



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONTORNOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO
DIREITO BRASILEIRO E A INDENIZAÇÃO DELA DECORRENTE

Marco Túlio Gripa Mota Silva

Rio de Janeiro
2018

MARCO TÚLIO GRIPA MOTA SILVA

CONTORNOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO
DIREITO BRASILEIRO E A INDENIZAÇÃO DELA DECORRENTE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Nelson Carlos Tavares Junior

Lucas Tramontano de Macedo

Rio de Janeiro

2018

CONTORNOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO E A INDENIZAÇÃO DELA DECORRENTE

Marco Túlio Gripa Mota Silva

Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ/Universidade Estácio de Sá.

Resumo – o presente trabalho objetiva abordar a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro, esclarecendo que a indenização dela decorrente configura um dano autônomo. Procura-se identificar as características apresentadas pela doutrina e jurisprudência como necessárias para a utilização do instituto. Aborda-se, também, a possibilidade de se estabelecer parâmetros a serem sopesados pelo julgador que possam orientar a fixação do valor da indenização pela chance perdida. Constata-se, ainda, que o instituto representa uma forma de evolução da responsabilidade civil.

Palavras-chave – Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Indenização.

Sumário – Introdução. 1. A responsabilidade civil pela perda de uma chance como um dano autônomo e diverso do dano emergente, dos lucros cessantes e do dano moral. 2. A identificação das características “séria” e “real” apresentadas pela doutrina e jurisprudência para a utilização da responsabilidade civil pela perda de uma chance. 3. Parâmetros a serem sopesados pelo julgador que possam orientar a fixação do valor da indenização pela chance perdida. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva discutir os contornos da aplicação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro e a indenização dela decorrente. Procura-se demonstrar a necessidade de se tutelar a chance perdida em decorrência de uma conduta alheia, desde que a referida chance preencha determinados requisitos.

Com o passar do tempo, os operadores do direito perceberam que o entendimento até então consagrado sobre a responsabilidade civil se mostrava insuficiente para fazer justiça em certos casos, uma vez que em algumas situações parecia intuitivo que a suposta vítima deveria ser indenizada, mas não se poderia dizer que ela tivesse sofrido um dano da forma como este sempre fora compreendido, já que não se vislumbrava, nessas situações, a ocorrência de qualquer dano emergente, lucros cessantes, dano moral ou dano estético.

Dessa forma, como necessidade de se alcançar a indenização nesses casos específicos e ainda como uma forma de evolução da responsabilidade civil, surgiu na França, nos anos 60, a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*). A referida teoria foi aplicada, pela primeira vez, em 1965 em uma decisão da Corte de Cassação Francesa numa relação entre médico e paciente, já que o profissional, em razão de um erro de diagnóstico, fez com que o paciente perdesse a chance de cura de uma enfermidade.

Posteriormente, essa teoria também passou a ser aplicada em outros países da Europa e nos Estados Unidos. No Brasil, a teoria da perda de uma chance também encontra ampla aceitação, já que vem sendo reiteradamente aplicada tanto pela doutrina como pela jurisprudência pátria.

Registre-se, por oportuno, que a referida teoria deve ser utilizada nos casos em que, em virtude de um ato ilícito praticado por outrem, a vítima perde a oportunidade de obter uma posição jurídica de vantagem, ou seja, em razão de uma conduta alheia, a vítima perde a possibilidade de auferir um benefício futuro. Logo, por essa teoria, o que se indeniza é a própria chance perdida e não o dano final, já que este é incerto. Vale dizer que o bem juridicamente tutelado, nesses casos, é a própria chance que foi retirada da vítima.

Insta frisar, ainda, que o estudo do tema mostra-se relevante porque consagra a possibilidade de se indenizar uma nova modalidade de dano no direito pátrio, diversa das modalidades clássicas.

Além disso, também deve ser destacada a utilidade do tema, tendo em vista o grande número de casos concretos em que se verifica a possibilidade de se pleitear a indenização pela perda de uma chance.

Dessa forma, o primeiro capítulo do trabalho discute até que ponto se pode dizer que a responsabilidade civil pela perda de uma chance configura um dano autônomo e diverso do dano emergente, dos lucros cessantes e do dano moral, com o objetivo de comprovar que a indenização dela decorrente configura um dano *sui generis*.

No segundo capítulo será tratado como o aplicador do direito pode identificar as características “séria” e “real” apresentadas pela doutrina e jurisprudência para a utilização do instituto.

O terceiro capítulo da pesquisa, por sua vez, aborda a possibilidade de se estabelecer parâmetros a serem sopesados pelo julgador que possam orientar a fixação do valor da indenização pela chance perdida.

O presente trabalho é desenvolvido através do levantamento bibliográfico e jurisprudencial do tema proposto, para que se possa entender as orientações que vêm sendo adotadas no direito pátrio e, eventualmente, apontar novas soluções para algumas questões.

Portanto, a abordagem da pesquisa será qualitativa, já que o pesquisador pretende se valer da bibliografia existente sobre o tema em análise para sustentar sua tese.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE COMO UM DANO AUTÔNOMO E DIVERSO DO DANO EMERGENTE, DOS LUCROS CESSANTES E DO DANO MORAL.

O dano indenizável pode ser entendido como sendo a violação a direito subjetivo sofrida por uma pessoa e que tenha como consequência um prejuízo na sua esfera patrimonial ou moral que, diante do caso concreto, seja merecedora de tutela pela ordem jurídica. Em suma, dano é a lesão de um bem juridicamente protegido.

As modalidades conhecidas de dano são: a) dano material ou patrimonial, que subdivide-se em dano emergente e lucros cessantes; e b) dano moral ou extrapatrimonial.

O dano emergente pode ser definido como sendo a diminuição patrimonial sofrida pela vítima, o prejuízo efetivamente experimentado pelo ofendido, é aquilo que a vítima efetivamente perdeu. Os lucros cessantes, por sua vez, correspondem a tudo aquilo que o ofendido razoavelmente deixou de ganhar, em razão do ato ilícito praticado por terceiro. Essas duas espécies de dano estão previstas no art. 402, do Código Civil¹. O dano moral, por sua vez, é a violação a direito da personalidade.

Para ser ressarcido, o dano deve ser certo, atual, próprio, subsistente e grave. O dano certo é aquele que possui existência determinada, ou seja, sua ocorrência não pode ser passível de dúvidas. Por esse motivo não se admite a indenização de danos meramente hipotéticos ou eventuais. Além disso, o dano deve ser atual, pois a conduta lesiva que lhe deu causa já tem que ter ocorrido. Nesse sentido, o dano futuro também não pode ser indenizado.

Ademais, o dano tem que ser próprio, uma vez que somente poderá pleitear indenização aquele que sofreu prejuízo em decorrência do evento danoso, mesmo que

¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

indireto. O dano também deve ser subsistente, já que não pode ter sido reparado pelo ofensor ou por terceiro. Por fim, o dano deve ser grave, já que deve representar ofensa a um bem digno de proteção jurídica.

Entre o dano certo e o hipotético está situado o dano pela perda de uma chance, em que se postula uma reparação material ou moral, em razão da privação da oportunidade de se evitar um prejuízo efetivamente ocorrido ou de se obter uma vantagem futura. Vale dizer que a teoria da perda de uma chance tem aplicação quando um evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito ou de evitar uma perda, como no caso do médico que se equivoca quanto ao melhor tratamento a ser utilizado em determinado paciente, que vem a falecer pela progressão da doença ou no caso do advogado que perde o prazo para interposição do recurso contra uma sentença desfavorável ao seu cliente que, por isso, fica privado da possibilidade de obter a reforma do julgado.

Verifica-se, assim, que o traço característico da teoria da perda de uma chance é a impossibilidade de se saber se o benefício almejado seria ou não alcançado, caso a vítima tivesse exercido a oportunidade que lhe foi retirada por força de um ato ilícito de terceiro.

Ressalte-se, por oportuno, que três requisitos devem, necessariamente, estar presentes para que se configure a perda de uma chance: a) a conduta do agente; b) a oportunidade perdida (dano); e c) o nexo causal entre a conduta e a chance perdida.

Cumprе registrar que existe grande divergência sobre a natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance, como se passará a demonstrar.

Flávio Tartuce² sustenta que os casos de perda de uma chance configuram situações de danos hipotéticos ou eventuais, não passíveis, portanto, de indenização, já que, nesses casos, se trabalharia, na verdade, com suposições. Tartuce afirma, ainda, que vários casos descritos pelos adeptos da teoria da perda de uma chance podem ser resolvidos em sede de danos morais ou materiais.

Felipe Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³ entendem que a perda de uma chance configura uma espécie de dano emergente, já que as duas hipóteses se referem a um bem jurídico que o credor efetivamente perdeu, uma vez que a chance suprimida possui conteúdo patrimonial que já está dentro da órbita econômica

² TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 594.

³ BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 276.

do ofendido e o valor econômico dessa chance deve ser reparado como uma espécie de dano emergente, pois a pessoa efetivamente perdeu a chance.

Sergio Cavalieri Filho⁴ assevera, com propriedade, que, em várias oportunidades os tribunais concedem a indenização pela perda da chance como espécie de lucros cessantes e, em outros casos, como espécie de dano moral.

Com efeito, é sabido que a perda da chance guarda alguma relação com o lucro cessante, embora com ele não se confunda, no sentido de que, nas duas hipóteses a vítima perde a oportunidade de obter um benefício futuro, em virtude de um ato ilícito praticado por outrem.

Os lucros cessantes, no entanto, significam a privação de um benefício certo, já que o que se indeniza é o resultado vantajoso esperado que o ofendido perdeu, em razão do ilícito praticado por outra pessoa. Na perda da chance, por sua vez, o benefício é incerto, uma vez que é impossível saber se ele efetivamente teria ocorrido, caso a vítima não tivesse suprimida a chance de alcançá-lo. Dessa forma, na perda de uma chance, muito embora o benefício seja incerto, o dano é certo, já que o que se indeniza não é a vantagem almejada ou o resultado vantajoso esperado, mas sim a perda da chance de conseguir esse benefício, o objeto da indenização é a supressão da oportunidade de atingir o resultado esperado. Vale dizer que, na teoria da perda de uma chance, o bem que se visa tutelar é a própria chance que foi retirada da vítima.

Sílvio de Salvo Venosa⁵, considera a perda da chance como uma terceira modalidade de dano, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante.

O melhor entendimento, entretanto, parece ser aquele defendido por Paulo Maximilian⁶, que considera a perda da chance como uma nova espécie de dano, mas como algo intermediário entre os lucros cessantes e os danos hipotéticos.

Vale dizer que, na perda da chance, se busca indenizar uma nova modalidade de dano, diversa das modalidades clássicas, já que estamos diante de um dano autônomo e diverso do dano emergente, dos lucros cessantes e do dano moral, ou seja, a indenização pela perda da chance caracteriza um dano *sui generis*, que pode ser invocada nas hipóteses em que não for possível apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 111.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 272.

⁶ MAXIMILIAN, Paulo. *A teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/11/18/a-teoria-da-perda-da-chance-como-solucao-para-o-se-indenizavel/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

Nesses casos, o agente não responde pelo resultado final para o qual sua conduta parece ter contribuído, mas apenas pela oportunidade retirada do ofendido, já que a própria chance em si é considerada um bem jurídico autônomo, cuja violação pode ensejar a reparação do seu equivalente econômico. Assim, verifica-se que o nexo causal entre a conduta do agente e o dano (perda da oportunidade) é direto, bem como conclui-se pela certeza do dano, uma vez que a oportunidade perdida era efetivamente existente.

Dessa forma, verifica-se que na teoria da perda de uma chance repara-se a própria chance que foi retirada da vítima e não o dano final, já que este é incerto, razão pela qual não é passível de indenização.

Esse entendimento também vem sendo adotado em inúmeros julgados, conforme se verifica na decisão abaixo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁷:

[...] tendo em vista o quadro patológico apresentado pelo paciente, o serviço médico aplicável ao caso não foi aquele que foi efetivamente prestado pela unidade médica, que agiu de modo negligente e atraiu a responsabilidade objetiva pelos danos causados. Caracterização de omissão específica da Edilidade, porquanto houve o descumprimento do dever jurídico de realizar exames cotidianos, analisar os resultados dos exames laboratoriais (hemograma) e observar as evidências do quadro clínico do paciente, materializando-se como causa direta e imediata da privação da oportunidade de impedir a ocorrência do óbito do paciente. Aplicação da teoria importada do direito francês, conhecida como a Teoria da Perda de Uma Chance. A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de um benefício futuro provável. Deve-se realizar um balanço das perspectivas a favor e contra. No caso sub judice, inarredável a conclusão de que a procrastinação excessiva na apuração diagnóstica redundou na dispensação de tratamento médico inadequado ao paciente, o que reduziu drasticamente as possibilidades concretas e reais de sua cura, ressaltando, por oportuno, na hipótese dessa modalidade autônoma de indenização, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou o paciente. Precedentes do E. STJ [...]

Assim, fica claro que a oportunidade perdida não deve ser encarada como sendo a mesma coisa que a perda do benefício que a chance buscava alcançar, uma vez que não é possível garantir que se a vítima tivesse efetivamente exercido a chance, teria obtido o resultado esperado. Significa dizer que, para ser reparada, a perda da chance não exige a certeza do dano final, mas apenas a certeza da probabilidade de sua ocorrência.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0428225-40.2012.8.19.0001*. Relator: Desembargador Murilo André Kieling Cardona Pereira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000447E4EAB360324E5239B68BEA01F1F815C5075F0C4414&USER=>>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

Nesse sentido, Gisela Sampaio da Cruz Guedes⁸ afirma que a reparação pela chance perdida repousa, simultaneamente, numa certeza e numa probabilidade: a certeza de que se não fosse o evento danoso, a oportunidade desperdiçada teria sido aproveitada, e a probabilidade de que, nesta hipótese, a vantagem poderia não ter sido perdida ou o prejuízo poderia ter sido evitado.

Por fim, pode-se dizer que a teoria da perda de uma chance teve o mérito de corrigir graves injustiças, já que durante muito tempo o Direito ignorou os casos em que a vítima tinha subtraída a oportunidade de obter uma posição jurídica de vantagem ou perdia a possibilidade de auferir um benefício futuro, em razão de uma conduta ilícita alheia. Vale dizer que a teoria da perda de uma chance veio preencher uma lacuna existente, uma vez que, até o surgimento da referida teoria, muitas dessas situações não encontrava tutela no ordenamento jurídico, já que não eram indenizadas.

2. A IDENTIFICAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS “SÉRIA” E “REAL” APRESENTADAS PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA PARA A UTILIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE.

Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o agente não responde pelo resultado final para o qual sua conduta parece ter contribuído, mas apenas pela oportunidade retirada do ofendido, já que a própria chance em si é considerada um bem jurídico autônomo, cuja violação pode ensejar a reparação do seu equivalente econômico.

Entretanto, é possível afirmar que toda e qualquer chance perdida por força de um ato ilícito praticado por terceiro ensejará o dever de indenizar?

A resposta a essa indagação deve ser negativa, uma vez que apenas as chances sérias e reais são relevantes a ponto de merecer a tutela do ordenamento jurídico, ensejando reparação para a vítima que teve subtraída a oportunidade de obter um benefício futuro.

Com efeito, parece evidente que é necessário estabelecer uma limitação para aplicação da teoria da perda de uma chance, pois caso se entendesse que qualquer oportunidade perdida teria o condão de gerar o dever de indenizar, até mesmo os danos

⁸ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

hipotéticos ou eventuais deveriam ser indenizados, o que não se pode admitir como possível, já que, nesses casos, existem meras suposições e o dano, para ser reparado, precisa ser certo, ou seja, a sua ocorrência não pode ser passível de dúvidas.

Por outras palavras, se toda e qualquer chance perdida fosse passível de indenização, até mesmo as imaginações, vontades e esperanças da vítima deveriam ser reparadas, o que se revela absurdo.

Daniel Amaral Carnaúba⁹ afirma que a técnica da reparação de chances perdidas possui uma forte e preocupante tendência à vulgarização, já que poderia resultar no direito ao sonho, uma vez que o réu estaria obrigado a indenizar todas as aspirações da vítima, cujo único limite seria a imaginação do lesado, o que não se pode admitir como possível.

Sergio Cavalieri Filho¹⁰ esclarece que é preciso verificar, em cada caso, se o resultado favorável esperado pelo ofendido seria razoável ou se o mesmo não passaria de mera possibilidade aleatória, uma vez que o benefício esperado pela vítima não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, sob pena de serem premiados oportunismos e não reparadas oportunidades perdidas.

Nesse sentido, Sérgio Savi¹¹ menciona um caso concreto decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹² em que foi concedida a reparação pela perda de uma chance que parecia distante de ser séria e real, já que tratava-se de um evidente dano hipotético, ou seja, o que existia, na verdade, era uma mera possibilidade, razão pela qual não se poderia falar em indenização pela perda da chance.

No caso referido, uma jovem de apenas 19 anos, que trabalhava informalmente revendendo produtos de beleza, e estudava, pretendendo fazer curso superior em pedagogia ou informática, foi atropelada por um ônibus e sobreviveu, mas permaneceu mais de um mês em estado de coma, passou por uma neurocirurgia, necessitou fazer fisioterapia, apresentou problemas na fala, ficou cega e com necessidade de ajuda para ler, escrever e caminhar.

⁹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 123.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 108.

¹¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62-64.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70004650305*. Relator: Desembargador Mario Crespo Brum. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70004650305&code=4810&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20202.%20CAMARA%20ESPECIAL%20CIVEL>. Acesso em: 25 abr. 2018.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que o mencionado acidente teria privado a vítima de uma chance plausível de ascensão profissional a médio prazo, já que ela poderia passar de revendedora de produtos de beleza para pedagoga.

Dessa forma os Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, além de outras reparações, mantiveram, por unanimidade, a condenação da ré ao pagamento de pensionamento mensal vitalício, amparada na expectativa de ascensão profissional da autora, com base na metade do salário médio de uma pedagoga, já que reconheceram a concorrência de culpa no acidente.

Sérgio Savi¹³ assevera que, no referido caso, apesar da gravidade do acidente, não é possível falar chance séria e real, uma vez que a autora tinha apenas 19 anos, ainda não havia escolhido a profissão que pretendia cursar e não estava participando do vestibular de qualquer universidade. A real profissão da vítima era de revendedora de produtos de beleza e é impossível afirmar que ela não continuaria trabalhando nessa profissão. Vale dizer que, a referida chance perdida parece ser demasiadamente hipotética de concreção do resultado final para ser indenizada, ou seja, nesse caso, em realidade, estamos diante de uma mera expectativa do lesado, que não caracteriza chance perdida, como interesse juridicamente tutelado.

Mas, afinal, o que seria uma chance séria e real para merecer a proteção do ordenamento jurídico e gerar reparação para a vítima?

Sérgio Savi¹⁴ sustenta que apenas aquelas chances em que fosse possível comprovar uma probabilidade de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado é que poderiam ser consideradas sérias e reais, razão pela qual somente essas chances seriam tuteladas pelo ordenamento jurídico para fins de indenização da vítima.

Essa solução, entretanto, não é adotada pela maior parte da doutrina e pela jurisprudência, uma vez que entende-se que a fixação de um percentual mínimo de probabilidade da ocorrência do resultado final para permitir a aplicação da teoria da perda de uma chance seria injusto, já que poderia conduzir a soluções antagônicas e contraditórias em casos muito semelhantes, em que as possibilidades de se alcançar o resultado final fossem extremamente próximas, pois em um caso seria concedida a

¹³ SAVI, op. cit., p. 63-64.

¹⁴ Ibidem, p. 65.

indenização pela perda de uma chance e no outro a reparação seria negada, afastando-se a aplicação da referida teoria.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes¹⁵ afirma, categoricamente, que esse raciocínio poderia levar a soluções conflitantes, como no caso de se admitir a indenização quando a vítima possui 51% de chance de atingir o resultado final e negar a mesma indenização, em caso idêntico, quando o lesado tiver apenas 2% a menos de chance de obter a vantagem, ou seja, 49%, razão pela qual considera que esse critério é, no mínimo, bastante questionável.

Ademais, é possível constatar que, em alguns casos em que a probabilidade da ocorrência do resultado final seja inferior a 50%, a chance pode ser considerada séria e real, merecendo, dessa forma, a tutela do ordenamento jurídico e gerando o dever de indenizar.

Nessa linha de raciocínio, Daniel Amaral Carnaúba¹⁶ leciona que algumas oportunidades muito embora sejam inferiores a 50%, podem representar interesses particularmente importantes para aqueles que a detêm, razão pela qual a adoção de um patamar mínimo de probabilidades, pouco importando qual limite seja fixado, é uma solução simplista e inadequada, ou seja, a escolha de um número de forma arbitrária jamais poderia servir de divisor de águas entre as chances relevantes e, portanto, indenizáveis e aquelas que não o são.

Felipe Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal¹⁷ lembram que o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando a teoria da perda de uma chance sem qualquer vinculação a percentuais previamente estipulados e citam como exemplo o famoso caso do “Show do Milhão”¹⁸, em que a vítima recebeu indenização quando a sua chance de obter o benefício esperado era de 25%. Os mesmos autores citam, ainda, que, em outro caso¹⁹, o mesmo STJ concedeu a reparação pela perda da chance em uma situação em que o lesado foi injustamente excluído de um sorteio no qual as suas chances de receber o prêmio eram ligeiramente superiores a 3%.

¹⁵ GUEDES, op. cit., p. 120.

¹⁶ CARNAÚBA, op. cit., p. 124-125.

¹⁷ BRAGA NETTO, op. cit., p. 270.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Cível nº 788459-BA*. Relator: Fernando Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=788459&b=ACOR&p=true&l=10&i=13>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1196957-DF*. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1196957&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Registre-se, ainda, que o Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, proposto por Rafael Peteffi da Silva²⁰ e aprovado por unanimidade, estabelece que, na responsabilidade civil pela perda de uma chance, a oportunidade perdida deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Verifica-se, portanto, que a questão da identificação da seriedade e realidade das chances perdidas não é simples, já que não existem critérios precisos, exatos e objetivos para se chegar a essa conclusão.

Com efeito, a chance séria e real deve ser entendida como sendo aquela oportunidade substancial, concreta e considerável, ou seja, uma chance digna de reparação. Vale dizer que deve-se verificar, em cada caso analisado, se o lesado possuía, efetivamente, razoáveis condições de obter o benefício futuro esperado, não fosse a conduta ilícita de terceiro.

Para Daniel Amaral Carnaúba²¹, a chance perdida somente será considerada séria e real se ela representar um interesse significativo do ofendido, uma vez que o Direito não se preocupa com as coisas insignificantes.

Como bem observa Rafael Peteffi da Silva²², a verificação da seriedade e realidade das chances é uma questão de grau e não de natureza, razão pela qual é impossível que um simples conceito de chances sérias e reais esclareça todas as dúvidas do jurista, pois somente a comparação de casos concretos poderá oferecer soluções adequadas e satisfatórias.

Assim, é possível concluir que a seriedade e realidade de cada oportunidade perdida deverá ser analisada em cada caso concreto pelo operador do direito, somente merecendo reparação aquelas chances em que ficar comprovado que a vítima possuía, de acordo com o princípio da razoabilidade, substancial e considerável possibilidade de alcançar a vantagem final esperada, caso não houvesse a conduta ilícita de terceiro que acabou retirando a chance do ofendido.

²⁰ 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. 142.

²¹ CARNAÚBA, op. cit., p. 128.

²² SILVA, op. cit., p. 139.

3. PARÂMETROS A SEREM SOPESADOS PELO JULGADOR QUE POSSAM ORIENTAR A FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA.

É inegável que a chance possui valor pecuniário, uma vez que a sua perda acarreta o desaparecimento de um bem que integra o patrimônio da vítima, que, por sua vez, possui valor econômico, o que torna certo o dever de indenizar.

Questão importante e extremamente complexa diz respeito ao valor da indenização devida em razão da chance perdida pela vítima, por força de um ato ilícito praticado por terceiro, ou seja, uma vez verificado o dever de indenizar, pela constatação da responsabilidade civil pela perda da chance, o jurista terá a difícil tarefa de estabelecer a exata quantificação do dano sofrido, ou seja, o *quantum debeatur*.

Sérgio Savi²³ aduz que, para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a oportunidade, no momento de sua perda, tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. Logo, é o valor econômico dessa chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que o lesado poderia ter obtido se o evento danoso não tivesse privado o mesmo daquela possibilidade.

Rafael Peteffi da Silva²⁴ esclarece, com razão, que a manifesta dificuldade para se determinar o valor da chance perdida não pode servir de fundamento para se negar a reparação do dano existente.

Em outro ponto de sua excelente obra, Rafael Peteffi da Silva²⁵ leciona que a regra fundamental a ser observada nos casos de responsabilidade civil pela perda da chance prescreve que o valor da reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem final esperada e perdida pela vítima de forma definitiva.

Note-se que a razão pela qual a oportunidade perdida não pode ter o mesmo valor do benefício final almejado pela vítima está no fato de que jamais será possível garantir, com absoluta certeza, que se a vítima tivesse efetivamente exercido a chance, obteria o resultado esperado. Por outras palavras, a chance que se busca indenizar, nesses casos, é a possibilidade de se alcançar a vantagem final esperada, que não se confunde com a certeza dessa vantagem, já que é impossível saber se o benefício

²³ SAVI, op. cit., p. 67.

²⁴ SILVA, op. cit., p. 14.

²⁵ Ibidem, p. 143.

almejado seria ou não atingido, caso a vítima tivesse exercido a oportunidade que lhe foi retirada, por força do ato do ofensor.

No mesmo sentido, Gisela Sampaio da Cruz Guedes²⁶ afirma que na responsabilidade civil pela perda da chance, a indenização devida à vítima nunca será equivalente ao resultado final, uma vez que este é totalmente incerto, mas apenas uma parcela deste resultado será calculada, com base na probabilidade de sua ocorrência.

Insta frisar, também, que o fato do valor da reparação da chance perdida ser sempre inferior ao valor da vantagem final esperada e perdida pela vítima não ofende o princípio da reparação integral, uma vez que o valor econômico da chance perdida será integralmente reparado pelo seu correspondente, no exato momento em que a oportunidade é retirada da vítima, já que estamos diante de um dano autônomo, *sui generis*, que é independente do dano final.

Dessa forma, para a correta quantificação da indenização devida por força da chance perdida, o operador do direito deve partir do valor do dano final e, sobre esse valor, aplicar um percentual correspondente à probabilidade desse resultado ocorrer.

Vale dizer que o jurista deve analisar, em cada caso, qual era a probabilidade que a vítima tinha de alcançar o benefício almejado e que foi perdido por força de um ato ilícito praticado por terceiro. De posse desse número, o operador do direito deve multiplicar o mesmo pelo valor da vantagem final que o lesado buscava alcançar, o resultado será o valor da indenização devida pela perda da chance.

Assim, é possível constatar que o valor da reparação na responsabilidade civil pela perda de uma chance deve ser fixado pelo juiz, de forma equitativa e de acordo com o princípio da razoabilidade. Note-se que, conforme o caso, para a apuração do grau de probabilidade da ocorrência do benefício esperado pela vítima, caso não houvesse o ilícito, o julgador pode se valer do auxílio de peritos, já que nem sempre a questão é matematicamente simples.

Nesse sentido, Sérgio Savi²⁷ ensina que a quantificação do dano decorrente da perda da chance deve ser feita de forma equitativa pelo julgador, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada, sendo certo que a liquidação do dano decorrente da perda de uma chance deve ser feito por arbitramento.

²⁶ GUEDES, op. cit., p. 105.

²⁷ SAVI, op. cit., p. 68.

Com o mesmo entendimento, Rafael Peteffi da Silva²⁸ afirma que o dano final é o grande referencial para a quantificação das chances perdidas e, em seguida, cita como exemplo dessa assertiva o caso do proprietário de um cavalo de corrida que almejava ganhar a importância de R\$ 20.000,00 (vantagem esperada) como prêmio pela primeira colocação na corrida que o seu cavalo participaria, caso não tivesse ocorrido a falha do advogado, que efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Caso as bolsas de apostas mostrassem que o aludido cavalo tinha vinte por cento (20%) de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a indenização pelas chances perdidas seria de R\$ 4.000,00.

Registre-se, ainda, que, nos casos em que mais de um evento aleatório exercer influência sobre a oportunidade de a vítima alcançar determinado resultado, deve-se calcular a possibilidade da chance de todos os resultados ocorrerem simultaneamente, o que faz com que a probabilidade da ocorrência do resultado almejado pela vítima diminua consideravelmente. Vale dizer que, nesses casos, deve-se multiplicar as chances do primeiro evento ocorrer pelas chances do segundo evento também ocorrer, depois de saber que o primeiro evento de fato ocorreu.

Para esclarecer esses casos, Rafael Peteffi da Silva²⁹ cita o exemplo dado por Joseph King Jr. de um médico que, na primeira consulta, deixa de solicitar a realização de um exame complementar essencial diante do quadro clínico apresentado pelo paciente. Dezoito meses depois, descobre-se que o referido paciente está com câncer, em estado terminal, de maneira que se o médico tivesse diagnosticado a doença, na época da primeira consulta, mediante a realização do exame complementar, o paciente teria 55% de chances de sobrevivência.

Entretanto, devido ao local do tumor, as chances do citado exame complementar diagnosticar o câncer não eram de 100%, mas sim de 85%. Dessa forma, faz-se necessário considerar os dois fatores aleatórios mencionados, razão pela qual, para se chegar ao dano pela chance perdida, nesse caso, deve-se multiplicar 0,55 (55% de chance de sobreviver ao câncer) por 0,85 (85% de chance do exame complementar diagnosticar o tumor), chegando-se ao resultado de 0,4675, ou seja, a chance de sobrevida perdida do paciente, nesse caso, foi de 46,75%.

Verifica-se, portanto, que a apuração do valor devido, a título de indenização pela perda da chance, deverá ser feita em cada caso concreto, de acordo com a extensão

²⁸ SILVA, op. cit., p. 144.

²⁹ Ibidem, p. 147.

do dano experimentado pela vítima, na forma do art. 944 do Código Civil³⁰, ou seja, de forma diretamente proporcional à probabilidade de se alcançar o benefício almejado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito que retirou a oportunidade do lesado.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho foi possível constatar a enorme relevância da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que o tema significa uma inegável evolução da responsabilidade civil, já que ampliou as suas hipóteses de incidência, na medida em que possibilita a indenização por uma nova modalidade de dano, diversa das hipóteses do dano emergente, lucros cessantes, dano moral ou dano estético.

Essa evolução da responsabilidade civil somente foi possível porque o direito brasileiro, diante da necessidade de atender aos anseios sociais de reparação integral de todos os danos causados de forma injusta criou, inspirado no direito comparado, ferramentas que tornaram possível aumentar as possibilidades de reparação efetiva dos danos sofridos pelas vítimas.

Vale dizer que, diante de certas situações em que o ofendido perdia a oportunidade de obter um benefício futuro, em decorrência de um comportamento ilícito alheio, a responsabilidade civil pela perda de uma chance passou a conferir indenização à vítima, como forma de fazer justiça e trazer pacificação social.

Inicialmente, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance foi alvo de inúmeras críticas no direito pátrio, uma vez que sustentava-se que a referida teoria possibilitava a indenização de danos eventuais e hipotéticos. Entretanto, os opositores da teoria foram diminuindo com o passar do tempo, já que, como visto ao longo do presente trabalho, nas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance, há um dano evidente, que deve ser reparado.

Como se trata de um dano autônomo, nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance, a vítima deve formular sua pretensão de forma adequada, uma vez que terá que requerer indenização pela perda da oportunidade que foi subtraída do ofendido, em razão de um ato ilícito praticado por terceiro e não pela perda do benefício que a vítima almejava alcançar, já que este é incerto.

³⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 01. Acesso em: 22 mai. 2018.

Ressalte-se, ainda, o fato de que embora a maior parte da doutrina e da jurisprudência seja favorável à reparação das oportunidades perdidas, em alguns casos o instituto ainda é tratado sem o rigor técnico necessário à sua boa aplicação, o que merece a atenção do operador do direito para que essa atecnia não acabe gerando certa insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015.

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0428225-40.2012.8.19.0001*. Relator: Desembargador Murilo André Kieling Cardona Pereira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000447E4EAB360324E5239B68BEA01F1F815C5075F0C4414&USER=>>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70004650305*. Relator: Desembargador Mario Crespo Brum. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70004650305&code=4810&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20202.%20CAMARA%20ESPECIAL%20CIVEL%20>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1196957-DF*. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1196957&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Cível nº 788459-BA*. Relator: Fernando Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=788459&b=ACOR&p=true&l=10&i=13>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev. atual. e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIAN, Paulo. *A teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/11/18/a-teoria-da-perda-da-chance-como-solucao-para-o-se-indenizavel/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.