano ocorreu, porque um processo maléfico não foi interrompido por quem poderia detê-lo ou atenuar as suas consequências, mereceria um aprofundamento maior, sobretudo em relação aos casos verificados na prática da advocacia e da medicina, o que não comporta no presente artigo, que, no entanto, não deixou o tema passar despercebido. Nesses casos, a aplicação da teoria da perda da chance poderá ter que percorrer caminhos tortuosos e nem sempre se apresentará plausível.

Situações em que não é possível determinar o que teria causado dano ao paciente (se o tratamento inadequado ou a evolução da doença, sabendo-se que as duas circunstâncias, isoladamente, poderiam proporcionar o mesmo resultado desfavorável, sem que se soubesse qual delas foi a que determinou o dano) conduzem, em tese, à adoção da causalidade concorrente. Todavia, na prática, tudo dependerá da casuística e a idéia de coexistência ou concorrência de causalidade poderá se apresentar falsa em determinados casos por resultar de uma malsucedida investigação dos fatos. Mesmo admitida como viável essa possibilidade, a mitigação da responsabilidade culposa em face coexistência do caso fortuito é controvertida e um tanto distanciada da temática aqui enfocada.

A aplicação da teoria da perda de chance parece mais ajustar-se nos casos médicos nos quais é possível conhecer a probabilidade de êxito de um tratamento adequado que deixou de ser ministrado. Sabe-se que em medicina, a conduta adequada nem sempre é garantia de eficácia do tratamento e essa circunstância confere um grau de dificuldade em estabelecer percentuais de êxito de determinados casos. No entanto, isso parece viável na grande maioria das ocorrências de saúde.

Assim, se existe um tratamento que poderia evitar um dano, mas essa conduta, que somente é eficaz em 50% dos casos com a mesma característica, não foi ministrada no momento oportuno, a adoção da perda da chance parece útil para à solução da controvérsia, porque ai ter-se-ia um parâmetro adequado para o estabelecimento da responsabilidade civil e para a quantificação da reparação do dano. Nesse caso, uma possibilidade de cura mesmo que inferior a 50% seria suficientemente para o estabelecimento da responsabilidade civil, de sorte que o parâmetro adotado por parte da doutrina para a configuração da seriedade da chance perdida (igual ou

superior a 50%) não parece adequado a esses casos e poderia prestigiar o descaso profissional.

Ao contrário, a teoria da perda de uma chance deve contribuir para a evolução da responsabilidade civil, sobretudo quanto ao nexo de causalidade, afastando a ideia contida na fórmula “tudo ou nada”. Atualmente, já se fala em responsabilidade civil pela mera criação de riscos, que ocorre quando a vítima é exposta a uma situação que resulte em probabilidade de causar dano futuro, cientificamente demonstrada, situação essa que difere dos casos de perda de chance, nos quais uma probabilidade de ganho futuro é frustrada ou uma oportunidade de ser evitar um dano é perdida. Na criação do risco não acontece nem uma coisa nem outra e sim uma situação diferente, que consiste na possibilidade séria e tormentosa que se abate sobre uma pessoa em sofrer um dano quase certo.

Isso ocorre, por exemplo, nos casos de exposição de pessoas a substâncias potencialmente causadoras de doenças letais que, a partir de então passam a conviver com um mal em potencial, tendo que se amoldarem a essa nova realidade, a ponto de terem que modificar hábitos e adotar cuidados especiais, inclusive tratamento médicos que visem minorar os efeitos de uma possível doença grave, como ocorre com os indivíduos excessivamente expostos à radiação.

Não seria plausível aguardar a evolução dos fatos para, somente depois de consumado o dano, viesse a ser estabelecido o nexo de causalidade, de sorte que, uma vez criado o risco (o que na maioria das vezes já acarreta o dano moral por si só) a responsabilidade civil passa a incidir de imediato, sobretudo em relação às chamadas conseqüências marginais do risco, como as despesas com tratamento médico para minorar ou eliminar o próprio risco.

A adoção da teoria da perda da chance tem caráter pedagógico e preventivo em relação ao dano, sobretudo nas áreas em que incide com maior frequência, como no campo de atuação dos advogados e médicos, contribuindo para uma conduta ética mais cuidadosa dos profissionais dessas áreas, daí repercutindo para as demais atividades humanas.

A perda de uma chance, embora ligada a um acontecimento futuro, constitui atualmente um conceito que tem bases sólidas na doutrina e que se afirma na jurisprudência como uma categoria autônoma de dano e que enseja reparação civil. Ela está em harmonia com o ordenamento jurídico, sobretudo com a cláusula geral contida no art. 927, do Código Civil Brasileiro, e com o princípio da reparação integral do dano adotado no art. 402, do mesmo Código.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Reparação Civil na Teoria da Perda de Uma Chance**. UFPR. Curitiba: 2010. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/23451>>. Acesso em 27 set 2010.

DIAS, Sergio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado: Perda de uma Chance**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1999.

FARIA, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: Utilizar com Moderação**. Ibdfam. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais>>. Acesso em: 27 set 2010.

NORONHA, Fernando. **Direitos das Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

NORONHA, Fernando. **Responsabilidade por Perdas de Chances**. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, 2005, p. 28-46, v. 23.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 788.459**. 4ª. Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Publicado em 13 mar 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=788459&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 27 set 2010.

_____. **Recurso Especial nº 1.184.128**. 3ª. Turma. Relator: Ministro SIDNEI BENETI. Publicado em 01 de julho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000389990&dt_publicacao=01/07/2010>. Acesso em: 27 set 2010.

_____. **Recurso Especial nº 596.613-RJ**, publicado em 02.08.2004, 4ª. Turma, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301771026&dt_publicacao=02/08/2004>. Acesso em: 27 set 2010.

_____. **Recurso Especial nº 402.182-RS**, publicado em 12.06.2006, 3ª. Turma, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101989390&dt_publicacao=12/06/2006>. Acesso em: 03 out 2010.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **Apelação Cível nº 2002.001.05527**, 17ª Câmara Cível. Relator Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, julgado em 02/05/2002. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=ONxWEBPGM=WEBPCNU88&PORTAL=1&N=200200105527&protproc=1>>. Acesso em: 27 set 2010.

Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, **Apelação Cível nº 2005.013760-1** Relator Des. Paschoal Carmello Leandro. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?_&tpClasse=J&cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20050137601>. Acesso em: 27 set 2010.