

A Teoria da Perda da Chance como Solução para o “se” Indenizável (Pode uma pergunta mal formulada valer 1 milhão?)

Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum
Professor da EMERJ, FGV, IBMEC, UFF, UNESA,
CEPAD e ESA. Advogado.

“aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta”¹

INTRODUÇÃO - A PROBLEMÁTICA!

É bastante comum escutar de pessoas juridicamente leigas expressões e indagações (algumas como manifestação de perplexidade!) acerca da demora na resolução de ações indenizatórias com “pano de fundo” extremamente simples, como por exemplo, crimes confessos, negativas indevidas reincidentes, acidentes automobilísticos, descumprimento de contratos, erros médicos crassos etc..

Muitas das vezes o questionamento é direcionado à própria inércia do autor do fato: *“Se ele fez mesmo, porque não paga e resolve logo isso?”*. Resume-se a resposta a dois fatores principais: 1) a demora jurisdicional propriamente dita (excesso de recursos e medidas protelatórias) que seduz com a possibilidade de adiar o pagamento a um “futuro distante” e, 2) as sempre existentes discussões acerca do *quantum debeatur*, isto é, a liquidação do dano.

É com esse segundo aspecto que o presente artigo se preocupará, pois a experiência prática demonstra que empresas e profis-

¹ MAURIZIO BOCCHIOLA, *“Perdita di una chance e certezza del danno”*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno XXX, p. 60, 1976, apud SERGIO SAVI, Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance, São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.

sionais liberais por diversas vezes tentam a celebração de acordos para composição do dano, acordos estes que resultam impossíveis pela enorme diferença na percepção de “*o que compreende o dano? o que deve ser indenizado?*”.

Assim, antes de se chegar ao tema proposto (*a indenização do “se”*) e à análise do caso concreto selecionado para ilustrar a correta aplicação da teoria, faz-se necessária uma breve incursão pela classificação dos danos, para, após, demonstrar-se de que forma a teoria da perda da chance colabora com a solução mais rápida de conflitos que, por vezes, se limitam à apuração de existência de dano e a quantificação de seu valor.

1. COMO SE CLASSIFICAM OS DANOS

O dano, assim como a culpa e o nexo causal, é um elemento determinante da responsabilidade civil, assumindo um papel preponderante e indispensável ao surgimento da obrigação de indenizar. É possível a existência de indenização sem culpa (nos casos de responsabilidade objetiva), mas não de indenização sem dano, o que indicaria, sem dúvida, um enriquecimento sem causa para quem a recebesse².

Contudo nem sempre foi assim, pois, antes da plena aceitação da reparabilidade dos danos morais, adotava-se a *teoria da diferença* que conceituava o dano como resultado de uma operação de subtração entre o patrimônio da vítima antes e depois do fato gerador. Após décadas de polêmicas, aceitou-se a reparação moral, e com isso, a teoria do interesse, segundo a qual o dano passou a ser considerado a lesão de um interesse juridicamente protegido³.

² “Dano é prejuízo. É diminuição de patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações”. (JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad Civil*, p. 21.)

³ SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidad Civil*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 71. “Quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão de sua natureza

Hodiernamente, considerando-se o efeito da lesão e o caráter de sua repercussão sobre o lesado, os danos podem ser divididos em duas espécies, que por sua vez também aceitam subdivisões:

Os *Danos materiais* - também chamados patrimoniais - são aqueles quantificados em dinheiro, pois refletem, por natureza, parte do patrimônio da vítima. Sua principal característica é a possibilidade de, com o ressarcimento, restaurar-se o *statu quo ante*, isto é, após o pagamento da indenização o agente (violador de um direito) terá recomposto o patrimônio da vítima na exata proporção configurada anteriormente ao evento danoso.

Subdividem-se os danos patrimoniais em duas modalidades que, de acordo com Aguiar Dias, “podem coincidir, assim como podem ocorrer distinta e insuladamente, conforme o *caso concreto*”⁴.

Os *danos emergentes* (também chamados prejuízos diretos) são os prejuízos efetivamente ocorridos, causando a diminuição no patrimônio. No tocante à mensuração e exemplificação, adota-se a preciosa lição de Sergio Cavalieri Filho: “A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas, tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante. Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum*.”⁵

não-patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral”.

⁴ JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Borsói, Rio, v. 14, p. 221 *apud* RUI STOCO. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação jurisprudencial*. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 654

⁵ SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 72.

Os *lucros cessantes* (também chamados prejuízos indiretos ou lucros frustrados) estão previstos no artigo 402 do Código Civil, o qual garante a indenização, não só do efetivamente perdido, como também do que razoavelmente se teria ganho, caso o dano não tivesse ocorrido. O lucro cessante, para ser indenizável, deve ser fundado em bases seguras, de modo a não compreender os lucros remotos, hipotéticos ou imaginários. Neste sentido o escólio de Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Privado**, t. XXV, p. 23): “*Para que ocorra o direito aos lucros cessantes, a título de perdas e danos, deve-se comprovar haver, com certeza, algo a ganhar, uma vez que só se perde o que se deixa de ganhar.*”

Os *danos morais* são as lesões sofridas pela pessoa, atingindo não o seu patrimônio, mas sim aspectos íntimos de sua personalidade (intimidade e consideração pessoal - honra subjetiva), ou a própria valoração da pessoa no meio em que ela vive e atua (reputação e consideração social - honra objetiva)⁶.

Distinguidas as espécies de dano, passa-se, então, ao objeto do estudo (a teoria da perda da chance), explicando-a e inserindo-a no contexto da quantificação da indenização.

2. TEORIA DA PERDA DA CHANCE⁷

2.1 - Diferença entre dano hipotético e perda da chance. Juízo de possibilidade e juízo de probabilidade.

Na apuração dos danos materiais, o que se tem é a divisão em emergentes (passado) e lucros cessantes (futuro), guardando-se, sempre, a necessidade do requisito “certeza razoável” para

⁶ PAULO MAXIMILIAN W. M. SCHONBLUM, **Dano Moral: Questões Controvertidas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9. Outras definições são extraídas de julgado do então Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito: “Dano moral. Lição de AGUIAR DIAS: o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão considerada. Lição de SAVATIER: dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Lição de PONTES DE MIRANDA: nos danos morais a esfera ética da pessoa é que é ofendida: o dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.” (TJRJ - 1ª Câmara, Rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.11.91, RDP 185/198)

⁷ “Chance é o termo admitido em nosso idioma, embora possamos nos referir a esse instituto, muito explorado pelos juristas franceses, como perda da oportunidade ou de expectativa” (SILVIO DE SALVO VENOSA, **Direito Civil**, v. 4, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 200).

os lucros cessantes. E é esta (in)certeza quanto à ocorrência de fatos futuros a grande “vilã da pacificação”, pelo fato de não ser compreendida e contextualizada da mesma forma por diferentes julgadores.

É facilmente encontrada na doutrina⁸ e jurisprudência⁹ a distinção entre o chamado “dano indenizável” (que justifica o pagamento dos lucros cessantes) e o “dano hipotético”, sendo que este sempre foi afastado na fase de liquidação, pois a incerteza da sua ocorrência serve, *de per si*, para considerá-los indevidos. Voltando, entretanto, à questão controvertida, o que distinguirá um “dano hipotético” de um “lucro cessante”? A resposta de todos é a mesma: por lucros cessantes se entende o que a pessoa “razoavelmente deixou de ganhar”.

Entra em cena nesse momento um fator essencial não só à compreensão da questão como também à aplicação das teorias aqui expostas: a regra ordinária de experiência comum dos magistrados. Diante de situações incertas (será que isso ocorreria? Será que aquilo daria certo? Havia chance de ele se tornar um campeão?) caberá ao julgador (munido sempre do senso de razoabilidade), buscar nos conceitos de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, a “resposta” - ou a melhor presunção - sobre o contexto fático alegado nos autos, pois, como dito no início, “aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta”.

⁸ “O prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação” (JOSÉ DE AGUIAR DIAS, **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, Carvalho Santos e colaboradores, v. 14, p. 221).

⁹ “Processo civil. Rescisória. Violação à literal disposição de lei. Condenação a ressarcir dano incerto. Procedência. Os arts. 1.059 e 1.060 exigem dano efetivo como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e subsistente. Incerto é dano hipotético, eventual, que pode ocorrer ou não. A atualidade exige que o dano já tenha se verificado. Subsistente é o dano que ainda não foi ressarcido. Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é certo e, portanto, não há indenização possível. (...)” (STJ - 3ª Turma, REsp. 965.758, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/08/2008) “(...) Da mesma forma, incabível o pedido de danos materiais por lucros cessantes. Não existe dano hipotético, nem se pode pedir indenização pelo que se sonhou receber, sem qualquer amparo fático ou jurídico. Sentença que se mantém. Desprovimento do recurso. (TJRJ - 20ª Câmb., Apel. 2008.001.18513, Rel. JDS. Des. Cristina Serra Feijó, j. 18/06/2008).

Sobre o ponto é interessantíssima a citação doutrinária de Calamandrei efetuada por Kazuo Watanabe¹⁰:

“Calamandrei, notando que é difícil estabelecer uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro. Pondera mais que, se se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações (possível, verossímil e provável), constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro. E, conclui: ‘quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer é possível; e quem diz que é provável, está mais avançado do que quem diz que é verossímil, já que vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumento para fazer crer que a aparência corresponde à realidade” (WATANABE, Kazuo, **Da cognição no processo civil**, p. 127, CEBEPEJ, São Paulo, 2 ed., 1999).

E, na exata medida do que se entende correto, assim expõe Silvio de Salvo Venosa¹¹ citando Jaime Santos Briz¹² (**La responsabilidad civil**. 4ª ed., Madri: Montecorvo, 1986, p. 269): *“entre um extremo e outro cabe uma graduação que haverá de se fazer, em cada caso, com critério equitativo distinguindo a mera ‘possibilidade’ da ‘probabilidade’, e tendo em conta que talvez algum caso seja indenizável a mera ‘possibilidade’, se bem que em menor quantidade de que a ‘probabilidade’, base dos lucros cessantes propriamente ditos”*.

¹⁰ KAZUO WATANABE, *Da cognição no processo civil*, p. 127, CEBEPEJ, São Paulo, 2 ed., 1999.

¹¹ SILVIO SALVO VENOSA. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 200.

¹² JAIME SANTOS BRIZ. *La responsabilidad civil*. 4ª ed., Madri: Montecorvo, 1986, p. 269.

Surge, então, na seara da apuração dos danos, a lacuna deixada e modernamente ocupada pela Teoria da Perda da Chance.

2.2 - Histórico

A teoria teve seu estudo iniciado na Itália, em 1940, por intermédio do Professor Giovanni Pacchioni¹³, da Universtità de Milano, que (conforme se extrai de judiciousa pesquisa de Sergio Savi¹⁴) formulava os seguintes questionamentos: *“um joquei que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do Grande Prêmio; um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o seu quadro é destruído ou não é entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa transcorrer in albis o prazo para interpor um recurso de apelação, privando seu cliente da possibilidade de obter a reforma ou a cassação da sentença que lhe foi desfavorável”*. E concluía que: *“em todas essas hipóteses as vítimas - o proprietário do cavalo, o pintor e o cliente do advogado - teriam sem dúvida razão para se queixar (...) havendo controvérsias se as vítimas teriam interesse jurídico para ajuizar uma ação de indenização, tendo em vista que não se poderia falar em um dano certo.”* Anos após essas lições foram seguidas e desenvolvidas por Francesco Donato Busnelli¹⁵, Adriano de Cupis¹⁶ e Maurizio Bocchiola¹⁷.

Todavia, o pioneirismo na aplicação jurisprudencial coube à França¹⁸, nos idos de 1960, tendo sido utilizada a teoria da *per-*

¹³ GIOVANNI PACCHIONI, *Diritto Civile Italiano, parte seconda: Diritto delle obbligazioni*, v. IV: *Delitti e Quase Delitti*, Padova: Cedam, 1940, p. 109-115 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴ *idem.*

¹⁵ FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *“Perdita di una chance e risarcimento del danno”*, in *Il Foro Italiano*, v. LXXXVIII, parte quarta, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1965, p. 46-52.

¹⁶ ADRIANO DE CUPIS, *Il Dano: Teoria Geerale Della Responsabilità Civile*, 2ª ed., 2 v., Milano: Giuffrè, 1966.

¹⁷ MAURIZIO BOCCHIOLA, *“Perdita di una chance e certezza del danno”*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXX, p. 60, 1976.

¹⁸ Na Itália, o *leasing case* somente ocorreu em 1983. *“Uma empresa denominada Stefer convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motorista que iam compor o seu quadro de funcionários. Após terem se submetido*

te d'une chance para os casos em que o ato ilícito retirava da vítima a possibilidade de obtenção de melhoria em sua situação futura. Segundo Miguel Kfoury Neto¹⁹: “O julgado que inaugurou a jurisprudência francesa adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17/7/1964, sobre fato ocorrido no ano de 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves conseqüências (invalidez) do menor não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. A Corte de Cassação assentou que: ‘Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade’. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma ‘chance’ de agir de modo diverso - e condenou-o a uma indenização de 65.000 francos.”

Passou então a referida teoria a ser amplamente utilizada nas cortes europeias²⁰, chegando, em momento posterior, aos tribunais norte-americanos.

2.3. Definições

Definição simples e objetiva é extraída da “enciclopédia livre” *Wikipedia*²¹, segundo a qual a perda da chance é: “ (...) ado-

*a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos pela Stefer de participar das demais provas (de direção e de cultura elementar) que seriam necessárias à conclusão do processo de admissão. (...) A Corte di Cassazione cassou a decisão do apelo e confirmou a sentença de primeiro grau de jurisdição que havia reconhecido aos trabalhadores o dano da perda da chance, consistente na perda da possibilidade de conseguir o emprego em razão de não terem feito as demais provas necessárias à admissão.” (PATRIZIA PETRELLI. “Causalità e Perdita di Chances”, in *I grandi Orientamenti della Giurisprudenza Civile e Commerciale...* Padova: CEDAM, 1999, p. 303 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 25)*

¹⁹ MIGUEL KFOURI NETO. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46.

²⁰ Consta no anteprojeto de reforma do direito das obrigações da FRANÇA o art. 1.346, de seguinte redação: “*La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.* Na livre tradução: “A perda de uma chance constitui um prejuízo reparável distinto da vantagem que se procura obter e sim pela chance dela se realizar.”

²¹ http://pt.wikipedia.org/wiki/Perda_da_chance

tada em responsabilidade civil e considera que aquele que perde a oportunidade de proporcionar algum benefício ou evitar algum prejuízo a alguém, responde por isso.”

Segundo Sergio Cavalieri Filho, “*caracteriza-se (...) quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante*”²².

Por fim, mas não menos importante a definição de Philippe Le Tourneau²³, citado por Roberto de Abreu e Silva²⁴, aduzindo que “*...a perda de uma chance constitui por vezes um prejuízo indenizável enquanto que uma hipótese, uma pura hipótese, não seria causa de um dano, ou somente de uma eventualidade de dano não reparável. Define a perda de uma chance como a desaparecimento da probabilidade de um evento favorável quando esta chance aparece suficientemente séria.*”

2.4. Natureza jurídica da perda da chance

Como ocorre com todas as ‘novidades’ entregues ao estudo dos operadores do direito, logo surgem as controvérsias doutrinárias acerca da natureza jurídica. E com a teoria ora analisada não foi diferente.

Dividem-se os autores naqueles que defendem o enquadramento como espécie de danos emergentes²⁵, lucros cessantes

²² SERGIO CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 74/75.

²³ PHILIPPE TOURNEAU. *Droit de la responsabilité*, n. 669/676, Paris: Dalloz, 1998, p. 213/215.

²⁴ ROBERTO DE ABREU E SILVA. “A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil”. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 36, 2006, p. 37.

²⁵ “*Na perda de uma chance o dano é tido como dano emergente e não como lucros cessantes, isso quer dizer que no momento do ato ilícito essa chance já se fazia presente no patrimônio do sujeito passivo desta relação jurídica, sendo algo que ela efetivamente perdeu no momento do ilícito e não algo que ela deixou de lucrar.*” (ROSAMARIA NOVAES FREIRE LOPES, “Responsabilidade Civil pela perda de uma chance”, texto colhido do site www.direitonet.com.br em julho de 2009)

(Aguiar Dias²⁶, Carvalho Santos²⁷, Sergio Cavaleiri Filho²⁸), outros entendendo ser modalidade de dano moral (Antônio Jeová dos Santos²⁹) e, ainda, a posição do doutrinador Argentino Carlos A. Gherzi, reproduzida por Silvio Venosa³⁰, colocando a teoria da perda da chance como algo intermediário entre os danos emergentes e os lucros cessantes.

Entende-se, todavia, como mais correto o posicionamento de que a natureza jurídica é simplesmente de danos materiais ressarcíveis³¹, inseridos, contudo, não entre os danos emergentes e os lucros cessantes, mas sim entre estes últimos e os danos hipotéticos.

3. APLICAÇÃO PRÁTICA - O CASO DO “O SHOW DO MILHÃO” ANALISADO PELO RESP. 788.459-BA (4ª TURMA DO STJ)

Através do julgamento do Recurso Especial acima mencionado, realizado em 8 de novembro de 2005, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou curiosa questão.

A Sr^a. Ana Lucia S. F. Mattos participou do programa televisivo conhecido como *Show do Milhão*, tendo ultrapassado todas as etapas até chegar à derradeira. Contava já com R\$ 500.000,00 (quinhentos mil Reais) acumulados, e, após ter-lhe sido apresentada a última questão³², encontrava-se, diante das seguintes op-

²⁶ JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Da Responsabilidade Civil*, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 721, nota 33 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 39.

²⁷ J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI, p. 321-322 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 39.

²⁸ SERGIO CAVALIERI FILHO. *Programa de Responsabilidade Civil*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 91-92 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 39.

²⁹ ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS. *Dano Moral Indenizável*, 2 ed., São Paulo: Lejus, 1999, p. 110 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 42.

³⁰ SILVIO DE SALVO VENOSA. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 198-200 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 41.

³¹ “Conforme se verifica pela leitura das obras dos autores citados neste capítulo, apesar de haver posições diversas acerca do enquadramento da indenização das chances perdidas - se como dano patrimonial ou moral, dano emergente ou lucro cessante -, é possível afirmar que desde os clássicos até os autores contemporâneos a grande maioria admite que, se se tratar de chance (oportunidade) séria e real, a mesma passa a ter valor econômico e, portanto, a ser passível de indenização” (SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 43)

³² “QUESTÃO: A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? ALTERNATIVAS: 1) 22%, 2) 02%, 3) 04%, 4) 10%”.

ções: 1ª) não responder e sair do programa com o valor até então percebido; 2ª) responder corretamente a questão e finalizar o programa como vencedora, recebendo, o prêmio máximo, ou seja, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de Reais) e; 3ª) responder equivocadamente a questão, deixando programa com apenas R\$ 300,00 (trezentos Reais).

Formulada a questão, optou a participante por deixar de responder e ganhar o até aquele momento conquistado. Nenhum problema, não houvesse sido verificado, *post festum*, que a pergunta não comportava nenhuma resposta correta, vez que o percentual tido por acertado (10%) foi retirado de informações da Enciclopédia Barsa e não da CRFB/88.

Assim, foi ajuizada a ação de indenização para ver-se ressarcida dos R\$ 500.000,00 (quinhentos mil Reais) que “*deixara de ganhar*”, tendo a Sra. Ana Lucia obtido sucesso em ambas as instâncias da justiça estadual baiana. Interposto o Recurso Especial pela empresa patrocinadora do programa televisivo, teve o mesmo a admissão negada e, após conversão de Agravo de Instrumento em Recurso Especial (artigo 544 § 3º do CPC), houve sua análise pela 4ª Turma, cabendo a relatoria ao eminente Ministro Fernando Gonçalves, que teve de resolver as seguintes questões:

a) não se trata de indenização por lucros cessantes, pois mesmo que a questão houvesse sido corretamente formulada, não havia qualquer certeza (ou grande probabilidade) de que esta seria respondida acertadamente, visto existir uma dificuldade progressiva entre as fases do programa, com enorme carga emocional e, inclusive, já ocorrido de outras pessoas terem tentado e sucumbido na derradeira pergunta;

b) não se trata de indenização por lucros hipotéticos, pois longe de uma situação irreal, imaginária, havia possibilidade (plausibilidade) de que viesse a participante a acertar a resposta.

Diante da impossibilidade de se concluir pela ocorrência de lucros cessantes (se ela acertaria a questão) ou lucros hipotéticos

(ela não acertaria), valeu-se o julgador - acertadamente - da teoria da perda da chance para solucionar o caso.

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.

Entende-se, todavia, que no arbitramento do valor a solução poderia ter sido melhor refletida. Assim está transcrito o acórdão:

“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) equivale 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.”

Percebe-se, pois, a utilização de um critério de “probabilidade matemática”, ou seja, se eram 4 (quatro) alternativas, com 1 (uma) correta, e a possibilidade de se escolher uma única vez, havia 1 (uma) chance em 4 (quatro) e, por isso, os danos foram calculados e, R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil Reais), representando $\frac{1}{4}$ (um quarto) do valor em disputa.

Desprezaram, portanto, os julgadores qualquer fator existente (conhecimento acumulado, mérito de ter chegado naquela fase do programa, etc.) que diferenciasse a participante da última fase de outro concorrente, de uma criança ou de um animal adestrado, capaz de escolher uma alternativa (ou apontar uma resposta). Entende-se que o mais adequado seria - em adoção à teoria da perda da chance - reconhecer a possibilidade (oportunidade) de acerto e, por ser esta maior do que a fórmula matemática de 1 para 4, indenizar a demandante no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil Reais), equivalente a 50% (cinquenta por cento) das chances de acertar a questão.

4. APLICAÇÕES PRÁTICAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Como se percebe através das ementas abaixo transcritas, várias Câmaras Cíveis estão aplicando a Teoria da Perda da Chance como forma de identificar e quantificar o dano:

Desídia em serviços de advogados que não interpuseram o recurso cabível em outra demanda. (TJRJ - 1ª Câ., Apel. 2008.001.03832, Rel. JDS. Des. Myriam Medeiros, j. 01/04/2008)

Falha em diagnóstico da qual possivelmente adveio a perda de visão da parte Autora. (TJRJ - 2ª Câ., Apel. 2009.001.01653, Rel. Des. Heleno Ribeiro P. Nunes, j. 04/02/2009)

Franquia. Descumprimento de contrato e cancelamento da concessão após realização de todo o estudo e projeto de viabilização do negócio. (TJRJ - 5ª Câ., Apel. 2007.001.47396, Rel. Des. Cristina Gaulia, j. 26/09/2007)

Acidente de trânsito com coletivo. O risco da morte e a perda de chance de promissora carreira como atleta. (TJRJ - 16ª Câ., Apel. 2004.001.02939, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 22/06/2004)

Prescrição de remédio equivocado que retardou o início do tratamento adequado para a doença, diminuindo sua possibilidade de cura. (TJRJ - 17ª Câ.,

Apel. 2005.001.44557, Rel. Des. Edson Vasconcelos, j. 08/03/2006)

Falha em contrato de transporte de integrantes de escola de samba em dia de desfile de carnaval. Atraso na chegada ao desfile que ocorreu com número reduzido de componentes, gerando perda de pontos e possivelmente tendo sido a causa do rebaixamento da agremiação. (TJRJ - 18ª Câ., Apel. 2007.001.64967, Rel. Des. Rogério Oliveira de Souza, j. 22/07/2008)

Plano de Saúde. Falha em serviço de resgate. Redução na possibilidade de salvamento do segurado infartado que aguardou longo período de tempo até ser resgatado por ambulância do corpo de bombeiros. (TJRJ - 20ª Câ., Apel. 2008.001.27438, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, j. 05/11/2008)

Percebe-se, pela variedade das causas de pedir analisadas, o vasto campo de aplicação da perda da chance como forma de identificar e indenizar danos ressarcíveis.

CONCLUSÃO

Como abordado na introdução, sempre houve controvérsia acerca do que (e quanto) é devido pelo fato de a vítima pretender indenizações por ela consideradas como lucros cessantes (certas) e que, na visão oposta do causador do fato não seriam tão certas assim, configurando meros danos hipotéticos (incertas). E o julgador não podia valer-se (isso é óbvio) de uma decisão de cunho alternativo (SE sim ou SE não) para, em exercício de futurologia, decidir a demanda.

Dentro desta nova ótica de enquadrar tais situações como perda da chance, o que se verifica, então, é que, nesses casos, a parte interessada (vítima) formula de forma inadequada sua pretensão³³, pois deve requerer indenização pela perda da oportunidade e não da vantagem (que “iria” auferir).

³³ “...a própria vítima do dano formula inadequadamente sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requer indenização em razão da perda da própria vantagem. Ao assim proceder, a vítima esbarra no requisito

Posição esta que se adequa na lição de Gracia Cristina Moreira do Rosário³⁴: *“a perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável (...) Deve-se realizar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo resultante, obter-se-á a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos”*.

Desta maneira, não mais se analisará o SE com necessidade de julgá-lo, isto é, decidir (no deferimento da indenização) SE algo ocorreria ou não. Estando o magistrado diante de uma possibilidade séria, concreta, real³⁵, concederá a indenização pela oportunidade, pela chance, *tornando o SE indenizável.* 📄

de certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.” (EDUARDO ABREU BIONDI, “Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil”, texto colhido do site www.direitoNet.com.br em julho de 2009.)

³⁴ GRACIA CRISTINA MOREIRA DO ROSÁRIO. *A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 133.

³⁵ Transcreve-se exemplar ementa proveniente da 3ª Turma do STJ: *“(…) Ocorre que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional e prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dados, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas(…)”*(STJ - 3ª Turma, REsp. 965.758, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/08/2008)