



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aplicação prática da teoria da perda de uma chance

Luiz Cláudio Moura de Almeida

Rio de Janeiro
2009

LUIZ CLAUDIO MOURA DE ALMEIDA

Aplicação prática da teoria da perda de uma chance

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Neli Fetzner.

Prof. Nelson Tavares.

Prof^ª. Mônica Areal.

Rio de Janeiro
2009

APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Luiz Cláudio Moura de Almeida

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado. Pós-graduado em direito privado pela Universidade Gama Filho. Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho visa a conceituar a teoria da perda de uma chance e analisar sua inserção dentro do campo da responsabilidade civil e segue no estudo de sua aplicação prática no direito brasileiro. Tal estudo implica, em síntese, uma exposição das características principais da teoria e dos problemas e soluções decorrentes de sua inserção nos casos que são apresentados aos tribunais do país.

Palavras-chave: Direito Civil, Responsabilidade Civil, Teoria da Perda de Uma chance.

Sumário. Introdução. 1. Conceituação. 2. Aspectos históricos. 3. Aplicabilidades da teoria. 4. Modalidades de perda de chances. 4.1. Perda da chance de se obter um benefício futuro. 4.2. Perda da chance de se evitar um prejuízo ocorrido. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Responsabilidade civil em si é um tema vasto em que cada uma de suas vertentes, cada um de seus campos de aplicação são dignos de tratados, mesmo assim certamente não seria possível esgotar o assunto.

Na definição de DIAS (2002, p. 55), “O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico Jurídico alterado pelo dano é causa da responsabilidade civil.”

A legislação brasileira adota como regra geral em sede de responsabilidade civil o sistema subjetivo, no qual a responsabilização do causador de um dano é precedida de conduta sua, ao menos a título de culpa (artigo 927 do Código Civil).

Tal regra geral dispõe que quem culposa ou dolosamente cause dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Decorre daí a existência de três elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil subjetiva: dano, culpa e nexo de causalidade entre um e outro.

Pela teoria subjetiva, quem causou o prejuízo será responsabilizado se agiu com culpa em sentido amplo, seja por ter agido com intenção de provocar o dano, ou seja, com dolo, seja por negligência, imperícia ou negligência, classificadas como culpa em sentido estrito. O dano é, portanto, um dos pressupostos para a responsabilização civil. Se o que se deseja é a reparação pecuniária, faz-se necessário a comprovação de um dano, deve haver efetivamente um prejuízo para a vítima, seja material ou exclusivamente moral.

Por fim, para concretizar a responsabilidade é preciso estabelecer uma ligação entre a conduta ao menos culposa e o prejuízo sofrido pela vítima, de modo que se possa afirmar que o dano ocorreu em virtude daquela conduta e não de outro evento qualquer.

Ao longo do tempo, a teoria subjetivista mostrou-se inadequada à cobertura de todos os prejuízos que pedem reparação à medida que, diferente do que normalmente ocorre com a comprovação do dano, a prova da culpa pode tornar-se bastante problemática na prática, o que deixaria a vítima sem reparação.

A partir dessa constatação e com intuito de regular o máximo de casos de responsabilidade civil surgiu a teoria objetivista. Tal teoria procura mitigar a culpa como elemento indispensável à responsabilização, possibilitando a efetiva reparação do dano.

Haverá, nos casos em que se aplique tal teoria, uma presunção de existência de culpa na conduta do autor do dano, restando à vítima apenas a necessidade de comprovação do prejuízo e do nexo de causalidade entre aquela conduta e o dano sofrido. Tal presunção é relativa, *iuris tantum*, havendo uma inversão do ônus da prova, cabendo agora ao acusado de ter sido o autor do dano comprovar que o evento decorreu de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro ou foi consequência de caso fortuito ou força maior, de maneira a eliminar a presunção que milita em seu desfavor.

Têm-se ainda as chamadas teorias ecléticas onde não se descarta o valor da culpa, no entanto, a noção de risco é tido como preponderante. Como salienta SILVA (2006, p. 30): “Na seara das teses ecléticas, impende considerar as teorias seguintes: a) a de garantia de Boris Starck; b) a da culpa como violação de obrigação legal, de Paul Leclercq; c) a falta contra a legalidade constitucional; e d) a perda de uma chance.”

Cada uma dessas teorias encontra defensores e opositores que travam batalha na defesa de sua aplicabilidade, contudo, para o presente estudo será analisada somente essa última vertente das teorias ecléticas, qual seja a teoria da perda de uma chance.

Assim, este trabalho se propõe a buscar a definição e abrangência da teoria, além de pretender indicar sua aplicabilidade prática. Busca-se embasamento teórico em diversos doutrinadores que escreveram sobre o instituto, sem se afastar da jurisprudência a respeito do tema que, apesar de tímida, cresce a cada dia.

Num segundo momento, serão apresentados alguns problemas de ordem prática que devem ocupar a atenção dos profissionais do direito, em especial do magistrado, seguidos de indicações de propostas de soluções para os problemas apresentados com base no que já se produziu a respeito do tema.

1- CONCEITUAÇÃO

Conceitualmente, a responsabilidade civil por perda de uma chance é a teoria que reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo pela conduta de outrem. A teoria tem como característica principal reconhecer a existência de uma nova categoria de dano indenizável, um dano autônomo consistente na oportunidade (ou chance) perdida, o qual independe do resultado final.

Afasta-se, de certo modo, da clássica exigência da demonstração do dano pela vítima em sede de responsabilidade civil, ainda que se admita a postergação da prova de sua extensão para a fase de liquidação de sentença - DIAS (2006), visto que não haverá demonstração de um dano efetivo.

Atribui-se um valor econômico, de conteúdo patrimonial, à probabilidade de obter um lucro, sem que jamais se saiba se aquela probabilidade efetivamente se concretizaria, pois um fato interrompe o curso normal dos acontecimentos antes que se pudesse constatar se aquela oportunidade se verificaria no caso concreto. Não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela possibilidade real de conseguir esta vantagem e que foi perdida.

Quem bem define a teoria em tela é o jurista Sérgio Cavalieri Filho em sua obra sobre a responsabilidade civil: CAVALIERI FILHO (2006) citando a doutrina francesa aplicada ao caso, *perte d'une chance*, asseverando ser a reparação por conta de um ato ilícito que retira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Prossegue ressaltando que deve se tratar de chance real e séria, que dê ao lesado efetivas condições de obter a vantagem desejada. Ou seja, não basta que a possibilidade de obtenção de um

benefício decorra de construções hipotéticas improváveis, exige-se mais do que isso. Segundo o renomado autor, a oportunidade perdida tem que ser séria e real, indicando uma probabilidade de o evento futuro viesse a ocorrer.

O jurista MOTA (2006), descrevendo a teoria da perda de uma chance ensina que por chance deve ser entendida a possibilidade de uma vantagem futura provável, mesmo que árdua a tarefa de estimar seu alcance. Prossegue afirmando que para se obter a proporção do ressarcimento deve ser realizado um balanço das perspectivas a favor e contra a ocorrência do benefício perdido pela vítima do ilícito, já que o ressarcimento alcança apenas a chance e não um ganho perdido.

O professor VENOSA (2003) traz em sua obra um exemplo de perda da chance que bem conceitua o instituto. Apresenta o autor a hipótese de morte de um filho menor sendo indenizada pelos tribunais mediante pensão para os pais até quando aquele atingiria 25 anos de idade. Nesse caso, presume-se que ao atingir a idade de 25 anos constituiria sua própria família e deixaria a casa paterna, não mais concorrendo para as despesas comuns. Conclui o autor que essa é uma aplicação da teoria da perda de uma chance já que não há a garantia de que o filho ajudaria seus pais. Pensiona-se os pais pela expectativa, pela chance de que o filho viesse a contribuir com as despesas da casa.

Cuida-se, portanto, de uma modalidade autônoma e específica de dano, caracterizada pela indenizabilidade decorrente da subtração da oportunidade de obtenção de um benefício ou de evitar uma perda. Desta forma, é uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir um prejuízo. Trata-se de uma nova concepção de dano indenizável, pelo qual se admite a reparabilidade, independentemente da certeza de um resultado final.

2- ASPECTOS HISTÓRICOS

A origem da teoria objeto do presente estudo está na França, onde se utiliza a expressão *perte d'une chance*, tendo surgido inicialmente dentro da responsabilidade civil médica e, por esta razão, alguns doutrinadores até hoje apenas admitem sua utilização no campo do erro médico. Apesar da difícil comprovação dos elementos formadores da responsabilidade do profissional, a teoria era chamada de teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência.

A primeira jurisprudência surgida na França com os fundamentos da teoria teve origem na 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da apreciação de recurso contra decisão da Corte de Apelação de Paris, em julho de 1964. A questão versava acerca da acusação e posterior condenação de um médico ao pagamento de pensão em decorrência de falta grave contra as técnicas da medicina, considerando-se desnecessário o procedimento que adotara em um parto, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o procedimento.

A corte francesa considerou ter havido erro de diagnóstico que resultou em tratamento inadequado. Entendeu-se em 1ª grau que entre o erro do médico e as graves consequências, consistente na invalidez do menor, não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. A Corte de Cassação concluiu que presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de que o recém-nascido perdeu uma chance de não ser inválido por conta da conduta adotada pelo médico, que acabou condenado a indenizar o menor em 65.000 francos.

Tendo como base tal precedente, a doutrina estrangeira passou a reconhecer a teoria da perda de uma chance como válida e existente.

Não há na legislação pátria a previsão expressa da teoria o que deixa a cargo da doutrina e jurisprudência o esforço de conceituação, aplicação e delimitação. A jurisprudência apesar de tímida vem adotando a teoria para os mais variados casos de responsabilidade civil, como se verá no capítulo seguinte.

3 – APLICABILIDADES DA TEORIA

A teoria da perda de uma chance poderá ser aplicada tanto em casos de responsabilidade objetiva quanto nos casos de responsabilidade subjetiva, variando conforme o caso as exigências para caracterização da responsabilidade civil. Como ensina NORONHA (2005), a teoria da perda de uma chance caracteriza o dano reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil, exigindo-se a culpa do agente quando se estiver diante de uma hipótese de responsabilidade subjetiva ou prescindindo-se da demonstração de culpa ou dolo quando a responsabilidade civil em questão for objetiva.

No Brasil, a teoria ainda é pouco difundida e utilizada no mundo jurídico, seja pelos advogados seja pelos magistrados, apesar de a doutrina defender a necessidade de se reconhecer e aplicar o instituto.

Segundo o autor acima citado, NORONHA (2005), o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sempre com espírito inovador, foi o que há mais tempo se rendeu à utilização do instituto. Tal pioneirismo é atribuído à influência de uma conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Maio de 1990, por François Chabas, um dos juristas mais conceituados da França sobre o tema.

Ainda assim, há no Estado do Rio de Janeiro bons exemplos de jurisprudências enfrentando questões com base na responsabilidade civil pela perda de uma chance. Há julgados aplicando o instituto quando, por falha no dever de informar da concessionária de veículos, perdeu-se a chance de concluir a compra de um automóvel com vantagens (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.11377. Relator Des. Orlando Secco. DOERJ de 05.05.2009), quando a falha consiste na não apresentação de recurso tempestivo por advogado, resultando no trânsito em julgado da sentença, perdendo o contratante a oportunidade de reapreciação do julgado que lhe foi desfavorável (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2007.001.01489 Relator Des. Maurício Caldas Lopes. DOERJ de 29/01/2007) a perda da oportunidade de obtenção de diploma pelo não credenciamento junto ao MEC do curso ministrado (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2006.001.46181 Relator Des. Suimei Meira Cavalieri. DOERJ de 16/10/2006) e a aplicação mais comum da teoria, na qual se pune o médico ou instituição de saúde por um procedimento equivocado ou diagnóstico errado, o que acaba por diminuir a chance de tratamento de doença (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2006.001.08137 Relator Des. Roberto de Abreu e Silva. DOERJ em 02/06/2006.)

Especificamente quanto à possibilidade de indenização pela perda de uma chance pela desídia do advogado encontra-se oposição na lição de STOCO (2004, p.) ao afirmar que “Não há como admitir que outrem substitua o juiz natural da causa para perscrutar o íntimo de sua convicção e fazer um juízo de valor a destempo sobre a ‘possibilidade’ de qual seria a sua decisão, caso a ação fosse julgada e chegasse ao seu termo.”

Entende o autor, portanto, que admitir que o cliente obtenha a reparação pela perda de uma chance seria o mesmo que presumir que os pedidos formulados seriam ao final obrigatoriamente julgados procedentes – BORTOLUZZI (2006).

O mais caso mais emblemático de aplicação da teoria objeto do presente estudo e que ganhou repercussão nacional foi a ação proposta por Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos contra o Sistema Brasileiro de Televisão (SBT) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 4ª Turma Cível – Resp nº 788459-BA. Rel. Min Hélio Quaglia Barbosa. Publicado no DJ em 13/03/2006). A ação versava sobre a participação da autora no programa televisivo “Show do Milhão”, comandado pelo apresentador Silvio Santos no SBT.

O concurso consistia em perguntas e respostas cujo prêmio máximo era de R\$1.000.000,00 (um milhão de Reais) em barras de ouro, sendo vencedor o participante que respondesse corretamente a uma série de questões versando sobre conhecimentos gerais. Pelo regulamento do programa, a cada pergunta respondida corretamente, o participante aumentaria o prêmio em barras de ouro a receber.

Caso passasse da penúltima pergunta, o participante já teria acumulado R\$500.000,00 (quinhentos mil Reais). Nesse momento, o apresentador do programa faria a última pergunta, chamada “a pergunta do milhão”. Após ler a pergunta, o participante teria alguns segundos para optar por responder a pergunta ou parar. Se respondesse corretamente o participante receberia os outros R\$500.000,00, completando um milhão de Reais em barras de ouro. Por outro lado, se errasse, perderia os R\$500.000,00 (quinhentos mil Reais) acumulados ao longo de sua participação e, a título de prêmio simbólico, receberia trezentos Reais. Se optasse por não responder a última pergunta, receberia os R\$500.000,00 (quinhentos mil Reais) acumulados ao longo de sua participação no programa.

A autora da ação alcançou a última etapa e lhe foi feita a “pergunta do milhão”. No entanto, a participante optou por não responder a pergunta por julgá-la mal formulada, garantindo assim o recebimento dos R\$500.000,00 (quinhentos mil Reais) já acumulados por ter respondido corretamente às perguntas que lhe haviam sido feitas até aquele momento.

Posteriormente, ingressou a autora com uma ação indenizatória na 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador pleiteando os outros R\$500.000,00 (quinhentos mil Reais) que receberia caso tivesse acertado a última pergunta já que esta não estava corretamente formulada.

A sentença foi favorável à parte autora condenando o SBT a pagar o valor pleiteado na petição inicial. No entanto, como se nota, o critério adotado para a quantificação da indenização não parece ter sido o mais adequado tendo em vista que utilizou o valor integral do benefício que se poderia alcançar, ainda que não se tivesse certeza de que a participante acertaria a resposta.

O processo chegou ao STJ que adequou o *quantum* da indenização. Considerou-se que como havia 4 opções de resposta para a pergunta mal formulada (*a*, *b*, *c* e *d*), hipoteticamente, a autora teria 25% de chance de acertar a pergunta e receber os R\$500.000,00 (quinhentos mil Reais). Logo, a Quarta Turma Cível daquele tribunal superior reduziu a indenização para 25% do que a autora poderia obter, portanto R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil Reais). Reduziu-se a indenização para corresponder às chances que a autora tinha de ganhar e não ao que ganharia caso tivesse acertado.

Importante ressaltar que a vantagem que deve ser conferida à vítima não pode ser o valor do dano suportado, pois havia uma mera expectativa e não há como se aferir se o mesmo ocorreria se não fosse o fato antijurídico. Esta é a grande dificuldade desta teoria: a quantificação da indenização.

No arbitramento feito pelo juiz no caso concreto, deve ser determinado um valor pela chance perdida, levando-se em consideração alguns elementos. O primeiro é vislumbrar que no momento da perda da chance, esta tem certo valor, não se fala aqui do benefício que se conseguiria, mas da chance isoladamente, sendo tal valor o objeto da indenização, ainda que de difícil determinação.

A chance perdida, que poderá servir de base para o julgador, refere-se ao *quantum* a ser arbitrado por aquela perda. A indenização não poderá ser igual ao benefício que a vítima obteria se não tivesse perdido a chance e tivesse conseguido o resultado por ela esperado. Ora, não há certeza quanto a concretização do lucro ou prejuízo evitado, logo, a indenização não pode vir a garantir a mesma vantagem que a ocorrência do benefício traria.

Para isso têm-se um critério apresentado por SAVI (2007), segundo o qual o juiz deverá partir do resultado que a vítima poderia alcançar e incidir sobre esse valor o percentual de chance que ela tinha de ver esse resultado concretizado.

Não é um critério fácil de ser aplicado na prática, mas é um parâmetro que muito se aproxima da lesão suportada. Para tanto, se o cliente tinha 80% de chance de em sede de recurso ver sua causa sair vitoriosa, mas que, por desídia de seu patrono, o mesmo não foi interposto, a chance perdida não deve ser o valor que se obteria com o julgamento procedente do recurso, mas sim de 80% desse valor.

No mesmo sentido defende MOTA (2009) aconselhando que se faça um balanço das perspectivas a favor e contra e, do saldo resultante, retire-se a proporção do ressarcimento. A obrigação de reparar na visão da autora seria somente parcial, se comparada aos danos finais, por isso não se reivindica a reparação destes, mas somente se considera relevante a perda da possibilidade de serem evitados.

Saliente-se que não pode ser considerado o dano potencial ou incerto na valoração dessa modalidade de responsabilidade civil sob pena de sua incidência em condutas que não tenham qualquer ligação direta com o evento danoso.

Nessa linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, em seu informativo de jurisprudência nº 398 de 08 a 12 de junho de 2009, asseverou que a “teoria da perda de uma chance, adotada em tema de responsabilidade civil, aplica-se quando o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, porquanto o dano

potencial ou incerto, no espectro da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável.”(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 3ª Turma Cível - REsp 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, Publicado no DJ de 04/08/2009).

Imperioso, portanto, que se demonstre uma ligação direta entre a chance perdida e a conduta, de forma a indicar que sem o atuar do agente o evento danoso poderia não ocorrer ou haveria uma chance de uma vantagem ser auferida pela vítima.

4- MODALIDADES DE PERDA DE CHANCES

O jurista NORONHA (2005) é um dos estudiosos sobre o tema e quem melhor apresenta as modalidades sobre a teoria da perda de uma chance. O autor divide a teoria em dois grandes grupos: o da perda de uma chance de obter um benefício futuro e o da perda de uma chance de se evitar um prejuízo efetivamente suportado.

4.1- PERDA DA CHANCE DE SE OBTER UM BENEFÍCIO FUTURO

A primeira e mais importante das modalidades é a perda de uma chance de se obter um benefício por conta de uma conduta ilícita de outrem. Essa é a chamada chance clássica pelo direito francês, onde se encontra o melhor desenvolvimento doutrinário sobre o tema. Na hipótese, estar-se-ia diante de eventos que poderiam ocorrer no futuro se não fosse um ato antijurídico a impedi-los.

Nessa primeira categoria, pode-se incluir o exemplo do advogado que deixa de pleitear determinado benefício injustificadamente, onde as chances de não alcançá-lo seriam remotíssimas, fazendo com que haja a prescrição do direito de seu cliente de pleiteá-lo no futuro. Está-se aqui diante de uma conduta do advogado fazendo com que seu cliente seja privado de pleitear o recebimento de determinado benefício, conforme citado em capítulo anterior - (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2005.001.42727. Relator Desembargador João Batista Oliveira Lacerda. DOERJ de 23.12.2005).

Reitera-se que a indenização não pode consistir na vantagem que era esperada, já que esta não passava de mera expectativa, não havendo meios de saber se na ausência do evento danoso, a chance se consumaria, gerando um benefício efetivo para a vítima.

O magistrado deve socorrer-se, como retratado no capítulo anterior, ao grau de probabilidade de que aquele evento incerto viesse a ocorrer. Certamente a tarefa não é fácil, devendo ainda, o juiz, se buscar nas “regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”, conforme dispõe nosso Código de Processo Civil em seu artigo 335, ao permitir que, “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

4.2- PERDA DA CHANCE DE SE EVITAR UM PREJUÍZO OCORRIDO

Semelhante ao que ocorre com a perda de uma chance de se conseguir um benefício futuro, aqui também é necessário que o processo que levou ao dano já estivesse em curso e que houvesse possibilidades de evitá-lo por uma conduta do causador do ilícito. Ainda que não houvesse garantias de que o prejuízo seria evitado, pois como é a base da teoria objeto do presente estudo, indeniza-se pela chance perdida e não por um dano efetivamente suportado já que para essa última hipótese as regras gerais clássicas de responsabilidade civil objetiva ou subjetiva mostram-se suficientes.

A diferença primordial entre as duas modalidades se encontra no fato de, na perda de uma chance de obter benefício, a conduta ilícita interrompe um processo que estava em curso e que traria vantagem ao lesado. No segundo caso, o evento danoso surge exatamente porque o processo que culminou em um dano não foi interrompido. Se tivesse sido obstado haveria alguma possibilidade de o dano não ocorrer, mas agora não há como se verificar.

A distinção é temporal. Ao contrário do que ocorre na perda de uma chance de benefício, agora as chances não dizem respeito a algo que poderia ter acontecido em benefício da vítima no futuro, são relativas a algo que poderia ter sido feito no passado para evitar o dano suportado.

A ocorrência mais característica dessa modalidade se dá na responsabilidade civil médica, o que ocorre, por exemplo, quando há o óbito do recém-nascido por não ter a casa de saúde ou maternidade encaminhado prontamente o paciente à unidade de terapia intensiva, caracterizando o serviço hospitalar defeituoso (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos infringentes nº2002.005.00446 – Relator Des. WERSON REGO. DOERJ de 29/08/2003).

A também chamada perda de chances de cura ou sobrevivência se dá de acordo com as medidas adotadas pelo médico ou pelo estabelecimento médico, que deverá, dentre as medidas cabíveis a serem adotadas, escolher a que melhor se figura para o caso concreto.

Pode ocorrer, no entanto, que, por imperícia ou negligência, sua escolha não gere os resultados pretendidos vindo a causar lesão ou morte ao paciente. Danos esses que talvez não viessem a ocorrer caso outro procedimento fosse adotado.

A título de exemplo têm-se o caso em que onde o médico por erro de diagnóstico acaba por retardar em meses o início do tratamento contra um câncer do paciente que vem a falecer meses depois. Como quanto mais cedo se diagnostica a doença em tela, maiores são as chances de cura, foi perdida uma chance de ter a doença curada ainda que não se possa dizer, se mesmo com o início imediato do tratamento correto, o mesmo resultado não ocorreria.

Nesse sentido, selecionam-se os seguintes julgados que bem ilustram a questão: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº 2006.001.53158. Relator Des. EDSON VASCONCELOS. DOERJ de 01/02/2007 e BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº 2005.001.52454. Relator Des. EDSON VASCONCELOS. DOERJ de 11/05/2006.

Outro exemplo dessa modalidade é o furto sofrido por estabelecimento comercial que tinha um sistema de alarme que não operou corretamente. Não se pode afirmar que tal falha foi a única causa do prejuízo nem que se o mesmo tivesse funcionado o dano não teria ocorrido. No caso, o estabelecimento comercial perdeu uma chance de não ser assaltado ou de ter recuperado seus bens pela conduta da empresa de segurança que não prestou o serviço adequadamente.

O prejuízo ocorreu e talvez ocorresse mesmo com a pronta atuação do alarme ou agentes de segurança, no entanto, indeniza-se pela possibilidade de não ocorrência do dano caso o contrato de segurança privada tivesse sido rigorosamente cumprido.

Por fim, existem alguns problemas que podem se apresentar no caso concreto, por exemplo, na presença de mais de um fato independente, onde nenhum tenha potencialidade de

causar sozinho o dano, mas que, reunidos, acabam causando-o. Essas situações são chamadas de situações com causalidades concorrentes.

Há ainda situações em que existem dois ou mais fatos independentes, com potencialidade para causar o dano suportado, mas não se consegue precisar qual deles foi seu real causador. Essas situações são chamadas de *causalidade alternativa*.

Tanto um exemplo quanto o outro são evoluções da teoria em comento que ocupam os doutrinadores nos países em que tal doutrina é mais largamente difundida, em especial na França, que ao que tudo indica foi seu berço, por isso a teoria se encontra mais evoluída nesse país.

Deve ser buscada uma divisão de responsabilidades, de acordo com a atuação de cada um dos agentes, nos casos de causalidades concorrentes e ponderadas as probabilidades para mensurar a indenização que competirá a cada agente na causalidade alternativa.

As respostas para essas questões seguramente serão alvo de enfrentamento pela doutrina e jurisprudência nacionais, juntamente com outros problemas que certamente advirão tão logo a teoria da perda de uma chance seja adotada sem acanhamento pelos tribunais do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já visto, a disciplina da responsabilidade civil vem se desenvolvendo, saindo da dicotomia clássica entre responsabilidade civil objetiva ou subjetiva apenas para dar espaço também às teorias ecléticas. Uma das representantes da teoria eclética é a teoria da

perda de uma chance, que vem encontrando cada vez mais espaço na doutrina e na jurisprudência.

Para caracterização da responsabilidade do agente pela perda de uma chance é necessário além da sua conduta ilícita que esta seja apta a causar o resultado. Em outros termos, deve necessariamente haver um nexo de causalidade entre a conduta danosa do agente e o resultado ocorrido (ou não ocorrido, conforme sua modalidade) por conta dessa conduta.

Pela teoria da perda de uma chance, que vem ampliando sua aplicação no direito pátrio, deve-se levar em conta não o benefício que se auferiria ou o prejuízo que se evitaria, mas tão somente deve ser indenizada a perda da possibilidade de se alcançar aquele benefício ou de se evitar o prejuízo suportado. A chance deve ser valorada autonomamente para fins de indenização.

Esse talvez seja o maior desafio hoje dos magistrados, o de obter parâmetros que lhe auxiliem na quantificação unicamente da chance perdida. Caso se conclua que o valor da indenização nessa modalidade não deve coincidir com o do benefício desperdiçado, enfrenta-se um problema em aferir quanto vale apenas aquela chance a qual não pôde ocorrer por conta da conduta ilícita de um terceiro. A conduta do terceiro não causou diretamente um dano, mas impediu que um evento positivo pudesse acontecer.

Para isso alguns parâmetros começam a ser apontados pela doutrina, sinalizando para uma tentativa de se verificar no caso concreto qual seria a probabilidade de a vítima obter sucesso caso não tivesse um ilícito sido praticado. Essa probabilidade deve ser vista como um percentual a ser aplicado no valor total do benefício que se teria. Exemplificando, se havia 10% de chance de se alcançar determinado benefício, então a indenização pela chance perdida deverá ser de 10% do benefício.

Alguns casos contarão com elevado grau de incerteza quanto à ocorrência ou não do evento danoso, como é o caso do retardo no diagnóstico e tratamento de determinada doença onde há o óbito do paciente.

Como verificar se o evento danoso (morte do paciente) ocorreria mesmo se o médico tivesse prontamente verificado qual enfermidade acometia o paciente e iniciado imediatamente o tratamento adequado. Não há como avaliar hipoteticamente qual seria a reação do organismo daquele indivíduo ao tratamento iniciado, ou com qual agressividade a doença evoluiria. No exemplo acima, não haveria certeza sequer se foi perdida alguma chance de cura.

Ainda que o médico adotasse toda a técnica que lhe era exigida, utilizando-se de todos os meios de tratamento indicados pela ciência médica o paciente poderia vir a óbito em decorrência da gravidade da doença que o acometia. Surge então a questão de como valorar a chance perdida pelo diagnóstico tardio.

Se o paciente entra na emergência de determinado hospital com queimaduras pelo corpo em percentual considerado unanimemente sem possibilidade de cura pelos médicos. Não lhe sendo garantido qualquer tratamento, não lhe é fornecido qualquer medicamento, apenas foi colocado em um leito com medicação para controle da dor, onde veio a falecer horas depois.

Caso se considere que foi perdida uma chance de cura no caso concreto, a conduta médica de não conferir qualquer tratamento ao paciente geraria o dever de indenizar, já que deveria o médico ter tentado qualquer tratamento mesmo não sendo conhecido qualquer registro de cura pela comunidade médica.

Mesmo que se considere todas as situações acima indenizáveis, enfrentar-se-ia a dificuldade de se alcançar o percentual de chance de cura daquele paciente. Pela ciência médica não haveria qualquer possibilidade de sobrevivência, independentemente do

tratamento conferido, logo deverá o julgador encontrar outro critério para valorar a chance perdida já que se for utilizar o critério percentual nenhum valor significativo será conferido aos parentes da vítima.

Sem dúvida alguma há um elevadíssimo grau de subjetividade nessa quantificação e caberá ao magistrado, segundo seu prudente arbítrio, buscar meios que lhe permitam alcançar, com a maior proximidade possível, qual o valor daquela chance perdida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paulo Roberto; JUNIOR, Ricardo Zamariola. *A teoria da perda de uma chance*. Disponível em: <<http://jornal.cardiol.br/2003/mai-jun/paginas/diretoria/juridico/default.asp>> Acesso em: 20 nov. 2009.

BORTOLUZZI, Bibiana Carollo. *A perda da chance e a responsabilização do advogado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1018, 15 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8250>>. Acesso em: 19 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 3ª Turma Cível - REsp 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, Publicado no DJ de 04/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 4ª Turma Cível – Resp nº 788459-BA. Rel. Min Hélio Quaglia Barbosa. Publicado no DJ em 13/03/2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2005.001.42727. Relator Desembargador João Batista Oliveira Lacerda. DOERJ de 23.12.2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº 2005.001.52454. Relator Des. EDSON VASCONCELOS. DOERJ de 11/05/2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2006.001.08137 Relator Des. Roberto De Abreu E Silva. DOERJ de 02/06/2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2006.001.46181 Relator Des. Suimei Meira Cavalieri. DOERJ de 16/10/2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº 2006.001.53158 – Relator Des. EDSON VASCONCELOS. DOERJ de 01/02/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2007.001.01489. Relator Des. Maurício Caldas Lopes. DOERJ de 29/01/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.11377. Relator Des. Orlando Secco. D.O. de 05.05.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos infringentes nº 2002.005.00446 – Relator Des. WERSON REGO. DOERJ de 29/08/2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 6. ed. revista, aumentada e atualizada, 3ª tiragem, Malheiros, 2006.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOTA, Sílvia. *Perda de chance no direito brasileiro: implicações jurídicas nas relações médicas*. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br>> Acesso em: 13 nov. 2009.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, nº 23, p. 28, junho-setembro de 2005.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de chance*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/v1/index.php?id=entrevistas&identrevista=41>> Acesso em: 01 jan. 2007.

SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Espaço Jurídico, nº 68, Julho / setembro de 2006.

_____. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 9, nº 36, 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Responsabilidade Civil. Volume Quatro. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.