

A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO

Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino¹

Alexandre Adriano Correia²

Fábio Enrique Gonçalves³

Resumo: O presente estudo aborda a incidência da teoria da perda de uma chance, como uma nova modalidade de dano no direito brasileiro. Utiliza de uma metodologia técnico-formal, por meio do método lógico dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfica, que consiste no estudo das normas (lato sensu), jurisprudências e doutrinas relativas a temática. Com a evolução da sociedade, tende a surgir novos conflitos e danos que acabam recaindo no Poder Judiciário que por sua vez deverá apreciá-los. Traz o debate quanto a aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento brasileiro. Tem como base os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinário do direito pátrio e comparado. Conclui que a perda de uma chance surge como uma nova espécie dano, para ser aplicada no ordenamento pátrio, coibindo os danos pela perda de uma vantagem seria e real ou de uma omissão médica.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil; perda de uma chance;

¹ Professor da UNOPAR – Campus Araçongas-PR. Doutorando em Função Social do Direito na FADISP. Mestre em Direito Negocial pela UEL (2012). Especialista em Metodologia de Ensino pela UNOPAR (2010) e em Direito Internacional e Econômico pela UEL (2012). Advogado e consultor jurídico.

² Bacharel em Direito pela UNOPAR – Campus Araçongas-PR.

³ Advogado e consultor jurídico. Especialista em Direito pela Universidade Estadual Norte do Paraná (2013). Especializando em Processo Civil pela Faculdade Pitágoras.

novos danos.

Abstract: This study addresses the impact of the theory of loss of chance, as a new type of damage in Brazilian law. It uses a technical- formal methodology, through deductive logical method and the literature search procedure, which is the study of standards (strictly speaking), jurisprudence and doctrine on the subject. With the evolution of society, it tends to rise to new conflicts and damages that end up falling outside the judiciary which in turn should enjoy them. It brings the debate on the application of loss of chance theory in the Brazilian system. It is based on jurisprudential and doctrinal positions of paternal and comparative law. We conclude that the loss of a chance arises as a new species damage, to be applied in the parental system, curbing the damage for the loss of an advantage and be real or a medical failure.

Keywords: Liability; loss of a chance; further damage.

1. INTRODUÇÃO



Inegável a importância da responsabilidade civil na contemporaneidade, seja como forma de reparação, compensação e até de desestímulo de conduta. Nesta perspectiva, o presente estudo aborda o instituto da responsabilidade civil, demonstrando uma de suas evoluções que é a teoria da perda de uma chance como nova modalidade de dano no ordenamento pátrio.

Este trabalho utiliza-se de uma metodologia técnico-formal, por meio do método lógico dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfica, que consiste no estudo das normas (*lato sensu*), jurisprudências e doutrinas relativas a temática.

O foco principal deste trabalho é tratar da perda de uma

chance. Trata-se de uma teoria francesa onde se visa a indenização de uma possibilidade séria e real de obtenção de lucro, assim quando algum sujeito impeça a vítima de auferir tal benefício é que surge a incidência da teoria. A perda de uma chance, por parte majoritária da doutrina francesa, está subdividida em duas categorias, a clássica e a médica.

Nesse estudo, o que se pretende é observar o posicionamento doutrinário e/ou jurisprudencial no direito comparado e no ordenamento pátrio brasileiro tendo como parâmetro a teoria francesa.

A contribuição almejada pelo trabalho é a de trazer fundamentos jurídicos que possibilitem a retomada e a ampliação do debate quanto à aplicação da perda de uma chance no direito brasileiro, com base nos novos paradigmas surgido com evolução da sociedade pós-moderna.

2. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A ideia de justiça não é um conceito fácil, todavia poder-se-ia adotar a concepção de que é aquilo que é do ser humano por direito. Parte-se do pressuposto que cada homem possui a sua individualidade racional, devendo ela ser respeitada em seus valores individuais e coletivos (REALE, 1998, p. 305-309). No caso do descumprimento ou da violação, desta ideia, faz gerar uma responsabilidade a ser cumprida.

A responsabilidade, como a forma do descumprimento do dever moral, com base nos ensinamento de Luiz Lima Langaro (2011, p. 20), pode ser entendida como

uma consequência do dever cumprido, pois quem cumpre um dever de consciência se mostra inteiramente responsável pelo ato praticado. Todavia, para existência dessa responsabilidade, esse é o requisito essencial que o atendimento do dever tenha sido integralmente livre, por isso que a liberdade do agente é característica peculiar à responsabilidade.

A palavra responsabilidade, do Dicionário Etimológico,

deriva de responsável, responder, que do latim *respondere*, que possui a terminação bÍlis e do sufixo *itatem*, e contendo ainda a palavra romana *spondeo* que ligava os devedores aos seus contratos verbais (ALVES, 2001, p. 19).

Como um exemplo da responsabilidade, vale citar Kelsen (1998, p. 84) a dizer que “um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposta de uma ato coercitivo (como sanção)”.

A responsabilidade provém das liberdades e condutas humanas, sendo assim, sua conceituação é um trabalho árduo. Ricos são os ensinamento de José de Aguiar Dias (1960, p. 11) que:

Define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pelo observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.

A responsabilidade civil tem como gênese a ação ou omissão, originada de uma conduta voluntária, que por sua vez viola o dever jurídico, por meio de um ato lÍcito ou ilÍcito e que possa acarretar num dano patrimonial. Tais danos podem ser emergente, lucro cessante, imaterial (moral) e os novos danos.

Como visto, ela surge da violação de uma norma ou de uma conduta, que acarrete numa lesão a terceiro patrimonial ou extrapatrimonial. A responsabilidade civil tem o intuito de equilibrar o dano causado com o ressarcimento ou compensação do dano causado ao sujeito lesionado, seja na esfera patrimonial ou existencial.

Para Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 11) responsabilidade civil,

consiste na efetivação de reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurÍdica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binmio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princÍpio que

subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Após a exposição das definições sobre responsabilidade, acima explanadas, faz-se necessária a distinção entre a responsabilidade e a obrigação.

Em uma breve diferenciação entre os termos, observa-se que obrigação é sempre um dever jurídico originário, por outro turno, a responsabilidade, é um dever jurídico sucessivo, que surge da violação do primeiro.

Desta diferenciação entre esses dois institutos do direito, a responsabilidade civil opera à partir do ato ilícito ou abuso do direito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade reparar ou compensar o lesado. Portanto, ao surgir o evento dano, seja por meio de uma conduta voluntária ou desrespeito de um preceito legal, surge a obrigação de indenizar (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 4).

Vale destacar, que não se pode confundir a responsabilidade civil e a penal. O que as tornam diferentes é o fato de que, a responsabilidade civil, tem a sua repercussão no dano privado o qual exige de uma reparação ou compensação do dano em importância de dinheiro ou consertando-se o bem danificado, por exemplo. Por seu turno, a responsabilidade penal é uma turbção social que viola ou descumpre uma norma penal (DIAS, 1960, p. 15-16).

Neste contexto, a trajetória da Responsabilidade Civil traz a ideia de um dano injusto, causado por um descumprimento de um dever jurídico e que deve ser reparado (TEPEDINO, 2007, p. 12).

A gênese de tal instituto remonta a ideia de vingança privada, como uma forma de reparar um dano, neste sentido é a lei de Talião “olho por olho e dente por dente”. Na sequência, vêm a Lei das XII Tábuas que deixa de lado o ideal de vingança privada e trata a indenização como uma forma de ressarcimento de danos. A Lei Lex Aquilia é a legislação que dá origem a responsabilidade extracontratual. No decorrer dos tem-

pos, o instituto evolui e fala-se de responsabilidade objetiva, iniciada pela teoria do risco e evoluindo para teoria da garantia.

Na atualidade, no ordenamento brasileiro, estão surgindo novas teses sobre aplicação ou não da culpa, como a responsabilidade pressuposta, defendida pela doutrinadora Gisele Maria Fernandes Novais Hironaka, em tese de livre docência apresentada à Universidade de São Paulo (USP). A responsabilidade pressuposta tem como caráter garantir o direito de alguém a não mais ser vítima de danos “deve-se buscar, em um primeiro plano, reparar a vítima, para depois verificar-se de quem foi a culpa, ou quem assumiu o risco” (TARTUCE, 2013, p. 297-298).

O instituto vem sofrendo constante evolução através dos séculos, por meio de diversas teorias, e nos dias atuais ganha cada vez mais espaço como instrumento pacificador da sociedade.

3. PERDA DE UMA CHANCE

A Teoria da Perda de uma chance teve a sua origem no direito francês, sendo o seu conceito mais antigo encontrado na jurisprudência francesa. Foi no século XIX, no dia 17 de julho de 1889, a Corte de Cassação francesa conferiu a indenização de um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades da demanda lograr êxito, mediante normal procedimento (PETEFFI SILVA, 2013, p. 11).

Na sequência, a teoria, teve incidência em diversos países do mundo e em diversas áreas. No Reino Unido, a perda de uma chance, foi aplicada em 1911. Nos Estados Unidos, a aplicação da chance perdida se deu no campo da medicina. Na Austrália, ocorreu a origem da perda de uma chance na responsabilidade contratual do advogado. Na Itália teve a sua primeira decisão favorável em 1983 (ASSIS, 2013, p. 11).

Ela está caracterizada pela frustração de uma expectativa, uma oportunidade futura, dentro da lógica do razoável, que ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. A partir dessa ideia, essa chance deve ser séria e real (TARTUCE, 2013, p. 423).

Nesse sentido, Silvio Salvo Venosa (2013, p. 309), com base nos ensinamentos de Savi, diz que

A chance implica necessariamente em uma incógnita – um determinado evento poderia se produzir (as vitórias na corrida de cavalos e na ação judicial, por exemplo), mas a sua ocorrência não é passível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado.

A perda de uma chance, caracteriza-se como um dano material ou imaterial, que resulte em fato não hipotético. É necessário obter a verificação de cada fato para que se torne favorável, não se passando apenas por uma mera eventualidade ou desejo da parte lesada, devendo ser analisados as oportunidades e não o oportunismo da vítima (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98).

Com base nos ensinamento de Sanseverino, Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 99), ensina que:

A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Há de se fazer uma distinção entre o resultado perdido e possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletira no montante da indenização. O perdido ou frustrado, na realidade, é a chance e não o benéfico esperado como tal. Reporta-se chance perdida, não o dano final.

Para Geneviève Viney, o dano incerto, portanto não irreparável, não pode ser caracterizado como uma chance perdida. Poderá ser considerada como chance perdida quando ela se tratar de uma chance seria e real, um dano certo que independe do dano final, o qual vem a ser hipotético e eventual (NUNES,

2011, p. 15).

4. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE PE- LA PERDA DE UMA CHANCE.

Uma das discussões recorrentes na doutrina é quanto natureza jurídica da perda de uma chance e a utilização do nexo de causalidade. O problema reside como aferir o nexo de causalidade.

No ordenamento jurídico *common Law*, em especial nos tribunais ingleses, para apurar o nexo é feito um *balance of probabilities* e que isso define se o evento contribuiu *more likely than not* com o dano. Isso seria “na prática, estabelece-se a necessidade de demonstrar que o facto não só contribuiu provavelmente para o dano, como também que tal probabilidade de contribuição para o dano ultrapassa a barreira dos 50%” (MENESES, 2013, p. 14).

A *but for test* é o primeiro estágio para a configuração do nexo de causalidade. Para Nils Jansen a *but for test* para consideração do juiz da *common law* é muito inferior ao se considerar a prova do sistema romano-germano que sempre deve possuir a certeza dos fatos (PETEFFI SILVA, 2013, p. 35).

Uma fórmula adotada por grande parte dos juízes da *common law* é a *more likely than not*, onde que a vítima teria que demonstrar que possuía maior probabilidade do dano ser acarretado pelo réu do que qualquer outro fato diverso, mesmo que não venha a obter uma sólida verdade de convencimento da causa de um dano. Para que essa fórmula fosse considerada como *but for test*, teria que possuir 51% de chances para que viesse acarretar um dano. Essa característica da *common law* é de suma importância para formular uma aplicação da perda de uma chance, sendo assim nos casos em que supera-se 51% de chance de ter causado um dano final, tem-se a possibilidade de

reparação integral da vantagem esperada.

Para a *common law* a teoria adequada e o dano direto e imediato, consiste da denominação *proximate cause*, como exemplifica William Prosser e W. Page Keeton (*apud* PETEFI SILVA, 2013, p. 37):

existem inúmeras variações da teoria da “*proximate cause*”. Porém, duas teorias contrastantes são observadas na maioria dos casos, sendo responsáveis por grande parte da controvérsia criada nessa seara. A primeira advogada a favor da limitação da responsabilidade do réu, por meio da teoria da causalidade relativas aos danos previsíveis no momento do acidente, chamados “*foreseeable risks*” ou “*foreseeable consequences*”. A segunda, ao contrário, apresenta os danos diretos (e os indiretos previsíveis) como critério de limitação do alcance da responsabilidade do réu.

A natureza da perda de uma chance possui muitas controvérsias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sendo confundida com o dano moral, ou muitas vezes com o lucro cessantes, Sérgio Savi defende que a perda de uma chance seja uma subespécie do dano emergente; ou podendo ser uma concepção mitigada do nexo de causalidade. Há também há quem defenda que possa ser uma ampliação do conceito de um dano (GUIMARÃES, 2010, p. 73-74).

5. A APLICAÇÃO DA NOÇÃO DE PERDA DE UMA CHANCE.

Os danos probabilísticos que surgem da perda de uma chance, não meramente hipotéticos e futuros, mas contemporâneos, são a segurança, confiança e certeza (ASSIS, 2013, p. 11). A sua aplicação deve ser fundamentada na forma da perda da oportunidade de obter a vantagem ou de evitar um prejuízo, sendo desta forma passível a indenização, não basta apenas a mera ocorrência da chance, para ser indenizada ela deve ser seria e real, deste modo os danos hipotéticos ou eventuais não são passíveis da indenização (SILVA, 2013, p. 31 – 32).

A indenização da perda de uma chance deve ser a sua possibilidade de obtenção do resultado esperado, devendo o seu valor, tomando como parâmetro o valor do resultado esperado, com o estabelecimento do coeficiente da redução proporcionalmente às possibilidades de obtenção de um resultado final esperado.

Vivian de Almeida Sieben Rocha (2010, p. 15), com base nos ensinamentos de Piero Calamandrei, enfatiza sobre a evolução da probabilidade, que vem se tornar essencial para a perda de uma chance:

Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, é possível hoje predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que, inicialmente, parecia entregue apenas à sorte, ao ponto de poder considerá-lo um valor normal, quase estável, dotado de uma certa autonomia em relação ao resultado definitivo. Sendo assim, o recurso à estatística e ao estudo das probabilidades proposto por Calamandrei, mostra-se bastante útil, na medida em que permite verificar se antes da ocorrência do evento danoso já existia uma possibilidade com certo conteúdo patrimonial positivo para a vítima, a qual, após o evento danoso, restou perdida.

Parte majoritária da doutrina francesa faz a distinção da perda de uma chance em duas correntes, sendo elas a perda de uma chance clássica e a perda de uma chance na seara médica, assim como relacionado abaixo.

Neste sentido vale citar Vivian de Almeida Sieben Rocha (2010, p. 22) que diz:

Fernando Noronha identifica duas modalidades de chances perdidas: a frustração da chance de obter uma vantagem que era esperada no futuro (casos clássicos), que se subdivide em perda da chance de realizar um benefício em expectativa e perda da chance de evitar um prejuízo futuro; e a frustração da chance de evitar um dano que aconteceu, que se apresenta na perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e na perda da chance por falta de informação.

A perda de uma chance clássica ocorre quando um indivíduo extingue todas as possibilidades da vítima de buscar o

seu resultado almejado ou de evitar um prejuízo. Com base nessa ação ou omissão que se caracteriza o dano final (NUNES, 2011, p. 15). Quando por meio de um ato ilícito é tirada a vantagem futura, com a perda da oportunidade probabilística da vítima, de auferir ou ganhar um benefício, como quando um advogado, por exemplo, perde um prazo e não recorre de uma decisão, outrossim prejudicando o seu cliente (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 98).

Após definir o que é a perda de uma chance clássica, faz-se indispensável à definição desta reparação na seara médica, o que será estabelecido na sequência.

A jurisprudência francesa em 1965 estabeleceu a chance perdida, em casos de danos corporais indenizáveis. Estabelecendo a relação de causalidade entre a omissão cometida pela atividade médica e o agravamento da condição de saúde, invalidez ou quando chegar a morte do paciente “que tanto podem dever-se à culpa do profissional quanto às condições patológicas do paciente” (KFOURI, 2001, p. 59).

Nesse caso, seria a criação da responsabilidade civil sem a culpa, em que a vítima ficará dispensada de provar o nexo de causalidade entre a culpa e o dano, já que a conduta do médico veio a comprometer a saúde do seu paciente (ROMANELLO NETO, 1998, p. 32).

E nas palavras de Marina Zuan Benedetti Chenso (2012, p. 64) que “por essa razão, o nexo de causalidade se desloca a etapa anterior à ocorrência dano. A necessidade da real probabilidade do ganho é fundamental para que não haja enriquecimento ilícito”.

Não importa se o juiz não tenha obtido o conhecimento de que a culpa acarretou o dano. Se faz suficiente apenas que se tenha uma dúvida, para que os tribunais possam vir a admitir uma relação de causalidade entre a culpa e o dano, na qual a culpa precisamente não tenha dado todas as oportunidades que o enfermo tivesse para ser curado (KFOUTI, 2001, p. 59).

No direito americano o doutrinador Paul Speaker, conforme afirma Rafael Peteffi Silva, 2013, p. 151), determina uma regra para estabelecer uma fórmula geral para fazer a avaliação da porcentagem da perda de uma chance. A chance da pessoa, para evitar o dano final, será representado por (X), e após a conduta do réu, que fez a sua diminuição da chance, que vem a ser representado por (Y), sendo que a fórmula é a verdadeira chance perdida, vem a ser igual a (X) menos (Y), dividido por 1 menos (Y), sendo a seguinte fórmula matemática:

$$\frac{X - Y}{1 - Y}$$

Esta fórmula em algumas hipóteses acarreta a utilização, de forma distinta, da metodologia tradicional. E traz um exemplo para verificar a diferenciação da fórmula de Paul Speaker e a metodologia tradicional. Uma fábrica ao contaminar um lençol freático de uma cidade, estando cientificamente comprovado que com a ingestão da água, aumentariam as probabilidades dos bebês nascerem com Síndrome de Down. Antes da contaminação esta probabilidade era de um por cento (1%) após a contaminação veio a ser de dois por cento (2%).

Conforme o exemplo acima, se fosse feita a aplicação da metodologia tradicional, ao considerar as chances que a vítima possuía antes da conduta do agente e as que restaram após esta conduta, seria de 98%, pois antes era um 1% e agora 2%. Com a fórmula de Paul Speaker, o seu percentual será de cinquenta por cento (50%), como se demonstra abaixo:

$$\frac{0,99 - 0,98}{1 - 0,98} = 0,5$$

Para Paul Speaker é mais aplicável em ações coletivas, da perda de uma chance, a metodologia tradicional sendo ela mais adequada nos casos de criação de risco. Já que não é possível separar o grupo que efetivamente sofreu o dano final. Com relação a fórmula de Paul Speaker, seria mais aplicado

em casos de danos independentes, ou seja, em casos em que situações em que o processo foi interrompido antes de chegar ao dano final (PETEFFI SILVA, 2013, p. 151).

6. ACEITAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO.

A teoria chegou ao Brasil em 1990, na conferência no Rio Grande do Sul, na presença de François Chabas, um especialista sobre a temática na França (ASSIS, 2013, p.11). A partir de então pesquisas foram iniciadas e uma das dúvidas suscitadas é quanto a sua distinção com o lucro cessante.

Ambos institutos regulam o dano na perspectiva do que a vítima deixou de lucrar. No caso do lucro cessante, o resultado do dano deve ser certo e prova, sem contar que deve obter uma base cálculo anterior, para que possa ser indenizado.

Por outro turno, a perda de uma chance, surge como uma nova categoria de dano indenizável, tratando de uma probabilidade seria e real, para ser passível de uma indenização, não se encaixando como um dano hipotético ou eventual.

Para Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 41) a aplicação da perda de uma chance, não se funda no aceite de indenizar um dano hipotético, uma vez que não cabe indenização nestes casos, todavia sendo possível “considerar, dentro da ideia de perda de uma oportunidade (*perte d’une chance*) e puder situar-se na certeza do dano” ai sim surge a possibilidade.

Quanto a diferenciação entre o dano hipotético com a verdadeira chance de um dano real, a ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), apresenta que “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o ‘improvável’ do ‘quase certo’, bem como a ‘probabilidade de perda’ da ‘chance de lucro’, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas”.

O princípio integral do dano, trazido pelo Código Civil de 2002, assegura a adequação fundamental da justiça, devendo a vítima a obter a reparação por todos os danos que venham a ser sofridos, partindo desta ideia a perda de uma chance, está incluso no princípio integral do dano (ROCHA, 2010, p. 13).

Carlos Brandão Ildefonso Silva e César Leandro de Almeida Rabelo (2013, p. 32), trazem a visão de Gustavo Tepedino, sobre a aceitação da perda de uma chance no ordenamento brasileiro:

negar a indenização pela chance da perda seria um retrocesso à evolução da responsabilidade civil, que hoje atua com arrimo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, em consonância com a constituição federal de 1988, baseada em um paradigma solidarista.

Se a vítima não for reparada quando ela vim a sofrer uma chance seria e real, traz assim um sentimento de injustiça, como descreve Sergio Savi (2009, p. 109):

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano.

Neste contexto, na V Jornada de Direito Civil Brasileiro, foi aprovado o seguinte Enunciado, quanto a aceitação da aplicação da perda de uma chance:

Enunciado n. 444. Artigo. 927. A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita à categoria dos danos extrapatrimoniais, pois a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial, conforme as circunstâncias do caso concreto. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Para Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 38) a perda de uma chance se encontra como uma modalidade de dano, ao lado do dano emergente e o do lucro cessante, todavia que se molda a um outro segmento, a perda de uma oportunidade de

uma chance seria e real.

Sérgio Savi (2009, p. 109), entende que a perda de uma chance, deve ser considerada como uma subespécie do dano emergente. Sustenta que, para a teoria, não vem a ter a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda de conseguir essa vantagem.

Discussão corriqueira é em relação ao advogado, se ele poderia ou não ser responsabilizado. A atividade da advocacia é uma atividade de meio e não de resultado, mas quando o advogado age com negligência na sua atuação profissional, como o descumprimentos de prazos, nos casos em que mostre chance serias e reais, poderá ser aplicado a perda de uma chance (FIGUEIREDO, 2013, p. 50). Nesse sentido,

CC - Artigo 667: O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

Ressalta-se que nos casos deve-se provar a negligência, eis uma decisão:

STJ - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL EDcl no REsp 1321606 MS 2011/0237328-0 (STJ) Data de publicação: 08/05/2013 *Ementa*: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CONDUTA OMISSIVA E CULPOSA DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO. DECISÃO MANTIDA. 1. Responsabilidade civil do advogado, diante de conduta omissiva e culposa, pela impetração de mandado de segurança fora do prazo e sem instruí-lo com os documentos necessários, frustrando a possibilidade da cliente, aprovada em concurso público, de ser nomeada ao cargo pretendido. Aplicação da teoria da "perda de uma chance". 2. Valor da indenização por danos morais decorrentes da perda de uma chance que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os objetivos da reparação

civil. Inviável o reexame em recurso especial. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.

Nesta decisão, do Superior Tribunal da Justiça, o advogado que, diante de uma conduta omissiva e culposa, impetrou fora do prazo e sem os documentos necessários de um mandado de segurança foi condenado devido a sua conduta. Aplicou-se, na situação, a teoria clássica, onde um cliente possuía uma chance seria e real de ter a segurança concedida e consequentemente ser aprovada e nomeada ao cargo pretendido.

Um outro aresto que é bastante discutido e envolve a teoria o um caso do Show do Milhão, um programa televisivo, que ficou assim ementado:

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.

(REsp 788.459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334)

No caso em tela, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que devido a má formulação da pergunta não foi possível a candidata responder de forma adequada e tentar conquistar 1 milhão de reais, que era a proposta do jogo. A candidata já havia conquistado quinhentos mil reais. Se a participante viesse a responder corretamente levaria o prêmio máximo.

A posição do Ministro Fernando Gonçalves foi no sentido de reduzir a indenização de acordo com a probabilidade de acerto, eis o voto:

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recor-

rida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão". Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese, de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais). Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. 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).⁴

No voto do ministro do Superior Tribunal de Justiça, fez se a aplicação de 1/4 do valor, levando em consideração de uma probabilidade matemática, sobre a perda da possibilidade de alcançar uma vantagem. A nosso ver tal posicionamento não coaduna com a teoria, pois não caso foi reconhecida um valor indenizatório que não era real e nem provável. Assim, ou reconheceria a perda de uma chance e a indenização deveria ser completa, ou não se reconheceria a aplicabilidade no caso.

Na seara médica, como visto, aplica-se desde 1965 na França. No Brasil, algumas decisões tratam sobre o assunto vale citar decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, julgado em 27/02/2013, pela 9ª Câmara Cível, trata-se da Apelação Cível n. 70052376779 que teve como relator o Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. No caso, trata-se de uma criança de 7 (sete) anos que teve traumatismo craniano e foi medicado sem a realização do exame radiológico para verificar a extensão da lesão. Foi aplicada a teoria da chance perdida, sendo condenado os médicos e hospital em danos morais no valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) e mais despesas com tratamentos.

Estas indenizações foram estabelecidas por se tratar de um caso que uma criança de 07 (sete) anos, que teve uma queda de 5 (cinco) metros de altura, que veia a sofrer trauma crânio encefálico, após ser levado ao hospital, em que ficou 17 horas em observação, que por incompetência medica não foi prestado o exame de craniectomia, que foi crucial para verificar as

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Brasília 8 de novembro de 2005. Disponível: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>>. Acesso em: 30/05/15.

sequelas que a vítima carregará por toda a sua vida.

Sobre o tema, a título de conclusão, Ignêz Guimarães (2010, p. 73-74), dispõe o seguinte:

Considerando-se as anotações de Raimundo Simão de Melo, Rafael Peteffi, Sergio Cavalieri Filho e Sérgio Savi com a dialética apresentada em Rui Stoco conclui-se que a perda de uma chance é a real possibilidade perdida em razão de um dano, derivado de um ilícito legal ou contratual, de se obter uma condição favorável (benefício) ou de se evitar uma situação prejudicial (prejuízo). Conceituada a perda de uma vantagem, passa-se à árdua análise da sua natureza jurídica.

Como visto, ao se falar em responsabilidade civil a tendência é que diversas teorias surjam, no intuito de aprimorar o instituto e buscar os valores e anseios sociais. Nessa perspectiva, a perda de um dano, surge como uma nova modalidade cujo enfoque é reconhecer como indenizável uma probabilidade de chance seria e real e não hipotética, em decorrência de um ato ilícito ou abuso de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução da sociedade, e conseqüentemente do direito, novas demandas e condicionantes são postas ao Estado e à sociedade. Um instituto jurídico que constantemente evolui é a responsabilidade civil. Dentre estas evoluções, poder-se-ia citar a adoção da teoria perda de uma chance. Tal teoria nasce da jurisprudência francesa e os seus doutrinadores costumam subdividi-la entre a perda de uma chance clássica, que vem a se considerar como um dano final, ou seja, ocorre quando um indivíduo extingue todas as possibilidades da vítima, de buscar o seu resultado almejado ou de evitar um prejuízo; e perda de uma chance medica que em tese admite que a culpa do médico veio a comprometer a vida ou a integridade física do paciente.

No Brasil, os estudos e investigações quanto a este instituto, iniciou na década de 90. Desde então, juristas e julgadores, buscam discutir e aplicar a teoria no direito pátrio. Uma

das mais comentadas decisões relativas ao tema é a do caso Show do Milhão, onde o Superior Tribunal de Justiça aplica a teoria no intuito de indenizar a vítima ante a chance perdida. Outras discussões giram em torno da aplicação da teoria em caso de relação advogado e cliente, em eventual perda de prazo por exemplo, também na seara medica, por erro médico ou mal procedimento.

Em a relação à sua natureza jurídica, entende este trabalho que trata-se novo dano, não se podendo entender com o dano emergente, lucro cessante ou dano moral, já que depende da situação fática.

Resta portanto, concluir que a teoria da perda de uma chance surge como uma forma de evolução na busca de alcançar os anseios do Estado Democrático de Direito.



REFERÊNCIAS

- ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade Civil do Estado por Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário*. Campinas: Bookseller, 2001.
- ASSIS, Luiz Carlos de Junior. Responsabilidade Civil do Advogado na Teoria da Perda de uma chance. *Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil*. São Paulo: Síntese, 2013, n 85.
- CHENSO, Marina Zuan Benedetti. *Responsabilidade Civil do Plantonista à Distância no Terceiro Setor: aspectos sobre a problemática ausência do nexos causal para a efetividade na reparação do dano*. Mestrado (Dissertação Direito) Uiversidade de Londrina. Londrina, 2012.
- DIAS, , José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. A Perda de uma Chance. *Revista Síntese do Direito Civil e Processo Civil*.

- São Paulo: Síntese, 2013, n 85.
- GUIMARÃES, Ignez. *Considerações Críticas Sobre A Quantificação Da Perda De Uma Chance À Luz Da Casuística*. *Revista Ciências Jurídicas e Sociais*, UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 1, p. 65-85, jan./jun. 2010.p.73-74. Disponível em: <revistas.unipar.br/jurídica/article/view/3434/2330>
- Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KFOURI, Neto Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LANGARO, Luiz Lima. *Curso de Deontologia Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENESES, Sara Lemos. *PERDA DE OPORTUNIDADE: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?* 2013. Mestrado (Dissertação Direito). Universidade Católica Portuguesa. Lisboa. 2013.
- NUNES, Flavio Filqueiras. *Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance no Direito Brasileiro*. Dissertação de Mestrado Faculdade Milton Campus, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.
- SILVA, Carlos Brandão Ildfonso. RABELO, César Leandro de Almeida. VIEGAS Cláudia Mara de Almeida. Responsabilidade Civil pela perda de uma Chance nas Relações Jurídicas Cíveis e do Trabalho. *Revista Síntese do Direito Civil e Processo Civil*. São Paulo: Síntese, 2013, n 85.
- ROCHA, Vívian de Almeida Sieben. *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance no Direito Civil Brasileiro*.p.15. Disponível em <<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/gradu>

acao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/vivian_rocha.pdf>.

Acesso em 16/05/2015

ROMANELLO NETO, Jerônimo. *Responsabilidade Civil dos Médico*. São Paulo: Jurídica Brasileira.1998.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Altas, 2013.

TARTUCE, Flavio. *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.