



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Teoria da Perda de uma Chance

Bruna Fernandes de Oliveira

Rio de Janeiro
2015

BRUNA FERNANDES DE OLIVEIRA

Teoria da Perda de uma Chance

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.
Professora Orientadora: Maria de Fátima Alves São Pedro

Rio de Janeiro
2015

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Bruna Fernandes de Oliveira

Graduada pela Faculdade Candido Mendes de Niterói/RJ.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo abordar a Teoria da Perda de uma chance passando por sua origem e aprofundando seu conceito. Como este tema é relativamente novo dentro da Responsabilidade Civil na doutrina e na jurisprudência, conheceremos o ponto de vista de nossos tribunais e como eles estão aplicando a Teoria da Perda de uma chance nos casos concretos. Serão pontuados neste trabalho, casos emblemáticos ocorridos no Brasil.

Palavras-chave: Teoria da Perda de uma Chance. Responsabilidade Civil. Aplicação e Admissibilidade. Indenização. Direito Brasileiro.

Sumário: Introdução. 1. Teoria da Perda de uma Chance: Conceito e Origem. 2. Teoria da Perda de uma Chance dentro da Responsabilidade Civil 3. Pressupostos para aplicação da Teoria da Perda de uma chance. 4. A aplicação dessa teoria no Brasil sob a ótica da doutrina e jurisprudência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico enfoca a temática da Teoria da Perda de uma Chance e suas vertentes no âmbito da Responsabilidade Civil. Tema este, novo, dentro do contexto brasileiro, e mesmo assim, aos poucos, vem ganhando força e aplicabilidade em nossos tribunais. Desta forma, sua formação e estudo ficam a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Inicialmente, definiremos o ponto principal do trabalho, que é a chance ou uma oportunidade pontual, que vai se perder após aquele dado momento. O termo “chance” no dicionário Mini Aurélio da língua portuguesa¹ está definido como possibilidade de algo

¹ HOLANDA, Aurélio Buarque. *Mini Aurélio da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2010.

acontecer, e é exatamente esse vocábulo que nos dá o ponto de partida para tratar e discorrer de toda a temática a ser abrangida no presente artigo.

Sabe-se que o direito evoluiu para acompanhar a sociedade com todas as suas mudanças e inovações, e para seguir essas mudanças o direito traz novas teorias e formas de se aplicá-las no mundo prático. Ao mesmo tempo em que temos essas evoluções nas teorias, temos as novas formas para se reparar danos sofridos pela possível vítima, dentre elas a nova temática Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance.

Na prática, a perda de uma chance se traduz pelo prejuízo de não utilizar-se de uma oportunidade de conquistar determinada coisa ou vantagem, bem como de evitar certas avarias. Essa forma de se pleitear uma indenização na justiça, alegando algo que seria uma oportunidade ou chance e não algo que efetivamente já ocorreu, até bem pouco tempo não era admitida no nosso ordenamento, primeiro porque não era entendida a possibilidade de se responsabilizar o autor, aquele que lhe causou o dano ou que contribuiu para que você não auferisse o resultado da oportunidade ou chance dada, por algo que não se tem certeza que será perdido ou que virá a causar realmente um dano, pois, nesse caso, estamos nos referindo a uma possibilidade. Segundo, porque também não se entendia a possibilidade de a pessoa lesada receber algum tipo de indenização por perder alguma oportunidade de ser beneficiada ou de evitar prejuízos.

Por fim, pode-se destacar que a Teoria da Perda de uma Chance vem evoluindo e seu reconhecimento tem crescido e ganhado cada vez mais força, nos tribunais, concedendo-se a vítima uma reparação de natureza distinta em decorrência da perda de uma oportunidade. No entanto, ainda precisamos ter cautela na sua aplicação e concessão, pois esse tema ainda merece reflexões e estudos para que se evitem desvirtuamentos, enquadramentos errôneos e até mesmo concessão irresponsável na busca de indenizações para qualquer situação.

Para tanto, será realizada uma pesquisa do tipo bibliográfica, doutrinária, jurisprudencial e parcialmente exploratória.

1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: CONCEITO E ORIGEM

No Brasil, por muito tempo o direito não admitia a possibilidade de responsabilizar o autor de algum dano que gerava ou poderia gerar uma perda para alguém obter uma oportunidade ou evitar um prejuízo. A argumentação que até então se utilizava para a não responsabilização nesses casos era de que aquilo que não aconteceu não pode ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação.

Além do supracitado e para corroborar a não responsabilização nesses casos, os tribunais, seguindo o posicionamento da doutrina, tinham por costume exigir das vítimas que alegavam a perda de uma chance, a prova inequívoca, de que se o fato não tivesse acontecido elas teriam alcançado aquele resultado que fora interrompido.

Com o passar do tempo e a evolução da sociedade, a teoria da perda de uma chance passou a ganhar amplo espaço e aplicação no direito brasileiro e em seus tribunais. Cumpre ressaltar que, para conhecer a fundo esse novo conceito até a concretização desta teoria é importante o estudo de seus surgimentos e evolução histórica.

O tema de Responsabilidade Civil pela perda de uma chance teve origem na França, no final do século XIX, e junto com essa nova teoria surgiu a expressão *pert d'une chance*, que conceitua e dá nome a essa nova forma de se aplicar o direito.

Na França, a Responsabilidade Civil da perda de uma chance veio inicialmente vinculada à atividade médica, e a reparação do dano estava diretamente vinculada a uma

possibilidade de cura ou sobrevivência do paciente ou de quem fora prejudicado por algum erro médico².

Naquela época em que se iniciaram as discussões por esse tema, existiam as chamadas Cortes de Cassação Francesas, e foram lá que surgiram os primeiros casos de condenação pela perda de uma chance³.

O primeiro deles ocorreu em 14 de dezembro de 1965, em que ficou decidido que o médico que tratou de uma criança de oito anos, tirou desta as chances de cura diagnosticando erroneamente uma fratura no braço. Já o segundo caso, bem semelhante ao primeiro, ocorreu em março de 1965, na ocasião, esta mesma Corte de apelação decidiu em condenar o médico pela perda de 80% de chances de sobrevivência de gestante, que após o parto fora acometida de uma forte hemorragia. O que se alegava era que o médico não havia tomado todos os cuidados necessários para que a hemorragia fosse cessada⁴.

Muito embora a teoria da perda de uma chance tenha tido origem na França, no fim do século XIX, o registro mais antigo que se tem de um caso referente à Responsabilidade Civil pela perda de uma chance se deu na Inglaterra, e ocorreu em 1911. O caso ficou conhecido como *Chaplin V. Hicks*, no qual, a autora que participava de um concurso de beleza, alegou que teve uma oportunidade perdida e conseqüentemente interrompida sua chance, vez que o réu não a deixou participar da última etapa do concurso. Por tal fato, a mesma ingressou com uma ação alegando a perda dessa oportunidade e, com isso, teve a seu

² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 53.

³ SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013. p. 2.

⁴ Em 10 de março de 1966, a Corte de Apelação de Paris julgou um caso em que uma mulher, após dar à luz, foi acometida de forte hemorragia, em função da qual veio a falecer. A Corte apontou a negligência do médico como causadora da morte. Porém, não houve condenação integral porque os peritos afirmaram que, mesmo com a terapêutica correta, cerca de 20% das pacientes nesse estado veem a óbito. Deste modo, a Corte decidiu por condenar o médico pela perda de 80% das chances de cura.

favor o entendimento de um dos juízes que demonstrou que a autora teria 25% de chance de vencer o mencionado concurso. O juiz da época aplicou a doutrina da proporcionalidade⁵.

Após esse caso, muitos questionamentos e divergências começaram a surgir acerca dessa teoria e sua aplicação. Entretanto, apesar do seu surgimento ter ocorrido na França e o primeiro registro do caso ter sido feito na Inglaterra, foi na Itália que esse tema começou a ser objeto de estudo e análise. Por lá, tem-se o registro de que o estudo doutrinário dessa teoria ocorreu pela primeira vez na década de 40, quando o autor Giovanni Pacchioni a abordou em sua obra *Diritto Civile Italiano* (1940). Nessa obra, o autor fez referência e menção aos exemplos clássicos até então apresentados pela doutrina Francesa, passando assim a ter uma abordagem, estudo e análise mais profundos. Esse autor ainda demonstrava as possíveis formas de ressarcimento da lesão sofrida com base nessa mesma doutrina⁶.

Passando ainda pelo estudo dessa temática na Itália, pode-se destacar outro autor e grande estudioso da época que fez exaustiva análise dessa teoria, facilitando sua compreensão e sua aplicação, bem como ajudando a criar base para essa teoria. É ele, Adriano De Cupis.

O autor Sergio Savi⁷ faz menção ao supramencionado doutrinador e tece o seguinte comentário:

[...] Adriano de Cupis fixa, ainda outras importantes premissas para a adequada compreensão da teoria da perda de uma chance. Para este autor, a chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no momento da indenização.

Muito embora, esses autores italianos citados tenham sua devida importância e contribuição ao direito de seu país, o autor Adriano de Cupis foi um dos mais importantes na

⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

⁶ WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha. *A perda de uma chance como uma nova espécie de dano*. <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7645/A-perda-de-uma-chance-como-uma-nova-especie-de-dano>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

⁷ SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 12.

concretização e consolidação da teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance no Direito Italiano, pois foi ele quem reconheceu a existência de um dano autônomo que consta na chance perdida.

Em contrapartida, temos o autor Mauricio Bocchiola que publicou o artigo *Perdita di una 'chance'* pela Università di Milano, no qual faz menção à perda de uma chance como sendo uma probabilidade de se obter uma vantagem, um lucro futuro ou de se evitar um prejuízo ou uma perda com um valor patrimonial.⁸

Na Itália, o primeiro caso julgado favoravelmente a uma indenização com base na perda de uma chance que se tem registro ocorreu em 19 de novembro de 1983. O caso em questão foi de uma empresa que convocou algumas pessoas para participarem de um processo seletivo para contratação de motoristas. Esses possíveis trabalhadores foram submetidos a alguns exames médicos, e após, alguns candidatos foram proibidos pela empresa de terminar o processo seletivo e não puderam fazer as outras provas necessárias para a admissão.

Com base nisso, ao julgar a ação com os fatos apresentados, o juiz reconheceu o direito desses trabalhadores de serem contratados, desde que passassem nas demais provas, e ainda, condenou a empresa a indenizar os autores pelo ocorrido e pela demora no trâmite de admissão.

Após essa decisão, o processo seguiu para grau de recurso e o Tribunal de Roma reformou a decisão e alterou a sentença de primeiro grau. Segundo fundamentação do Tribunal, o dano em questão, decorrente da perda de uma chance, não seria indenizável, pois se tratava de um dano que não havia como comprovar o real ocorrido, e aplicou a indenização pela perda da possibilidade de se conseguir um emprego pela não conclusão do processo seletivo.

⁸ SAVI, Sérgio *apud* BOCCHIOLA, Mauricio. *Perdita di una chance e certezza del danno*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno XXX, p./55/101.

O tribunal de Roma (*Corte di Cassazione*) fundamentou a polêmica decisão afirmando que a indenização que estava sendo reconhecida em favor dos candidatos ao emprego, dizia respeito à perda de uma chance / possibilidade de poderem alcançar um resultado positivo na seleção, e de, conseqüentemente, serem impedidos de participar das etapas subsequentes da seleção, necessárias para uma possível contratação. Sendo assim, a Corte reconheceu que essa possibilidade já existia para os candidatos no momento em que a empresa incorreu no ilícito e lesou o direito desses participantes⁹.

Esses entendimentos trouxeram novas vertentes ao direito, e criou, concomitantemente, uma base fortalecida para a conceituação dessa nova concepção de indenização. Demonstraram, também, a funcionalidade da Teoria da Perda de uma Chance, pois embasou e deu vantagens para quem percebe que está sendo lesado em seu direito, por fatores que são alheios a sua vontade e não foram gerados por si próprios.

Hoje, pode-se afirmar a grande contribuição e mudanças trazidas pela França para o direito, porque além de dar início a esse instituto, despertou em outros países as discussões doutrinárias concernentes ao tema. A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance evoluiu e se tornou uma possibilidade de nova espécie de dano indenizável.

Nesse sentido, fica explícito que a Teoria da Perda de uma Chance é fruto da junção das construções doutrinárias Francesa e Italiana. Contudo, apesar da origem e surgimento desse tema ser antigo, o Código Civil Brasileiro de 2002 em nenhum momento fez menção a essa modalidade de Responsabilidade Civil, ficou a cargo da doutrina e jurisprudência o seu estudo e aplicação, usando-se como base a analogia e o direito comparado nos casos concretos.

⁹ WANDERLEY, op. cit., p. 1.

2 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DENTRO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No Brasil, o primeiro registro que temos sobre o tema foi em 1990, na conferência no Rio Grande do Sul. No momento, o professor e estudioso François Chabas abordou o tema já bastante debatido em outros países.

Portanto, em território nacional, a adoção da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance é relativamente nova, e, apesar de cada vez mais estar ganhando espaço e aplicação, ainda existem muitas divergências no que diz respeito ao tema. Pode-se afirmar que essa matéria ainda não é uma questão pacífica nem na doutrina e nem na jurisprudência, e que a até pouco tempo, a maior parte dos doutrinadores tinham resistência em relação a sua aceitação.

A doutrina mais tradicional e conservadora não reconhece a Teoria da Perda de uma Chance e do direito à indenização com base nos argumentos que fundamentam essa teoria. Para ela não há formas de conjecturar o dano pela perda de uma chance, uma vez que estaríamos apenas no campo do hipotético, da eventual possibilidade.

Do outro lado estão os doutrinadores que defendem e entendem ser aplicável essa teoria, e reconhecem que a indenização decorrente da perda de uma chance não está diretamente relacionada com o resultado final ou com a vantagem advinda deste, mas com a perda da possibilidade de se obter um ganho ou de evitar um prejuízo.

Os autores Caio Mário da Silva Pereira¹⁰ e Sérgio Cavalieri Filho¹¹ divergem em suas opiniões no que se trata da Teoria da Perda de uma Chance, pois para o primeiro, a perda de uma chance será plenamente indenizável, desde que seja comprovado que havia uma probabilidade de alcançar ou de evitar algo. Para ele a Responsabilidade Civil pela Perda de

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 42.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29.

uma Chance tem que estar vinculada a uma possibilidade real e séria. Já o segundo, se posiciona afirmando que essa chance não está vinculada a um resultado exato no final, pois não há como ter esse grau de certeza.

Para os autores, a chance é a perda de uma possibilidade de se alcançar ou de evitar algo. No entanto, deverá ser feita uma atinada avaliação entre o resultado que se poderia alcançar e a vinculação disso com a chance perdida.

Hoje, pode-se afirmar que a chance perdida tem seu valor e gera um dano com efeitos de ressarcimento. Nesse sentido, para melhor compreensão dessa teoria, faz-se necessário conceituar a “Perda de uma Chance”.

A chance perdida é uma situação que inicialmente está no campo do hipotético e se materializa no que definimos como um ganho ou um dano ao final. Quando ocorre a paralização de alguma oportunidade por ato imputável à vítima, e está vier a ter sua probabilidade favorável no evento reduzida ou cessada por ato de terceiros, ocorrerá o dano. Esse dano poderá ser analisado e avaliado, e, posteriormente, poderá lhe ser conferido um caráter de certeza¹².

Um dos maiores problemas em relação a essa teoria é a quantificação do dano, assim como sua extensão. A doutrina menciona que após a confirmação da certeza de ganho ou de se evitar um dano, deverá ser realizado cálculos com as probabilidades de chance nos casos concretos.

Alguns doutrinadores já pré-fixaram seu entendimento, mencionando que só haverá indenização pela perda de uma chance se no caso concreto houver probabilidade de sucesso superior a 50%. Diante disso, pode-se considerar que nem todos os casos serão indenizáveis e nem todos os casos de perda de uma chance vão poder se enquadrar no instituto dessa teoria. A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, apesar de estar ganhando espaço e estar

¹² SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 3.

modificando a forma de aplicação do direito brasileiro, ainda deve ser considerada como um tema autônomo, fazendo parte de uma categoria “isolada”, já que ainda não está enquadrada dentro de nenhum instituto presente e reconhecido no ordenamento brasileiro¹³.

3 PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Para iniciar a abordagem desse ponto é necessário, inicialmente, fazer uma diferenciação entre Responsabilidade Civil Subjetiva e Responsabilidade Civil Objetiva, porquanto esse ponto é de suma importância na hora de pleitear uma indenização, seja por dano moral ou patrimonial.

A Responsabilidade Civil Subjetiva é aquela que vem ligada à existência de dolo ou culpa por parte daquele que causou o dano, sendo assim, aquele que sofreu o dano, a vítima, para ser indenizado deverá comprovar a existência do dolo ou da culpa. Caso não o faça não terá direito a reparação do dano. Já a Responsabilidade Civil Objetiva é aquela que não está ligada a comprovação do dolo ou culpa do agente causador do fato. Aqui é necessário apenas que haja a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o seu resultado, o dano que essa conduta causou à vítima. Nesse tipo de responsabilidade aquele que causou o dano, independentemente de ter agido com dolo ou culpa, terá obrigação de reparar o dano e indenizar aquele que foi lesado.

O Código Civil de 2002 estipulou a aplicação da Responsabilidade Civil Subjetiva como regra geral, sendo a Responsabilidade Civil Objetiva uma exceção. De tal modo, quando a lei não determinar qual tipo de responsabilidade será aplicada, utilizamos a Responsabilidade Civil Subjetiva. Quando a lei especificar pela aplicação da

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 75.

Responsabilidade Civil Objetiva é esta que será aplicada, mas isso tem que se verificar em caso concreto.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação¹⁴.

Ainda neste diapasão podemos pontuar os três pressupostos que a Responsabilidade Civil envolve, são eles: Conduta, Dano e Nexo de Causalidade.

O primeiro deles, a Conduta, é o pressuposto que decorre do ato humano, e terá importância quando gerar algum efeito jurídico a Responsabilidade. Essa conduta pode ser Comissiva ou Omissiva. Conduta Comissiva é uma ação que se materializa no plano concreto através de um ato positivo. Conduta Omissiva é um ato negativo, ou seja, uma conduta contrária ao que se espera, demonstrando, com isso, ser relevante para o ordenamento jurídico, pois atinge um bem juridicamente tutelado, tendo como resultado o evento danoso.

O segundo pressuposto é o Dano, que é decorrente da conduta do agente gerador do dano, a perda ou a lesão a um bem jurídico.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho¹⁵:

¹⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 mai.2015.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 71.

[...] Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja 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.

O dano é um elemento de suma importância para que haja a figura da Responsabilidade Civil, tendo em vista que sem ele não há obrigação de indenizar. A Responsabilidade Civil existe sem a culpa, mas não sem o dano.

O dano pode ser tanto moral quanto patrimonial, o moral atinge um bem da personalidade da pessoa lesada ou ofendida, podendo trazer, de forma indireta, a diminuição do patrimônio dessa pessoa pela ofensa a um bem personalíssimo. O dano patrimonial atinge diretamente ao patrimônio da pessoa, fazendo com que haja uma diminuição econômica desse patrimônio.

Por fim, temos o Nexo de Causalidade que faz o vínculo, a ligação entre a conduta e o dano sofrido. Não podemos considerar uma conduta ou um dano separadamente, para gerar o dever de indenizar a conduta tem de haver um dano. A exceção do Nexo de Causalidade pode se dar pela ocorrência de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiros que afastam o dever de indenizar.

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL SOB A ÓTICA DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Cumprido ressaltar que essa teoria é relativamente nova e por isso não temos previsão legal específica acerca do tema. A aplicação da lei para esse tema se faz por analogia do artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal¹⁶, que compreende também as hipóteses das chances perdidas.

¹⁶. BRASIL. Constituição Federal, de 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 mai. 2015.

Atualmente, a perda de uma chance é entendida como uma nova categoria de dano indenizável, desde que haja uma probabilidade de que o evento ocorreria se não fosse a intervenção do agente, sendo assim, a chance tem que ser séria e viável e não uma situação eventual. Ainda nesse sentido, a maioria da nossa doutrina configura essa Perda como um dano material e autônomo, pois enseja apenas e especificamente um dano moral ou exclusivamente uma lesão à esfera patrimonial.

Seguindo esta temática, os doutrinadores destacam ainda que o dano patrimonial tem que ser sempre certo e atual, facilitando a identificação dos danos emergentes e dos lucros cessantes que serão aplicados no momento da indenização.

Por outro lado, a doutrina enfrenta um problema na hora de distinguir um dano meramente hipotético daquele em que há uma chance real de ocorrer, pois quando o judiciário utiliza essa teoria ele tem que saber diferenciar o que é improvável daquilo que certamente aconteceria. Conseqüentemente, a o Judiciário tem que diferenciar a probabilidade de perda da chance perdida. Somente após essas ponderações e avaliações é que o poder judiciário vai conseguir atribuir aos fatos apresentados as conseqüências e as penalidades adequadas, tentando, deste modo, diminuir o máximo possível os julgamentos exorbitantes e até mesmo errôneos.

A fixação do *quantum debeatur* é uma questão delicada e complicada para os julgadores, devido a sua dificuldade de aferição do valor da condenação da indenização, porque se por um lado temos a pessoa lesada que ficou privada de conseguir um resultado esperado, por outro, temos a hipótese de que nunca será possível afirmar se essa pessoa iria conseguir obter o resultado pretendido caso não tivesse o ofensor cometido o ato.

Visando contemplar todos os fatores que norteiam a Teoria da perda de uma chance, a aplicação da indenização tem que se utilizar de um critério de probabilidade para chegar à um patamar de valor para a pessoa lesada. Assim, há uma avaliação do grau de risco e da

chance de se alcançar o fim almejado no momento do fato, equilibrando-se assim o “*quantum*” indenizatório.

O valor indenizatório existe por existir a chance, é preciso, então, avaliar seu valor econômico.

A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance está ganhando cada vez mais força e espaço em nossos tribunais, podendo sua decisão ser observada em diversas decisões e julgamentos, mas desde que esteja comprovada que as chances são sérias e reais. Assim sendo, pode-se afirmar que os tribunais brasileiros hoje já admitem a teoria da perda de uma chance.

Por fim, seguem alguns julgamentos de nossos tribunais que se tornaram emblemáticos. O primeiro deles é o caso julgado pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça) em março de 2006, na ocasião a autora questionou a sua “chance” de ganhar o prêmio de R\$ 1 milhão de reais, no programa “Show do Milhão”, que submetia os candidatos a uma série de perguntas e no fim delas eles tinham a chance de ganhar o valor de R\$ 1 milhão de reais. A autora alegou que, apesar de chegar à última pergunta, a pergunta milionária, ela preferiu não responder por entender que a pergunta feita no programa foi mal formulada e imprecisa, não havendo resposta para o questionamento, ocasionando uma perda de chance, frustrando sua tentativa e expectativa.

O voto neste caso foi feito pelo Ministro Relator Fernando Gonçalves¹⁷, que se posicionou reafirmando à aplicação favorável da teoria da perda de uma chance.

[...] Recurso Especial. Indenização. Improriedade 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

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. n. 788.459/BA. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501724109&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 24 jun2015.

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.

A sentença de primeira instância acolheu a teoria da Responsabilidade Civil pela perda da chance e concedeu o pedido de R\$ 500.000,00 mil reais.

O STJ que avaliou o recurso especial do réu, aplicou a teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance, mas também acolheu em parte o inconformismo do mesmo, entendendo que as chances matemáticas que a autora tinha de acertar a resposta da pergunta do milhão, se formulada corretamente, eram de 25%. Destarte, reduziu a condenação para R\$ 125.000,00 mil reais. Eis a seguir importantes fundamentos do voto vencedor relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves¹⁸.

[...] Na hipótese 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". (...) 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 a 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 consequência, evidente a perda da oportunidade pela recorrida ... 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 da outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma 'probabilidade matemática' de acerto da questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Outro caso simbólico que pode ser citado é o caso do atleta brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, que perdeu uma grande chance de levar para o Brasil a medalha de ouro na prova de maratona nas olimpíadas de Atenas. O atleta estava na liderança da prova olímpica,

¹⁸ Ibid.

com mais de 28 segundos de vantagem, quando sofreu interferência dolosa de um terceiro, que invadiu a pista, agarrou o atleta e o derrubou no chão, fazendo-o perder duas posições e acabar a prova em terceiro lugar.

Além dos casos mencionados, estão disponíveis no site do STJ diferentes julgamentos envolvendo o tema Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, o que demonstra a aceitação crescente dessa teoria em nossa justiça, ampliando e inovando a forma de indenização.

Para delimitar o *quantum* da indenização o Julgador deve, com base na análise do caso concreto, fazer um juízo de valor de maneira equitativa, buscando deste modo a melhor solução para o problema que está sendo discutido. Com isso, após verificar qual o valor da chance perdida, é necessário atentar para o valor do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado, após essa ponderação, o valor da indenização fica limitado ao que a pessoa lesada receberia caso não tivesse sido privada da chance de obter a vantagem. Entretanto, cumpre ressaltar que esse valor nunca poderá ser superior ao que o lesado teria direito.

Por fim, destaca-se que muitas vezes os Juízes acabam limitando esse patamar em valor inferior ao que a pessoa receberia caso não tivesse sido privada da oportunidade dessa chance. Isso porque, como já explicitado, é apenas uma possibilidade, não tendo como dar um juízo de certeza para o caso.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, não há no presente artigo pretensão de se esgotar esse tema, até mesmo por fazer parte de um setor que está sempre em mudança e evolução. O direito está em constante mudança, acompanhando a sociedade e suas novas características.

Foi com essa evolução que a Teoria da Responsabilidade Civil passou a ser vista como possível e considerada como indenizável e uma forma de Responsabilidade Civil.

Muito embora tenha que haver certos cuidados e ponderações para que sua aplicação não tenha desvirtuamento, ela abre possibilidade dentro do direito. A partir dessa teoria começa a ser plausível a aplicação de um direito mais moderno, com o intuito de atingir pessoas que foram lesadas, mas não na coisa em si efetivamente, apenas em uma possibilidade que com base em provas entende-se que seria possível para aquela pessoa.

A Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance, conforme mencionado acima, é um de tema bastante relevante, pois amplia a área de atuação da Responsabilidade Civil, uma vez que possibilita a indenização da vítima por uma nova espécie de dano. É ainda um tema que requer reflexão e ponderações na sua aplicação para que sejam evitados desvirtuamentos em sua real “função” e para que se evite concessões de indenizações irresponsáveis, que não seriam efetivamente devidas. Por isso é de sua importância uma atuação consciente e baseada em provas que levem a crer que aquele direito seria realmente possível se a pessoa não tivesse sido lesada de algum modo. Tem que haver a comprovação de que a chance real existiu.

Assim podemos evitar uma situação problemática no judiciário que é a chamada hipótese de indústria do dano moral. Essa indústria do dano moral poderia ocorrer caso a instrução dessas ações fossem feitas sem base legal e sem fins probatórios. Para que a pessoa tenha direito a aplicação dessa teoria e a correta condenação, tem que haver provas das chances reais, bem como de que fatos alheios a sua vontade ou controle levaram a perda dessa chance.

Assim sendo, os nossos tribunais devem ser ponderados, analisar a fundo e verificar se o valor pleiteado está embasado em uma possibilidade plausível, séria e real. Não podendo ter como base apenas uma chance hipotética apenas.

REFERÊNCIAS

BOCCHIOLA, Maurizio. Perdida di una 'chance' e certezza del danno. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. v. 30. In: SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 mai. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 mai.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. n. 788.459/BA. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501724109&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 24 jun2015

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

HOLANDA, Aurélio Buarque. *Mini Aurélio da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba. Editora Positivo, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*.5. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance: uma análise do direito contemporâneo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha. A perda de uma chance como uma nova espécie de dano. <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7645/A-perda-de-uma-chance-como-uma-nova-especie-de-dano>>. Acesso em: 21 jun. 2015.