

# TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA ÓTICA DO DIREITO BRASILEIRO

**WALTER DE MEDEIROS AZEVEDO**

Graduando em Direito pela Universidade Potiguar.

E-mail: waltermazevedo@gmail.com

**JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR**

Mestre em Direito pela UFRN; Professor Universitário; Advogado.

E-mail: albenesjunior@unp.br

## Resumo

Trata-se de estudo sobre a indenização pela perda de uma chance. Busca trazer a teoria para o mundo da responsabilidade civil, traçando sua natureza jurídica desde o momento em que surge na França, na década de 60. Procura enquadrar a teoria como sendo um subtipo de dano emergente, afastando seu enquadramento como dano moral ou lucros cessantes. Faz um balanço das principais decisões citadas pelos doutrinadores, além, de realizar um levantamento de jurisprudência pelos tribunais superiores e tribunais de justiça dos Estados, trazendo julgados, inclusive, do Estado do Rio Grande do Norte e Tribunal Regional Federal – 05ª Região. Além de fazer uma crítica pela não citação em doutrinas de decisões da Justiça do Trabalho sobre o tema.

**Palavras chave:** Responsabilidade civil. Indenização. Perda de uma chance.

## *A THEORY OF LOSS OF CHANCE IN LEGAL STUDIES FROM THE PERSPECTIVE*

## Abstract

It is a study about the compensation for the loss of a chance. It pretends to bring the theory into the civil liability's subject, tracing its legal status from the history since the 60's in France. It tries to set the theory as a subtype of damages from the material damage and business interruption. It discusses some important decisions in the legal position, to conduct a survey of law cases taken by the Higher Courts and Courts of Justice of the States, bringing judged, including the State of Rio Grande do Norte and Federal Court of the 5th Region. And it will bring a criticism for not exist a written subject on doctrines of decisions of the Labour Court on the issue.

**Keywords:** Liability. Indemnity. Loss of a chance.

## 1 INTRODUÇÃO

Segundo Coulanges (1830), a sociedade é o reflexo dos seus costumes e princípios; e o direito, por sua vez, deve ser o mecanismo de regulação das relações sociais.

As relações interpessoais ganharam tal dinamismo, que pessoas estavam perdendo oportunidades (chances) de auferirem alguma vantagem ou algum benefício devido a atitudes de terceiros. Desse ponto, surge a ideia da Teoria da Perda de Uma Chance (perte d'une chance), em que o prejudicado poderia pleitear, em Juízo, uma indenização pela oportunidade perdida, através da admissibilidade de um juízo de probabilidade. Essa Teoria surgiu na França, na década de 60; foi aprimorada, na Itália, anos depois; e, somente no início da década de 90, começa a ser utilizada no Brasil. Verdadeiro estudo de um dano independente do resultado final.

A pesquisa fez uma abordagem histórica, doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, defendendo sua constitucionalidade, uma vez que o Supremo Tribunal Federal ainda não foi instado a se manifestar sobre essa modalidade de responsabilidade civil.

O maior objetivo do estudo é a conceituação e caracterização da teoria, de um modo geral. Por ser um assunto relativamente novo em nossa jurisprudência e doutrina, poucos são os estudos sobre a mesma. A natureza jurídica dela é tema de grande discussão entre doutrinadores e juristas. Alguns a tratam como dano moral, outros como lucro cessante ou dano emergente stricto sensu, porém, defendemos um posicionamento, que é um subtipo de dano emergente, pelas razões que serão expostas.

## 2 BREVES RELATOS HISTÓRICOS

Durante muitos anos, a Teoria da Perda de Uma Chance, ou indenização da chance perdida, não era aceita pelos Tribunais. Os primeiros operadores a estudarem o tema foram os franceses, bastante influenciados pelo Direito Romano, diga-se de passagem. Eles seguiam o verdadeiro dogma romano 'neminem ledere' (não lesar ninguém), ou seja, não causar prejuízos aos particulares (FERREIRA JÚNIOR, 2010), em que o dever de indenizar deve estar sempre ligado a um dano percebido.

Os doutrinadores franceses passaram a admitir um dano diverso do resultado final, ou seja, passou-se a considerar a própria probabilidade de ocorrência de uma vantagem ou lucro. Para os franceses, o termo chance significa, juridicamente falando, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda (SAVI, 2009).

Da França, na década de 60, a teoria foi se espalhando pelo resto da Europa, e foi, na Itália, que tal instituto jurídico ganhou espaço para discussões doutrinárias e jurispruden-

ciais, conseqüentemente, desenvolvendo seus institutos para uma melhor aplicação não só no próprio direito italiano, mas também, no Brasil. Ali, inicialmente, passou-se a utilizar a indenização por perda de uma chance como dano emergente, diferentemente da França, onde era visto como lucro cessante. Tal posicionamento também é adotado, a nosso ver, pela doutrina brasileira que, oportunamente, será objeto de nossas considerações no presente trabalho.

Na literatura italiana, dois doutrinadores se destacaram nos estudos da Teoria da Perda de uma Chance (SAVI, 2009). Foram eles: Adriano De Cupis, e Maurizio Bocchila. O primeiro instituiu um dos requisitos básicos para caracterização da teoria: "simples esperanças aleatórias não podem ser passíveis de indenização" (apud SAVI, 2009 p. 17), ou seja, somente chances sérias e reais poderiam ser indenizadas. Bocchiola apresentou uma nova característica, mais ligada aos conceitos de responsabilidade civil, que foi o da indenização econômica da chance perdida, acrescentando, aos estudos do tema, a utilização da probabilidade na ocorrência ou não dessa chance impossibilitada de acontecer.

Os tribunais italianos negaram-se, inicialmente, a adotar a Teoria da Perda de Uma Chance; porém, na década de 80, com os estudos de Bocchiola, De Cupis e outros, os julgadores se viram obrigados a olharem com outro enfoque o tema, admitindo tal instituto como uma modalidade de dano emergente, posicionamento esse adotado por Bocchiola (apud SAVI, 2009).

No Brasil, raras são as doutrinas que trazem maiores considerações sobre o tema, no máximo algumas páginas de doutrinadores em livros que tratam de Responsabilidade Civil. O tema mais analisado pelos estudiosos do Direito é a perda de prazo de recurso pelo advogado, pelo fato de prejudicar o direito de defesa de seu cliente, o que, segundo opinião de praticamente todos os doutrinadores, é caso claro de perda de uma chance.

O estudo da Teoria, no direito pátrio, ganhou impulso com o julgamento do Recurso Especial n.º 788.459/BA, que ficou conhecido como o "Show do Milhão", em que a participante errou a questão que valia o prêmio máximo de R\$ 1 milhão de reais, devido a pergunta ter sido mal formulada e as alternativas postas a sua disposição não conterem a resposta correta. O Min. Relator Fernando Gonçalves, ao proferir seu voto, relatou que não havia como ter a certeza se a participante teria respondido corretamente a indagação, devido a outros fatores como carga emocional, porém, o insígnio relator reconheceu o prejuízo causado à participante.

No Estado do Rio Grande do Norte, por exemplo, o Desembargador Vivaldo Pinheiro, aplicou a teoria em uma decisão: um candidato perdeu o horário da prova de um concurso, devido à informação equivocada do horário impresso no seu cartão de inscrição, no qual, estava escrito 09h (horário local), mas, na verdade, a prova foi aplicada pelo horário de Brasília

e, como no período, havia horário de verão, no Rio Grande do Norte seria 08h. A organizadora do concurso foi obrigada a indenizar a chance perdida de o candidato realizar a prova. Segue a ementa do caso:

Ementa: Constitucional, Civil e Administrativo. Apelação cível. Concurso público. (...) candidato que restou impossibilitado de realizar as provas do certame em razão destas terem sido iniciadas tomando por base o horário de Brasília e, não, o horário local. "Confirmação de inscrição" impressa pelo candidato, através do próprio site da Cesgranrio, três dias antes da data prevista no edital. Posterior retificação. Aplicação da "Teoria da perda da chance". Indenização que não se confunde com a decorrente de dano eventual ou hipotético. Subtração de uma oportunidade futura. Quantum calculado com base na chance em si que foi desperdiçada, e não sobre o valor do benefício esperado. Manutenção da sentença. Recurso conhecido e desprovido." (BRASIL, 2010A) (grifo nosso).

De toda sorte, trata-se de um tema novo em nosso sistema jurídico, merecendo ser visto com maior atenção, em face dos inúmeros exemplos trazidos pela jurisprudência, em pesquisas pelos principais tribunais, artigos e estudos científicos.

### 3 CONCEITO

Fazendo uma análise das citações dos livros e jurisprudências, criamos uma definição, baseando-nos, principalmente, nos ensinamentos de Gondim (2005), Savi (2009) e Venosa (2009): a Perda da Chance é uma forma de indenização, em que o indivíduo prejudicado por um terceiro fica impedido de tentar obter uma vantagem (melhoria) ou evitar um prejuízo, sendo indenizável não a vantagem em si, mas sim a chance perdida que poderia ter trazido aquele benefício ou ter evitado um prejuízo. Conceito esse parecido, em sua essência, com o de Miguel Maria de Serpa Lopes (apud GUEDES, 2011): "o causador de um dano por ato ilícito, com o seu ato, interrompeu um processo que podia trazer em favor de outra pessoa a obtenção de um lucro ou o afastamento de um prejuízo". Ênio Zuliani (apud GONÇALVES, 2009) compara a perda da chance como se perdesse um jogo sem disputá-lo.

A doutrina distingue dois tipos de indenização pela perda de uma chance. São eles: dano autônomo, representado pelas chances perdidas; e o segundo, embasado na causalidade parcial que a conduta do réu representa em relação ao dano final (PETEFFI DA SILVA apud SAVI, 2009). Como exemplo, podemos citar, para o primeiro caso, o advogado que deixa o prazo prescricional transcorrer para ingressar com uma ação, prejudicando, diretamente, o direito subjetivo do seu cliente. E, para o segundo caso, são os de responsabilidade civil médica,

ou responsabilidade civil por perda de uma chance de cura ou sobrevivência (SAVI, 2009), nesses casos, não interessa o resultado - sobrevivência, seqüela ou morte - mas sim, se a escolha do tratamento seria o adequado para aquele momento de estágio da enfermidade.

### 3.1 CONSTITUCIONALIDADE DA TEORIA

Para Miguel Reale (2002), o direito se compõe de três dimensões: Fato, Valor e Norma Teoria Tridimensional do Direito. Para essa teoria, um evento, para ser analisado no mundo jurídico, deve possuir essas dimensões.

A primeira dimensão trata do fato em que se deve ocorrer uma situação real, capaz de gerar discussão da sociedade. Esse evento trará um valor (segunda dimensão) para esse grupo de pessoas, que ensejará esse debate e, dependendo do grau de importância, fará surgir normas (terceira dimensão), que regulamentem tal situação. Com essas três dimensões juntas, o Estado será capaz de prestar, com clareza, o poder-dever jurisdicional.

A Teoria da Perda de Uma Chance possui essa tridimensionalidade. Inúmeros são os exemplos trazidos pela doutrina, casos reais de chances perdidas, com valor jurídico-econômico e, por fim, a existência de dispositivos legais que tratam da responsabilidade civil e do quantum indenizatório. Destarte, a indenização pela perda da chance encontra total respaldo para ser analisado pelos operadores do direito.

Segundo a hierarquia das normas de Hans Kelsen (1984), nossa Constituição Federal de 1988 está acima de todos os demais diplomas legislativos, princípio da supremacia da constituição. Por esse princípio, todo e qualquer direito ou dever instituído deve estar de acordo com a Lei Maior. Em democracias como a nossa, a existência de um órgão que guarde e julgue segundo a constituição é imprescindível, declarando ou não a constitucionalidade dos mais diversos institutos e normas. No Brasil, esse papel é exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Pela pesquisa junto à jurisprudência do STF e aos livros de responsabilidade civil que tratam do tema ora em análise, constatamos que a suprema corte ainda não foi instada a se pronunciar sobre a aplicação dessa nova modalidade de indenização.

Em nenhum dispositivo constitucional, encontramos o dever de indenizar pela perda de uma chance. As únicas menções ao dever de indenizar de forma geral estão na Constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º, V e X, in verbis:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)

## Verbum

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Estes incisos, supracitados, fazem parte da cláusula geral do dever de indenizar, ou seja, a causa de um prejuízo certo e de fato a outrem.

Da primeira parte do inciso V – “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo”, surge a luz para defesa da constitucionalidade da Teoria da Perda de Uma Chance, a partir do momento em que se considera a chance perdida como um dano, e a indenização sendo proporcional a essa chance perdida – princípio da proporcionalidade defendido por Bacchiola (apud SAVI, 2009), durante seus estudos sobre a aplicação da teoria ao direito italiano.

A fonte jurídica sai das profundezas da vida em sociedade e terá reflexo na superfície do Direito (CLAUDE DU PASQUIER apud MARTINS, 2009). A perda da chance surge dos anseios sociais, em que cada vez mais um número maior de pessoas se sente prejudicado por ações de terceiros que impedem a conquista de uma vantagem.

Mesmo não estando explícito na Constituição de 1988, outro princípio pode ser extraído a partir da análise dos incisos V e X, o da proteção integral dos danos. Basicamente, esse dogma traduz que todo dano sofrido pelo prejudicado deve ser indenizado.

É inegável a ocorrência de um dano e, por consequência, um prejuízo, na perda de uma chance. Ao dar causa a esse dano, rompe-se o equilíbrio jurídico-econômico que existia entre o agente e a vítima, passando a ocorrência de um anseio de se restabelecer o equilíbrio entre as partes. Nesse sentido, vejamos as palavras de Ferreira Júnior (2010):

(...) Mesmo não havendo um dano certo e determinado, existe um prejuízo para a vítima, decorrente da legítima expectativa que ela possuía em obter um benefício ou evitar um prejuízo. Logo, para que exista a possibilidade de reparação civil das chances perdidas, deve-se enquadrá-las como se danos fossem.

A não reparação de um prejuízo é um fator de inquietação social. Não só nossa lei maior, mas também, o restante do ordenamento prega que todo dano deve ser indenizado, porém, não é qualquer dano passível de reparação, devendo haver certo valor jurídico.

Na teoria, a chance deverá ser séria e real. Nos estudos ao longo dos anos, buscou-se, a todo custo, dar valor jurídico-econômico a chance perdida, foi assim com os franceses e italianos. Na jurisprudência brasileira, a busca desse valor tem sido alcançada graças às decisões do Superior Tribunal

de Justiça e aos estudos de nossos doutrinadores. Isso nos faz acreditar na constitucionalidade desse novel instituto jurídico, devido ao valor econômico-jurídico que vem sendo dado e por se adequar ao princípio geral de proteção integral dos danos.

Ao se falar em proteção integral dos danos, pode surgir a interpretação de que qualquer fato poderá ser passível de indenização. O operador do direito deve saber que dependerá do caso concreto, ou seja, meras possibilidades aleatórias não são passíveis de indenização pela perda de uma chance, somente chances sérias e reais poderão. A doutrina traz um exemplo cristalino sobre tal interpretação, quando um terceiro perde o bilhete de loteria de uma pessoa. As chances de aquela pessoa tirar o prêmio são ínfimas, não estamos diante de uma iminência de premiação. Diferentemente, por exemplo, quando, em uma disputa por promoção interna de uma empresa, dois supervisores “brigam” por uma vaga de diretor de departamento, o candidato “A”, após os testes de seleção, está na frente da disputa e, às vésperas do resultado, outro funcionário espalha informações falsas sobre o líder da disputa, informações estas que influíram diretamente na sua exclusão para a promoção. Nesse caso sim, o prejudicado teve uma chance séria e real perdida, tendo direito a uma indenização.

## 4 NATUREZA JURÍDICA

A perda de uma chance deve ser enquadrada na modalidade de responsabilidade civil subjetiva, devido à presença de todos os pressupostos elencados no Código Civil de 2002, quais sejam, ato ilícito, dano, culpa, nexos causal. Para explicar como ocorrem, valemo-nos de uma situação real que se enquadraria perfeitamente, caso fosse à justiça, em um pedido de indenização pela perda da chance. Trata-se da situação vivida pelo corredor de longas distâncias, Vanderlei Cordeiro de Lima, na maratona das Olimpíadas de Atenas, em agosto de 2004. O maratonista, em bom ritmo de corrida, vinha liderando a prova com mais de um minuto para o 2º colocado, quando, por volta dos 36 km de um total de 42,195 km, um torcedor invadiu o trajeto, colocando-se a frente do brasileiro, agarrando-o e tirando-o da pista. Vanderlei demorou cerca de 20 segundos para retornar à prova. Abalado com o incidente, perdeu concentração e foi ultrapassado por dois concorrentes, chegando, ao final, em terceiro lugar na maratona.

A chance de o maratonista vencer a corrida era real. faltando pouco mais de 4 quilômetros para o fim da prova, ele tinha uma bela vantagem, que, pelo tempo, daria algo em torno de 1km, e, segundo especialistas, o corredor vinha em um ritmo que não seria alcançado pelos demais, então, provavelmente, venceria a competição. Trazendo o exemplo para a indenização pela perda de uma chance, tem-se configurado todos os requisitos exigidos, quais sejam: a) ato ilícito: a conduta do manifestante trouxe prejuízo ao maratonista, havendo

quebra de ritmo, desconcentração, enfim, prejuízos, que, para corredores de elite, são incalculáveis; b) dano: essa conduta gerou prejuízo para o maratonista, que teve o desempenho nitidamente alterado por aquele ato; c) culpa do agente: ao realizar aquele ato, o manifestante tinha a intenção de chamar os olhares do mundo para si, para a sua causa, porém, trouxe prejuízo para o brasileiro no restante de sua prova; d) nexos de causalidade: o prejuízo auferido pelo corredor teve ligação direta com a conduta do manifestante, pois, sem ela, as chances de vitória seriam ainda maiores; e, por fim, d) a chance perdida: a invasão tirou do competidor a oportunidade de vencer a corrida. Nunca poderemos saber se aquele ritmo seria mantido e o maratonista venceria a prova, porém, é inegável que foi prejudicado pela atitude, cabendo, assim, uma indenização por essa chance perdida. O Comitê Olímpico Internacional (COI), como forma de compensação, condecorou o brasileiro com a medalha Barão Pierre de Coubertin. Honraria concedida aos heróis do esporte. Trazendo para nosso plano, a condecoração seria a indenização pela perda de uma chance.

#### 4.1 CHANCE SÉRIA E REAL

O cerne da teoria está centrado na força vital da chance, na sua probabilidade de ocorrência, tão bem registrada pelo Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao proferir o voto na Apelação Cível n.º 70005635750 (D.J. 17/11/2003):

“Todavia, como bem acentua Sérgio Severo (Os danos Extrapatrimoniais, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 11 a 13), ‘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 evitar uma perda que a ameaça. (...) Trata-se da probabilidade de que o evento ocorresse; não fosse a intervenção do agente, esta chance deveria ser séria e viável (...). (grifo nosso)

Mesmo com a exigência de chances sérias e reais, algumas decisões aplicam a teoria de forma equivocada. Dando a indenização em chances hipotéticas, ou que se possam considerar sérias ou reais. SAVI (2009, p.27) cita o seguinte exemplo:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA CONSCIENTE. DANOS MORAIS. PENSIONAMENTO VITALÍCIO. AJUDA DE CUSTO. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO-MÍNIMO. PERDA DE UMA CHANCE. I – Vítima que confiou poder cruzar a via em segurança, já que o sinal estaria ‘estaria’ mudando, age de modo imprudente. II – Motorista que teve condições de ver a vítima, tendo, assim, também condições de acionar os freios, considerando a baixa velocidade que trafegava, já que lhe era

previsível a possibilidade de ela vir, efetivamente, ao tentar atravessar a avenida, como tentou fazer, despreza a cautela que lhe impunha. (...) III – Sendo a vítima trabalhadora autônoma, revendendo produtos de beleza, é coerente a presunção de que aferisse, no mínimo, dois salários-mínimos mensais a título de remuneração, restando evidente que teria ascensão profissional, visto que, na época do acidente, contava apenas com 19 anos, estudava e tencionava fazer curso superior em Pedagogia (...). (BRASIL, 2002) (grifo nosso).

Nesse exemplo citado por Savi (2009), uma mulher de 19 anos era vendedora de produtos de beleza, pretendia cursar pedagogia ou informática e sofreu um acidente de trânsito. O evento deixou sequelas na fala, no andar e perda da visão. A autora ingressou com uma ação indenizatória pelos danos sofridos e, dentre os pedidos, havia um de pensão mensal vitalícia, com base na expectativa de ascensão profissional que ela tinha, ou seja, o salário de pedagoga. A sentença julgou procedente o pedido da pensão vitalícia, baseando-se na expectativa de ascensão profissional (chance de auferir vantagem), sendo mantida pelo julgamento da Apelação Cível supra.

Com a máxima vênia, em virtude da gravidade do acidente e das consequências trazidas por ele, nossa posição se coaduna com a do doutrinador supra citado, pois esta é uma chance que não é séria e real. Estamos diante de uma jovem de 19 anos, que revendia produtos de beleza, se quer havia escolhido sua profissão. E, também, não estava prestando nenhum vestibular, ou se preparando para tal.

Destarte, diante dos fatos, não tínhamos se quer a noção ou expectativa da autora mudar de profissão, sendo impossível a constatação da chance séria e real, que é um dos requisitos básicos para a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

#### 4.2 NATUREZA JURÍDICA

As posições da doutrina e jurisprudência não são pacíficas sobre a natureza jurídica da indenização da chance. Alguns a consideram como lucro cessante, como assim o é pelo direito francês, outros a consideram como terceira modalidade de indenização de danos patrimoniais, e há até quem a defenda como dano moral, aspectos estes que discordamos.

Doutrinadores, como Carvalho Santos (apud SAVI, 2009), tratam a indenização pela perda de uma chance como lucro cessante, devendo o autor da ação provar que, sem aquele evento danoso, perceberia certa vantagem. A problemática desse posicionamento é a de que o ofendido prove que a vantagem seria conquistada sem a ocorrência daquele evento, porém, como provar algo sem sabermos se ele iria realmente acontecer. A indenização pela perda de uma chance está ligada a “chance em si” perdida, e não na vantagem que poderia

## Verbum

acontecer.

Aguiar Dias (apud SAVI, 2009) considera como lucro cessante, porém, a indenização deve recair pela chance em si, esbarrando somente na problemática da quantificação dessa indenização. Nessa quantificação, o juiz, através de um juízo de probabilidade e razoabilidade, deverá levar em consideração a chance perdida e o resultado que era pretendido pelo ofendido, ou seja, a vantagem esperada. O requisito básico do lucro cessante é a vantagem que deixará de ser auferida no futuro devido ao evento danoso, porém essa vantagem deve ser certa e quantificada para ser deferida em juízo, diferentemente da perda da chance, que não se tem certeza absoluta da conquista da vantagem que seria ganha. O valor da vantagem é certo, porém, a sua ocorrência, não.

Agostinho Alvim, Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Serpa Lopes, todos citados por Savi (2009), consideram a chance perdida como uma nova modalidade de indenização, não se enquadrando em nenhuma das três outras modalidades de responsabilidade subjetiva, aqui já citadas. Esses doutrinadores tratam a chance a ser indenizada também como séria e real, característica essa vista como um 'plus' por eles, ou seja, haja uma probabilidade tão forte de ocorrência, que a atuação, caso fosse concretizada, seria responsável pela percepção da vantagem. Para exemplificar, Alvim cita, como exemplo, uma pessoa que iria participar de um concurso, apresentando um animal considerado raro, de modo a concorrer ao grande prêmio, acontece que a pessoa responsável pela guarda do animal permite que ele morra em um acidente, que poderia ter sido evitado por ele se não fosse negligente. Jamais saberíamos se a pessoa venceria o concurso, porém, o fato de o animal ser raro, a chance de vitória, consideravelmente, seria bem maior – esse é o 'plus', o algo a mais.

Antônio Jeová Santos (apud SAVI, 2009) considera a indenização pela perda de uma chance como um dano moral futuro, assim como parte da jurisprudência, ao analisá-la como agregador de dano moral. Vejamos alguns exemplos:

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 JUDICIÁRIO. MODALIDADE DE DANO MORAL. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO. (1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 8ª Câmara, Apelação Cível n.º 680.655-1, Rel. José Arnaldo da Costa Telles, julgado em 23.10.1996) (grifo nosso)

Discordamos, veementemente, dessa posição, pois a chance em si é material, já que a vantagem pretendida iria

ser incorporada ao patrimônio do ofendido. Porém, nada impede que a conduta do agente atinja a imagem ou a honra, atuando, assim, como agregador de dano moral. O que não se pode admitir é que a chance perdida seja, exclusivamente, entendida como dano moral (SAVI, 2009). A doutrina cita, como exemplo de ocorrência de indenização pela perda de uma chance e agregador de dano moral, um caso que ocorreu no Rio Grande do Sul (TJRS, Apelação Cível n.º 70003008695, Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível, Rel. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, D.J. 26/06/2002), em que uma juíza de Direito teria perdido a chance de ser promovida por merecimento à entrância final, pelo fato de existirem indevidas anotações em sua ficha funcional.

Venosa (2009) considera a indenização, pela perda de uma chance, como uma nova modalidade de indenização, enquadrada entre lucro cessante e dano emergente. Assim como Stoco (1996, p.11):

A perda da chance é terceira modalidade de indenização e, conforme leciona Sérgio Severo, visa possibilitar indenização de "um dano causado quando 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.

Discordamos das opiniões dos autores anteriormente citados. Preferimos tratar a indenização pela perda de uma chance como sendo um subtipo de dano emergente (*latu sensu*). Primeiro ponto na defesa desse entendimento diz respeito ao momento da ocorrência do dano. O que será indenizado é a chance em si, aquela chance perdida poderia trazer uma vantagem ou se ter evitado um prejuízo. O prejuízo ao patrimônio acontece no momento em que um terceiro tem uma conduta ilícita e o ofendido não mais poderá ter aquela oportunidade, tendo seu patrimônio atingido.

Clara está a certeza do dano, o problema está na quantificação, o que nos faz enquadrar a teoria como sendo um dano emergente *latu sensu*, já que o dano emergente *strictu sensu* requer a quantificação exata desse dano. O tamanho do dano será calculado por um juízo de probabilidade feita entre a chance perdida e o resultado pretendido.

## 5 QUANTIFICAÇÃO DO DANO INDENIZADO DA PERDA DE UMA CHANCE

Como a teoria ainda não é pacífica na jurisprudência e na doutrina, temos algumas decisões, em que alguns doutos julgadores insistem em quantificar a chance como se lucros cessantes fossem, por exemplo, um advogado perdeu o prazo

de interposição de recurso de apelação cível contra sentença desfavorável ao seu constituinte. O acórdão reconheceu o dano decorrente da perda da chance. Porém, ao quantificar a dano, condenou o advogado réu ao pagamento de tudo que o seu cliente faria jus se o recurso tivesse disso interposto dentro do prazo legal e dado seu provimento. Discordamos desse posicionamento, pois enquadramos a perda de uma chance como sendo uma subespécie de dano emergente, pois o que se indeniza é o dano percebido no momento da conduta do agente e não o que se poderia ganhar, caso aquele fato não ocorresse. Até por que não saberíamos se o recurso seria provido ou não, daí a adoção da equação do direito italiano (SAVI, 2009, p. 32): “ $VI = VRF \times Y$ , onde VI = valor da indenização da chance perdida; VRF = valor do resultado final; e Y = percentual de probabilidade de obtenção de resultado final”.

É o chamado juízo de probabilidade tanto defendido pelos defensores da teoria. Como já dito, o Código Civil de 2002 é omissivo nessa modalidade de indenização, porém, Judith Martins Costa, apoiada em Araken de Assis (apud SAVI, 2009, p. 68), propõe uma solução que considero justa, “na hipótese de não existir regra própria para avaliação do dano ou para sua liquidação, aplicar-se-á outra cláusula geral, prevista no art. 1553, que a remete ao arbitramento”.

Em muitos casos, a quantificação do dano nessa modalidade é a das mais difíceis, porém, não pode ser fundamento para não aplicação da teoria, como fazem alguns autores.

## 6 JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE

Apesar dos livros não citarem julgados sobre o tema, em especial, da região nordeste, foi encontrado dezenas de acórdãos envolvendo a perda de uma chance, porém vamos tratar aqui de casos, na esfera cível, envolvendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Em pesquisa realizada, no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, [www.tjrn.jus.br](http://www.tjrn.jus.br), foram encontradas decisões sobre o tema, sempre seguindo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, qual seja: chances sérias e reais; e indenizações de acordo com o juízo de probabilidade de ocorrência entre a vantagem e a chance perdida. Exemplos: Apelação Cível n.º 2005.003641-9, 3ª Câmara Cível, Rel. Desembargador João Rebouças. Julgamento em 13.09.2005; Apelação Cível n.º 2009.014378-5. 2ª Câmara Cível. Relatora: Juíza Maria Zeneide Bezerra (Convocada) Diária da Justiça em 26.07.2010.

No dia 23.05.2011, o juízo da 05ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal – RN proferiu a sentença do processo n.º 0022826-73.2009.8.20.0001, em que o Estado do Rio Grande do Norte foi condenado a pagar ao Autor o valor de R\$

60.000,00 (sessenta mil reais), a título de indenização, por dano material pela perda de uma chance. Nesse caso, o Autor teve um dos braços amputados devido à falha no atendimento no Hospital Walfredo Gurgel.

## 7 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Em nenhum livro, trabalho ou dissertação pesquisados foi encontrado menção à aplicação da Teoria da Perda da Chance, no âmbito da Justiça do Trabalho. O dever de um estudioso do direito é sempre a pesquisa, por mais árdua e difícil que possa ser.

Na opção de pesquisa de jurisprudência do endereço eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho, [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br), foi encontrado, para grata surpresa, centenas de decisões envolvendo a teoria.

Em 90% (noventa por cento) dos casos, a aplicação da teoria está ligada ao impedimento de promoção ou progressão no emprego, deixando o empregado de auferir vantagens, especialmente salariais. Casos: TST-AIRR-71740-46.2008.5.03.0093, 05ª Turma, Rel João Batista Brito Pereira; TST-RR-73400-48.2008.5.09.0242) Rel. Aloizio Correa da Veiga; Recurso Ordinário n.º 0024800-07.2009.5.05.0651 TRT-05ª Região – Rel Luíza Lomba.

A segunda decisão traz um fato interessante, a aplicação da indenização pela perda de uma chance como dano moral, o que foi refutado nesse trabalho, pois o consideramos como um subtipo de dano emergente, como fundamentado. Lembrando o dano moral poderá ser usado como agregador da perda da chance.

Na leitura do voto dessa última decisão, a relatora cita a decisão do “Show do Milhão”, tomada pelo STJ, e segue a melhor maneira de aplicação da perda da chance no quantum indenizatório, qual seja, indeniza-se a chance perdida, e não a vantagem que se viu frustrada. “A chance de progredir na carreira certamente não tem o mesmo valor da progressão garantida, especialmente porque o autor ainda estaria submetido a critérios subjetivos de avaliação, intrínsecos a promoção por merecimento”.

Destarte, conclui-se que a aplicação da teoria da perda de uma chance não encontra óbice em sua aplicação na Justiça do Trabalho, desde que presentes os pressupostos de admissibilidade dessa modalidade de indenização.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe certa repulsa de alguns doutrinadores em considerar a chance perdida como um dano, porém, o posicionamento desse trabalho indica o oposto, considerando, é claro, a chance séria e real perdida.

## Verbum

O dano causado pela perda de uma chance deverá ser entendido como diverso do resultado a que se buscava, pois jamais saberíamos se a vantagem se tornaria realidade. Estudos de probabilidade foram incorporados para análise da chance perdida, para averiguação, por parte do julgador, se aquele resultado esperado seria possível ou não sua ocorrência. Entendemos ser uma indenização constitucional, partindo do princípio que todos os danos devem ser indenizados.

Outro problema encontrado foi a definição da natureza jurídica da indenização pela perda de uma chance, alguns a tratam como dano moral, outros, como lucros cessantes ou dano emergente, há quem diga que é uma modalidade intermediária entre dano emergente e lucros cessantes, entretanto, nossa postura é de trata-la como responsabilidade subjetiva. Achamos por bem classificar essa indenização como um subtipo de dano emergente, pois o prejuízo ao patrimônio do ofendido acontece no momento do ato ilícito cometido pela conduta do agente. Se a vantagem pretendida aconteceria ou não é outro ponto. O que se discute é se aquele evento danoso não tivesse ocorrido, as chances de auferir a vantagem ou evitar o prejuízo seriam maiores ou não. É em cima dessa probabilidade de ocorrência, que se verificará o quantum indenizatório. Por causa desse tipo de quantificação, não podemos classificá-la como dano emergente stricto sensu, pois exigiria uma quantificação exata no momento do ato ilícito.

Vale ser destacado que, a essência da perda da chance

não é o dano moral, porém, nada impede que o dano moral esteja junto da ação que pleiteia a indenização. Servirá até de parâmetro para o julgador na quantificação de ambas.

O parâmetro mais confiável para a quantificação ainda é a prudência do juiz. Pois uma graduação excessiva da possibilidade da chance poderá indicar a criação de um dano não comprovado, hipotético ou inexistente.

O Superior Tribunal de Justiça vem aplicando corretamente a teoria, no que se refere à quantificação do dano, porém, o mesmo não é observado pelos tribunais, em especial da região sul e sudeste. Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, apesar de poucos casos encontrados, tem aplicado de maneira satisfatória, inclusive contra a Fazenda Pública.

Essa modalidade de indenização pode ser aplicada tanto na esfera cível quanto na trabalhista, apesar de nenhum livro de responsabilidade civil ter feito menção àquela justiça especializada. Na justiça do trabalho está quase sempre ligada a casos de promoção mal sucedidos. Resultado chegado à pesquisa na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Destarte, para a caracterização da perda de uma chance, é necessária uma chance séria e real, independente da vantagem perdida, e que essa indenização seja arbitrada de acordo com a chance em si, não podendo se igualar à vantagem, pois estaríamos descaracterizando o subtipo de dano emergente, levando-o para o campo de lucro cessante. Além da ocorrência do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília/DF: Senado Federal, 2011A.

\_\_\_\_\_. **Código Civil de 2002**. Brasília/DF: Senado Federal, 2011B.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459/BA. 4ª Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. **Diário da Justiça** em 13 de março de 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Processo n.º 0022826-73.2009.8.20.0001. 5ª Vara da Fazenda Pública – Comarca de Natal-RN. Juiz Airton Pinheiro. **Diário da Justiça** em 23 de maio de 2011C.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível n.º 2005.003641-9, 3ª Câmara Cível, Rel. Desembargador João Rebouças. Julgamento em 13.09.2005.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível n.º 2010.000252-4. 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Vivaldo Pinheiro; **Diário da Justiça** em 20 de maio de 2010A.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível n.º 2009.014378-5. 2ª Câmara Cível. Relatora Juíza Convocada Maria Zenaide Bezerra; **Diário da Justiça**, em 26 de julho de 2010B.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70005635750. 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. **Diário da Justiça** em 17 de novembro de 2003.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível n.º 70003008695. 6ª Câmara Cível, Rel. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. **Diário da Justiça**, em 26 de junho de 2002.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho – 5ª Região. Recurso Ordinário n.º 0024800-07.2009.5.05.0651. 2ª Turma. Rel. Luíza Lomba, **Diário da Justiça** em 28 de setembro de 2010C.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.º 73400- 48.2008.5.09.0242. 6ª Turma. Rel. Aloizio Correa da Veiga; **Diário da Justiça** 28 de maio de 2010D.

\_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 71740-46.2008.5.03.0093. 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira. **Diário da Justiça** em 19 de novembro de 2010E.

FERREIRA JÚNIOR, Gerardo Veras. A revolução da responsabilidade civil sobre o aspecto da teoria da perda de uma chance. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2602, 16 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17194>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

GONÇALVES JÚNIOR, Mário. Perda de chance se aplica inclusive na advocacia. **Consultor Jurídico**, São Paulo. Ano 15, 08 mar. 2008. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2011-mar-08/instituto-perda-chance-aplica-inclusiveadvocacia#autores>> Acesso em 13 de março de 2011.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Ano 94, v. 840, Editora Revista dos Tribunais, out. 2005.

GUEDES, Raphael Leite. A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. In: **Âmbito Jurídico**, [Internet], Rio Grande, n.52, 30 abr. 2008. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em 03 abr.2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. Coimbra: E. Armênio Armado, 1984.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. São Paulo: E. Saraiva, 2002.

SAVI, Sérgio. **Teoria da Perda de uma chance**. 2 ed. Rio de Janeiro: E. Revista dos Tribunais, 2009.

STOCO, Rui. **Os Danos Extrapatrimoniais**. 1 ed. Saraiva: São Paulo: E. Saraiva, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 10 ed.. São Paulo: E. Atlas, 2010.