

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ÂMBITO DAS REPARAÇÕES CÍVEIS

THE THEORY OF LOSS OF A CHANCE IN THE CONTEXT OF CIVIL REPAIRS

Claudiane Rabelo Ferreira

Bacharela e pós-graduanda em Direito pela FAMETRO.

Rogério da Silva e Souza

Docente do Curso de Direito da FAMETRO. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC.

RESUMO

Este artigo versa sobre a questão da teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil e suas implicações na construção da jurisprudência brasileira. A abordagem metodológica desta pesquisa é livre e exploratória e do tipo bibliográfica, para a qual se utilizou da doutrina, legislação e jurisprudência acerca do tema. O objetivo foi analisar a construção do instituto da Teoria da Perda de uma Chance para o enfrentamento da tutela jurisdicional de reparações cíveis. Conclui-se que tal desiderato pode ser encontrado nas seguintes características, a saber: a) a chance séria e real; b) quantificação adequada; c) perda definitiva da vantagem esperada. Compreendendo-se que em potencial a Perda de uma Chance encontra guarida pátria em veemente legislação insurgente.

Palavras-chave: Direito civil. Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance. Reparação cível.

ABSTRACT

This article discusses the question of the theory of loss of a chance in the field of civil responsibility and its implications for the construction of Brazilian law. The methodology uses was a free and exploratory approach about the thematic and a bibliographical research, which used doctrine, legislation and jurisprudence. The main goal was to analyze the construction of the institute to face the judicial protection of civil remedies. It was concluded that this can be found in the following features, namely: a) The serious and real chance, b) appropriate quantification, c) irretrievable loss of the expected benefit; potential that - including the loss of a chance to find shelter home in vehement insurgent legislation.

Keywords: Civil right. Civil responsibility. Theory of loss of a chance.

1 INTRODUÇÃO

O tema da teoria da perda de uma chance tem sua importância para a sociedade e para o Direito, pois permite que os conflitos sociais envolvendo chances perdidas sejam analisados de forma técnica, quantificando o valor de eventual reparação pela chance rechaçada, diferenciando-a da mera expectativa, e valorando-a conforme o caso.

O tema foi escolhido em virtude da análise de casos práticos, pela qual se questiona a possibilidade de como indenizar alguém que perdeu uma chance ou, ainda, como são mensuradas as chances perdidas no âmbito cível. Alhures, quais tipos de chances são indenizáveis e o que é importante na análise da perda de uma chance?

Este trabalho visa responder a essas indagações, examinando quais as situações caracterizam a perda de uma chance, bem como o que diz doutrina e jurisprudência acerca do tema. Busca ainda compreender como são proferidas, fundamentadas as decisões judiciais que a aplicam.

Inicialmente, percorre-se uma análise dos fundamentos do instituto e na sequência trata do conceito de responsabilidade civil, analisa-se a evolução da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, consigna à sua natureza jurídica; Posteriormente, traz um breve histórico da teoria, seus critérios de aplicação e por fim, faz uma análise da jurisprudência brasileira acerca do tema.

2 CONCEITO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance terá sua incidência quando, em virtude da ocorrência de um ato ilícito, a vítima se vir frustrada em uma expectativa de melhora da sua situação jurídica. Entendimentos doutrinários e jurisprudenciais do ordenamento jurídico afirmam que só se indeniza chances sérias e reais. Trata-se de uma situação tão séria e real que a vítima já se acredita incorporada na situação jurídica mais favorável. Com efeito, não se trata de uma

mera chance, um mero desejo, uma mera probabilidade. Assim entende a melhor doutrina.

Consiste esta na interrupção, por um determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura. Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2014, p. 236)

Percebe-se, então, que a indenização não pode ser pautada no valor da vantagem perdida, mas na perda da possibilidade de se alcançar determinada vantagem. Portanto, o valor da indenização pela perda de uma chance deve ser inferior ao valor da própria vantagem perdida. O que se indeniza é a perda da possibilidade de se alcançar a vantagem e não a perda da própria vantagem, vide Sérgio Savi a respeito.

O óbice à indenização nestes casos se dava pela indevida qualificação desta espécie de dano. Normalmente, a própria vítima do dano formulava inadequadamente a sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requeria indenização em razão da perda da própria vantagem. Ao assim proceder, a vítima esbarrava no requisito 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. (SAVI, 2012, p. 03)

Não raro, a experiência judicial brasileira acabava por tornar improcedentes as demandas de indenizações mesmo percebendo que na maioria dos casos estava havendo uma injustiça com as vítimas. Neste certame, a grande dificuldade em indenizar o valor da causa nessas demandas, que, certamente, ocorria em razão da ausência do nexo de causalidade entre a conduta que frustrou a vítima em uma expectativa de melhora da sua situação jurídica e o resultado danoso. Não há uma certeza mínima de que na ausência daquela conduta a vítima iria obter aquela vantagem esperada.

Percebe-se que essas ações que buscavam uma responsabilidade civil em face de alguém que havia frustrado uma expectativa de obtenção de vantagem futura, acabavam sendo indeferidas, devido à grande dificuldade de

compreender se realmente essa vantagem iria ocorrer e qual sua probabilidade, bem como a falta de previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Assim entende Sérgio Savi:

Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, hoje é possível pre-determinar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte, a ponto de poder considerá-lo um valor normal, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo. (SAVI, 2012, p.18).

O estudo da probabilidade possibilitou a criação de algumas “leis do acaso”, possibilitando perquirir estatisticamente quais as chances reais de um determinado evento ocorrer, tornando-se um terreno fértil para o advento de um instrumento dogmático utilíssimo, capaz de criar uma nova categoria de dano indenizável, a saber, as chances perdidas. (SILVA, 2013)

Essa relação entre a teoria da perda de uma chance e a estatística é imprescindível, para que se possa chegar a um percentual razoável que se aproxime da chance real que a vítima teria de obter aquela vantagem, caso não fosse a intervenção de um terceiro. Em algumas situações, esse cálculo é mais simples, em outras mais complexo. Quanto maior o número de variáveis envolvidas naquela situação, onde houve a frustração de obtenção de uma vantagem futura, mais complexo será o cálculo da probabilidade daquela chance se concretizar. Acerca do enquadramento da teoria da perda de uma chance, surgem as seguintes indagações.

A que título deve ser concedida a indenização pela perda de uma chance? Por dano moral ou material? E neste último caso, a título de dano emergente ou lucro cessante? Essa questão é também controversa tanto na doutrina como na jurisprudência. Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance, ainda que não se refiram à expressão, a título de lucros cessantes; outras vezes, como dano moral. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 80)

Há uma dúvida acerca da proximidade dessas situações com aquelas onde o dano é hipotético ou remoto e, portanto, não indenizável. Como não há um percentual mínimo de chance de obtenção da vantagem esperada necessária para caracterizar a teoria da perda de

uma chance, somente no caso concreto o juiz irá decidir, trata-se de uma chance remota ou uma chance séria e real, passível de uma indenização.

A aplicação da teoria da perda de uma chance depende da probabilidade de se conseguir algo. Se a chance for muito razoável, poderá ser considerada lucro cessante. Não há um percentual pré-estabelecido que indique o que seria uma chance muito razoável, porém no caso concreto quando o magistrado assim entender, poderá condenar o réu a pagar o valor equivalente à vantagem esperada e não o valor da chance perdida (SILVA, 2013)

Portanto, conforme entendimento já mencionado neste trabalho, quando se tratar de uma chance muito razoável, poderá ser considerado o lucro cessante. Neste caso, a ré poderia ter sido condenada a pagar, não o valor equivalente à chance do lucro perdida, mas em virtude da razoabilidade da chance ser muito grande, a condenação deveria ser equivalente ao valor da vantagem esperada.

3 NATUREZA JURÍDICA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Não há entendimento pacífico acerca da natureza jurídica da indenização das chances perdidas: trata-se de dano patrimonial ou moral, dano emergente ou lucro cessante, nexos de causalidade ou uma ampliação do conceito de dano. Desde os clássicos até os autores contemporâneos, a grande maioria admite que, quando se tratar de uma chance séria e real, a mesma passa a ter valor econômico e, portanto, a ser passível de indenização. Assim a assinala a boa doutrina.

Alguns autores associam o aparecimento da responsabilidade pela perda de uma chance à utilização menos ortodoxa do nexos de causalidade, ora se manifestando em forma de causalidade parcial, ora em forma de presunção de causalidade, nos moldes da responsabilidade coletiva ou grupal. Outra corrente ainda mais numerosa acredita que a teoria da perda de uma chance constitui perfeito exemplo de ampliação do conceito de dano reparável, mantendo a aplicação ortodoxa do nexos causal. (SILVA, 2013, p.7)

A denominada perda da chance, como quer Sívio Salvo Venosa (2008, p.324), “pode

ser considerada como uma terceira modalidade nesse patamar, o meio caminho entre dano emergente e lucro cessante”. O referido autor entende, portanto, que a perda de uma chance não se trata de dano moral, mas dano material, haja vista que se enquadra entre as duas modalidades de dano material previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

A natureza da chance perdida vai variar conforme a natureza da chance esperada. Se o que se esperava obter era um bem eminentemente patrimonial, a chance tem natureza jurídica patrimonial. Entretanto, se o que se esperava era um bem extrapatrimonial, a chance tem natureza jurídica extrapatrimonial. (SILVA, 2013).

Existe ainda a doutrina divisionista, a qual propõe uma divisão entre os casos clássicos da responsabilidade civil pela perda de uma chance e os casos envolvendo a seara médica. Referida doutrina defende que nos casos que envolvem a seara médica, não há um processo interrompido, mas um resultado final, qual seja morte ou invalidez do paciente, há apenas uma incógnita que é a relação causal entre o ato ilícito praticado pelo médico e o resultado final. Porém, não há como saber se a causa do prejuízo foi a evolução natural da doença ou ato ilícito do médico, vide em Nuno Santos Rocha:

O juiz apenas consegue provar que o comportamento do médico é abstractamente adequado a ter causado o dano, não conseguindo demonstrar que a conduta do agente foi *conditio sine qua non* para o prejuízo ocorrido [...] Estar-se ia, neste sentido, perante uma verdadeira presunção de causalidade, uma vez que, perante o comportamento censurável de um médico – facto ilícito e culposo – e o aparecimento posterior de um dano, que por ele poderá eventualmente ter sido produzido, se afirma a sua responsabilidade, mesmo se ignorando se a verificação de tal comportamento foi condição necessária para a concretização desse prejuízo. (ROCHA, 2014 p.19)

Entre todas as possibilidades examinadas, a mais aceita pela doutrina e jurisprudência, conforme análise dos casos estudados, é a de que a teoria da perda de uma chance caracteriza-se como a ocorrência da perda de uma chance séria e real de obtenção de uma vantagem futura, que não se confunde com a vantagem final esperada, e, para tanto, tem natureza jurídico-econômica.

4 BREVE HISTÓRICO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Durante muito tempo, o dano decorrente da perda desta oportunidade de obter uma vantagem, ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito, por não ser possível afirmar com certeza, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida, ignorando-se então a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, qual seja o dano da perda de oportunidade de obter aquela vantagem. A teoria da perda de uma chance começou a ser estudada na França, no século XIX, onde foi chamada de *perte d'une chance*. Na ocasião, doutrinadores e juristas passaram a tratar da possibilidade de alguém ser indenizado quando, por motivo alheio a sua vontade, a conduta de terceiro lhe fizesse perder uma chance séria e real de obter uma vantagem que não havia se concretizado. (SILVA, 2013)

Já no século XIX, precisamente em 17 de julho de 1889, a Corte de Cassação francesa aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento. Este é o exemplo mais antigo de utilização do conceito de dano pela perda de uma chance encontrado na jurisprudência francesa (SILVA, 2013, p. 11).

Na ocasião, doutrinadores italianos discordavam dos franceses, afirmando tratar-se de dano não indenizável, por não se tratar de dano emergente nem lucro cessante, conforme previsto em seu ordenamento jurídico. Posteriormente os italianos passaram a entendê-lo como uma espécie de lucro cessante, mas depois, aceitaram sua autonomia, ocasião em que os juristas passaram a aplicar a teoria da perda de uma chance no campo alimentar, o que ocorria, quando o ressarcimento dos danos não era devido somente a quem era titular de um direito subjetivo a alimentos, mas também a qualquer um que tenha sofrido lesão a um simples interesse de fato, como, por exemplo, a expectativa de que a vítima contribuiria economicamente para o sustento da casa. O que pouco a pouco foi ampliando-se às demais situações. Porém, o primeiro caso julgado na Itália

lia, aplicando a teoria da perda de uma chance, ocorreu somente no ano de 1983. (SAVI, 2012)

O primeiro caso aceito pela Corte de Cassação Italiana ocorreu em 1983, quando determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Não obstante tenham se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos de participar das demais provas de direção e de cultura elementar, necessárias à conclusão do processo de admissão. (MELO, 2010, p.366)

A discussão da teoria da perda de uma chance, que teve origem na França e foi amplamente discutida na Europa, mas ainda é nova no Brasil, embora os tribunais já estejam a sufragá-la. (VENOSA, 2012)

No que se refere à aplicação dessa teoria no Brasil, conclui-se que se trata de algo muito recente, não há um entendimento pacífico, há muita divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, porém vem ganhando cada vez mais espaço, principalmente após um caso emblemático que ficou nacionalmente conhecido como o caso “Show do Milhão”, que será trata adiante.

Ao tratar da indenização no Código Civil, assinala o instituto nos art. 948 e 949, com a seguinte redação:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a que o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Sob a regência do Código Civil, a aplicação da Teoria foi ampliada, juntamente com o entendimento de que qualquer tipo de dano deve ser ressarcido, inclusive aquele que retira da vítima a chance de obter uma vantagem esperada, desde que a chance seja séria e real. (SAVI, 2012)

Até o advento da Revolução Industrial, predominava a teoria subjetivista (cujo centro das atenções era o autor do dano) no que tan-

ge à responsabilidade civil. (SAVI, 2012). Para que surgisse a obrigação de ressarcir, o autor do dano deveria agir com dolo ou ao menos com culpa, caso contrário não se falava em indenização e a vítima teria que arcar com seu prejuízo, haja vista que dificilmente conseguia provar a culpa do autor, veja-se o tratamento da boa doutrina:

A teoria objetiva faz com que o autor de uma atividade de risco responda por todos os danos dela advindos, independentemente de culpa. É com base nesta perspectiva, desenvolvida após a Revolução Industrial, que os autores asseveram que houve uma verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil, antes preocupada em encontrar o caráter culposo da conduta do agente, atualmente voltada para a reparação do dano. (SILVA, 2013, p. 04)

Para reparar essas injustiças, desenvolve-se após a Revolução Industrial, a teoria objetiva da responsabilidade civil, cujo principal fundamento é a proteção à vítima, o que possibilitou o surgimento da obrigação de indenizar sem a necessidade da existência de dolo ou culpa por parte do autor do dano, mas tão somente da comprovação do dano injusto e do nexo causal entre a conduta do agente e o resultado danoso. Essa mudança de foco torna-se mais um fundamento para a aplicação da teoria da perda de uma chance, haja vista que nessas situações há um dano injusto, que é perda da chance de obter a vantagem esperada (SAVI, 2012).

Ocorre, então, uma crescente consciência de que o direito deve considerar a incerteza como parte integrante das soluções jurídicas, pois trata com complexos e probabilísticos conflitos dos fenômenos sociais. O avanço tecnológico possibilitou a ampliação da avaliação e da quantificação de evidências estatísticas, o que resultou na possibilidade de reparação de certos danos complexos aos quais não se podia imputar um agente causador. (SILVA, 2013).

Além da análise dos Códigos Civis, analisando a Constituição Federal de 1988, percebe-se que esta trata em seu art. 5º, incisos V e X, acerca do dever de indenizar, seja por violação a dano material ou moral. Ou seja, são conceitos genéricos que incluem o direito a indenização por qualquer tipo de dano, inclusive aquele oriundo da Perda de uma Chance.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

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.

Percebe-se que houve grandes avanços no Brasil no que tange ao estudo e consequente conhecimento e aplicação da teoria da perda de uma chance. É verdade que algumas limitações relacionadas a interpretações de legislações anteriores impediam de avançar no estudo do tema, mas caso a caso, novas legislações surgiram e o tema vem ganhando a importância merecida no ordenamento jurídico brasileiro.

5 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Percebe-se que a chance é algo que tem valor. As probabilidades hoje podem ser valoradas e precificadas de uma maneira correta. A doutrina internacional acabou sistematizando alguns requisitos para que a Teoria da Perda de uma Chance não seja considerada uma teoria muito ampla e que abra as portas para o dano hipotético. Tratam-se das condições necessárias para que uma demanda de responsabilidade pela perda de uma chance seja procedente. Os critérios que diferenciam esta espécie das demais hipóteses de responsabilidade civil estão na sequência.

5.1 Chance séria e real

Trata-se de uma chance que ultrapassa uma esperança subjetiva. É tão certa que a vítima já se acredita incorporada na situação jurídica mais favorável. Não se trata de uma mera chance, um mero desejo, uma mera probabilidade, mas algo muito provável de se realizar caso não houvesse a ação ou omissão que impediu sua realização.

O sistema norte-americano possibilita a

reparação integral da vantagem esperada, nos casos em que a ação ou a omissão do agente apresentar uma probabilidade igual ou maior que cinquenta e um por cento (51%) de ter causado o dano final (padrão *more likely than not*). Em contrapartida, a Corte de Cassação italiana, em alguns julgados considera que a vítima deva provar que tem pelo menos 50% de probabilidade de obter a vantagem esperada para se alcançar o requisito de seriedade e certeza das chances perdidas. (SILVA, 2013)

No que se refere ao Brasil, o Enunciado nº 443, aprovado por unanimidade na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, traz a seguinte redação:

Enunciado 443. “Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.”

Percebe-se que além de chance séria e real, não existe percentual mínimo que caracterize a aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil, haja vista que o mencionado enunciado afirma que a chance não fica adstrita a percentuais apriorísticos, ou seja, a princípios anteriores a percentuais pré-determinados. Essa caracterização da chance séria e real será analisada caso a caso.

5.2 Necessidade de uma quantificação adequada

Existe uma autonomia entre a chance esperada e a chance perdida, haja vista a impossibilidade de se provar que o resultado esperado pela vítima iria de fato ocorrer não fosse a intervenção do réu, não se pode indenizar a vítima com o valor da vantagem esperada, mas com base na probabilidade de alcançar aquela vantagem será calculado o valor da indenização a ser paga.

A indenização pela perda de uma chance nunca poderá alcançar o mesmo patamar que alcançaria a indenização da vantagem esperada, caso ela houvesse se realizado. O valor sem-

pre será menor e proporcional à chance que a vítima teria de alcançar a vantagem esperada.

Jean-Pierre Couturier, utilizando-se de um conceito matemático, ilustra com precisão o processo de quantificação na teoria da perda de uma chance ao afirmar que “a ‘função chance perdida’ é a derivada da ‘função vantagem esperada’, (dano final)” e varia conforme esta, mesmo mantendo a sua autonomia. (SILVA, 2013 p. 144)

Diante da impossibilidade de reparar o dano final, calcula-se a probabilidade que aquela chance teria de ser alcançada e com base nesse resultado, chega-se a um valor que mais e aproxima da reparação real do dano sofrido. Dano esse representado pela chance perdida.

5.3 Perda definitiva da vantagem esperada

É necessário que não haja mais qualquer possibilidade de a vítima alcançar a vantagem esperada para que se esteja diante da Teoria da Perda de uma Chance. Existe a necessidade que haja um dano final. No caso da Teoria da Perda de uma Chance, trata-se de um dano autônomo, que cesse toda e qualquer possibilidade que a vítima tinha de alcançar a vantagem esperada.

Segundo Jacques Boré, a necessidade de se esperar pela realização do dano final faz com que o prejuízo caracterizado pelas chances perdidas “não seja considerado como revestido de um caráter danoso próprio, mas somente como uma causa, tendo concorrido para a produção de um dano final, que é reparado somente em parte”. (SILVA, 2013 p. 53)

A apreciação da demanda referente à aplicação da Teoria da Perda de uma Chance deve vir sucedida de dano irreversível e prejudicial à vítima. Não há que se falar em perda de uma chance, caso ainda exista alguma outra forma de a vítima obter a vantagem esperada.

6 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA QUANTO À APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

O caso que ficou conhecido como “Show do Milhão”, tornou-se um caso emblemático no direito brasileiro, haja vista a repercussão

que teve, tanto do ponto de vista social como jurídico. O caso envolveu um programa televisivo de grande audiência e demandava a aplicação de uma teoria pouco conhecida no ordenamento jurídico brasileiro, que gerou muita discussão, principalmente no que tange a sua quantificação.

Em novembro de 2005, foi julgada a ação do “Show do Milhão” pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ. Na ocasião, uma participante de um programa de televisão (concurso de perguntas e respostas) já havia conquistado o prêmio de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e foi para a “pergunta do milhão” (valendo um milhão de reais), que foi a seguinte: “A constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território brasileiro?” Como possíveis respostas, o programa apresentou quatro opções: (1) 22%; (2) 2%; (3) 4%; ou (4) 10%. Não achando entre os quatro itens apresentados, a resposta correta, decidiu então, não responder e desistiu, ficando apenas com os R\$ 500.000,00 já conquistados.

Ocorre que, posteriormente percebeu que aquela pergunta era impossível de ser respondida, pois nenhum daqueles itens correspondia à resposta correta, uma vez que a Constituição Federal não determina o percentual do território brasileiro reservado aos índios. Motivo pelo qual, a participante pleiteou em uma ação judicial, o valor de R\$ 500.000,00 que deixou de ganhar. Tanto o juiz de 1º grau como o Tribunal de Justiça da Bahia concederam a indenização no valor total do prêmio que deveria ter sido ganho. No entanto, o STJ (Recurso Especial Nº 788.459 – BA 2005/0172410-9) reformou a decisão, entendendo que não havia certeza de que ela acertaria, haja vista o grau de dificuldade ser muito alto e que o valor da indenização não corresponderia à vantagem que ela deixou de obter, mas à chance perdida, como um dano autônomo. Calculou então o valor da indenização em R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) haja vista que havia 4 alternativas e a probabilidade de a participante acertar a pergunta seria de 25%. O Relatório do Ministro Fernando Gonçalves, traz a seguinte redação:

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. RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR)

[...]

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

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma probabilidade matemática de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Identifica-se, neste caso, a existência dos três requisitos necessários à aplicação da mencionada teoria: chance séria e real (em virtude do excelente desempenho que a autora teve no decorrer do programa), necessidade de uma quantificação adequada (como eram quatro opções, calculou-se em 25% a probabilidade de acerto, dando a ela 25% do valor que deixou de ganhar) e perda definitiva da vantagem esperada (a autora não teve outra chance de ganhar o prêmio).

Acerca da quantificação do valor da indenização, a probabilidade certamente seria um pouco maior, em torno de 35%, haja vista que a participante mostrou ter um conhecimento geral bastante acima da média e 25% seria a probabilidade que qualquer pessoa teria. (SILVA, 2013)

Sobre a responsabilidade civil do advogado, temos a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde se optou pela aplicação da teoria da perda de uma chance a um

caso onde o cliente havia sido acionado em uma ação executiva, contratou um advogado e forneceu a ele documentação comprobatória de que aquela dívida já havia sido paga, porém, erros técnicos do advogado impediram o cliente de exercer sua defesa naquela ação executiva, motivo pelo qual foi condenado a pagar indenização ao cliente. Percebe-se nesse caso, a existência dos três requisitos necessários a aplicação da mencionada teoria: chance séria e real (haja vista que possuía a documentação comprobatória de que a dívida havia sido paga), Necessidade de uma quantificação adequada (o *quantum* da indenização foi baseado na probabilidade que o cliente tinha de ter sua defesa aceita naquela ação) perda definitiva da vantagem esperada (o cliente não teve mais chance de exercer sua defesa naquela ação executiva).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. EXERCÍCIO DO MANDATO. PERDA DE UMA CHANCE. - Advogado contratado patrocinar a defesa do cliente em ação executiva. Cliente que forneceu documentação ao patrono, pretendendo ver defendida a alegação de que já quitara a dívida exequenda. Comprovada a atuação inadequada e culposa do profissional contratado. Neste processo indenizatório, advogado, não houve comprovação da tese de defesa de que as alegações do cliente seriam inverossímeis e pouco defensáveis. Prova dos autos que leva à conclusão diversa. Prática de erros técnicos insuperáveis durante o patrocínio da defesa do cliente, que conduziram à completa e irrecuperável perda da chance de exercer defesa naquela ação executiva. Dever de indenizar configurado. - Reformada a sentença, resta prejudicado o pedido da parte ré de majoração da verba honorária sucumbencial que lhe havia sido arbitrada. APELO PROVIDO, RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. (Apelação Cível Nº 70053375655, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 27/06/2013)

Sobre a responsabilidade civil na seara médica, analisamos a decisão do Superior Tribunal de Justiça, o qual optou pela aplicação da Teoria da Perda de uma Chance a uma situação onde um erro médico impediu que um paciente com câncer realizasse o tratamento adequado e viesse a óbito. Percebe-se, nesse caso, que o julgador traz um entendimento de certeza quanto ao dano e a seu causador, mas incerteza quanto à extensão do dano, afinal de contas não se pode afirmar que se houvesse o tratamento adequado o paciente não haveria

morrido em decorrência da doença. Identifica-se a existência dos três requisitos necessários a aplicação da mencionada teoria: chance séria e real (tratamento adequado para a cura do câncer), necessidade de uma quantificação adequada (probabilidade de o tratamento funcionar, embora não houvesse a certeza da cura, mas havia pelo menos um período maior de vida) e a perda definitiva da vantagem esperada (em virtude da morte do paciente).

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. (...). (STJ, 3ª Turma, REsp 2011/0078939-4, Min. Nancy Andrighi, j. Em 4/12/2012).

Conforme os casos analisados, percebe-se que a teoria da perda de uma chance pode ser aplicada às mais diversas situações, seja na seara médica, responsabilidade civil do advogado ou a qualquer outro fato ocorrido em sociedade, desde que estejam presentes os requisitos que a caracterizam, ou seja, que não seja somente uma mera expectativa mas uma chance séria e real, a quantificação adequada da chance e a perda definitiva da possibilidade de obtenção da vantagem esperada.

7 CONCLUSÃO

Em um estado sócio liberal como o brasileiro, perquire-se se a perda de uma chance não promoveria um advento da indústria de

indenizações, mas isso não quer dizer, que se possa afastar a responsabilidade daqueles que, extracontratualmente, faltam com a diligência nos meios e nos fins a que venha ofertar em serviços, concurso de prognósticos, dentre outros tantos. É que no campo das obrigações cíveis, vive-se a conjuntura ética pela qual perambulam às obrigações principais, os valores e deveres acessórios àquelas.

Conclui-se que a teoria da perda de uma chance tem validade jurídica, aplicabilidade, conforme analisado neste trabalho. Doutrina e jurisprudência brasileira têm avançado bastante e aplicado mencionada teoria aos mais diversos casos, aplicando-a às mais diversas situações (como na seara médica e quanto à responsabilidade civil dos advogados) atendendo a expectativa de quem teve sua chance séria e real frustrada por ato ilícito de terceiro.

Para a legitimidade da Teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, vale ressaltar que o procedimento legislativo deverá ser de forma privativa da União, para tanto, será da competência legiferante do Congresso Nacional e fundamentar-se no âmbito dos direitos que permeiam fundamentalidade dos direitos do ser humano. Sua égide material enquadra-se em reconhecer os parâmetros de adimplemento da reparação ora pelo credor, e, igualmente, evitando-se o chamado enriquecimento ilícito do devedor, para que se opere a boa-fé equânime nas relações jurídicas.

Os requisitos da teoria de perda de uma chance são: a) chance séria e real, b) necessidade de uma quantificação adequada; c) perda definitiva da vantagem esperada. Para tanto a natureza jurídico-econômica, demanda uma apreciação não só argumentativa dos casos difíceis, mas, pautada nos critérios de probabilidades quantificadas. Em uma palavra, o instituto é eficaz, haja vista que cumpre seu objetivo de ressarcir o prejuízo antes não analisado, de alguém que teve uma chance séria e real perdida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro [CCB/2002]**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/

L10406.htm>. Acesso em 10 mar. 2016

_____. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil brasileiro [CCB/1916]**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 mar. 2016

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 05 abr. 2016.

_____. Conselho Federal de Justiça. **Enunciados**. <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>> Acesso em 15 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Perda da chance**: uma forma de indenizar uma provável vantagem frustrada. [S.l.]: 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2475570/perda-da-chance-uma-forma-de-indenizar-uma-provavel-vantagem-frustrada>> . Acesso em 15 mar. 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: obrigações: responsabilidade civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FREIRE, Roberval; GOUVEIA, Mila. **Principais julgamento do STF e do STJ**. Bahia: Juspodivm, 2015

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v 4

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral e dano estético, indenização pela perda de uma chance e prescrição. 4 ed. São Paulo: Ltr, 2010.

ROCHA, Nuno Santos. **A perda de chance como uma nova espécie de dano**. São Paulo: Leya Portugal, 2014.

SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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