

APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Denise Nunes Marinoto¹
Éllen Cássia Giacomini Casali²

RESUMO

A presente pesquisa estuda a Teoria da Perda de Uma Chance, visando enfatizar sua inserção na Responsabilidade Civil como forma idônea de indenização. Demonstra que a necessidade da indenização da chance se faz cada vez mais necessária porque grande número de indivíduos já sofreu privações de suas chances sérias e reais suportando prejuízos diversos por culpa alheia. Ademais, enfatiza que a indenização será prudente não se tratando de mera expectativa, ou seja, se tiver probabilidades significantes de concretização, constatando-se sua valoração por meio de expressões matemáticas, probabilidades e porcentagens até a sua perfeita adequação. Igualmente, mostra que apesar do direito positivista influenciar os juristas, já há aceitação da chance em relevante número de julgados. O método utilizado foi o raciocínio indutivo, a necessidade criou a teoria, e a pesquisa feita foi a não empírica, baseada em trabalhos bibliográficos, artigos e internet. O trabalho enfatiza a insuficiência do direito quanto às formas de responsabilidade, trazendo a solução para a chance perdida, que ainda não tem proteção na lei. Concluindo-se, que a teoria da perda de uma chance deve ser implantada na legislação brasileira definitivamente, pois atende à função social de norma defendendo direitos sociais e fundamentais dos indivíduos.

Palavras-chave: Perda da chance séria e real. Probabilidade de conquista indenizável.

¹ Discente do 10º período do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga.

² Docente do Curso de Direito da Unifev - Centro Universitário de Votuporanga.

INTRODUÇÃO

Quando tratamos da Teoria da Perda de Uma Chance, percebemos que ela é de fundamental importância para o direito, e é a solução buscada pelos juristas durante muito tempo, para reconhecerem as oportunidades como sérias e reais.

A chance inova em nosso direito civil, e traz uma indenização que apesar de parecida, não guarda qualquer semelhança com apenas expectativas como muitos dizem, pois ela tem fundamento em probabilidades e porcentagens notórias. Sua pesquisa é de extrema relevância científica, pois, se funda na audácia em se desenvolver uma maneira de reembolsar perdas relativas a um dano que não pode ser visto imediatamente, que tem fim incerto, mas que é integralmente sentido pela pessoa prejudicada.

Os raciocínios revolucionários que criaram a Teoria defendem que para que se caracterize a perda de uma chance, longe de conceitos positivistas, o que realmente interessa é se houve uma perda razoável e se ela foi verificada antes de ser alcançada a vantagem total esperada pelo indivíduo lesado.

Em seu estudo foi utilizado o método de raciocínio indutivo, e o dialético, confrontando entendimentos diversos sobre o assunto, além dos métodos de procedimento histórico e o dogmático-jurídico, sendo uma pesquisa não empírica e bibliográfica.

1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

1.1 Defesa à teoria e suas vertentes

Para adentrar-se no estudo da Teoria da Perda de Uma Chance, é importante conhecer um pouco sobre responsabilidade civil. A responsabilidade civil é, segundo Yoshikawa (2009), basicamente, o dever de alguém em indenizar um indivíduo a quem tenha causado um dano, e essa indenização é sempre caracterizada de acordo com o caso concreto.

APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Teoria aqui explicitada visa defender também um dano, porém, um dano ainda nunca previsto em lei, chamado indenização pela perda de uma chance.

[...] a evolução da responsabilidade civil fez com que o foco da atenção do julgador mudasse radicalmente do ato ilícito para a proteção da vítima contra os danos considerados injustos pelo ordenamento jurídico. Sendo a perda da chance um dano injusto, não há como negar a indenização nestes casos. (SAVI, 2009, p. 101).

Quando queremos algo e há um esforço pessoal imensurável para conquistá-lo, acreditamos piamente poder consegui-lo, e a teoria da perda de uma chance aplicada na responsabilidade civil protege essa esfera de possibilidades de vitória que cada ser já possui antes de ser prejudicado.

Um aspecto muito interessante da Teoria da Perda de Uma Chance, é que, ao contrário da Teoria subjetivista, que só indenizava as vítimas de danos que conseguiam provar materialmente seus prejuízos, ela defende que para que haja a indenização não se necessita mais do ônus probante da parte autora.

É que, a partir do momento em que a esfera de possibilidades de acontecimentos danosos às pessoas começou a se expandir, e a produção de algumas provas tornaram-se deveras impossíveis o que deu espaço a um sistema de responsabilidade solidarista para reparação de danos, independentemente de comprovação de culpa.

E a partir disso, a Teoria da Perda de Uma Chance passou a possuir arcabouço em nossa lei suprema, pois, após o surgimento da teoria objetiva, como expõe Savi (2009, p. 105), ocorreu na Constituição Federal o advento da “[...] prioridade à proteção da dignidade humana, estabelecida como princípio fundamental da República.”

Dessa forma, sendo cada vez mais frequentes os acontecimentos que colocavam em risco a dignidade humana, a teoria da perda de uma chance ganhou e ainda vem ganhando, espaço no ordenamento não só brasileiro, mas mundial, mesmo não havendo ainda em nosso país lei que a defina expressamente, ela já pode ser encontrada em dezenas de julgados proferidos nos tribunais.

A Teoria consiste basicamente, na perda de uma oportunidade buscando proteger o direito das vítimas em receber uma indenização devida pelo agente causador quando este ocasionar a elas, por ato negligente, imprudente ou imperito seu ou de quem seja responsabilidade sua, a perda irremediável da chance única que a vítima possuía de alcançar o que desejava.

Para Melo (2007), o que ocorre nessas situações é que, por exemplo, a vítima se prepara duramente por muito tempo para conseguir algo, possuindo, dentro do critério de possibilidades, uma grande chance de conseguir, conquistar o objetivo que busca, e antes de chegar ao final dessa conquista, estando quase certa a sua vitória, alguém interrompe o curso natural das coisas, fazendo com que a pessoa perca para sempre essa chance, que, praticamente já fazia parte de seu patrimônio.

Importante destacar que a chance protegida pela teoria não é apenas uma chance hipotética ou que se presume existir, ela precisa ser determinante, significativa para sua aceitação.

A chamada teoria da perda da 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. (SOUSA, 2009).

Assim, a vítima que teve sua chance perdida, não será indenizada se essa chance que diz possuir estiver presente apenas no campo das esperanças, imaginário, pois, seguindo a linha de raciocínio de Adriano de Cupis (1960, p. 264-265 *apud* SAVI, 2009, p. 12), “*simples esperanças aleatórias não podem ser passíveis de indenização*”.

A chance, ou oportunidade, já possui a característica de ser improvável, então para a aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance não se tornar frustrada, a chance em si, deve trazer consigo os elementos da realidade e seriedade, ou seja, deve ser possível afirmar que não fosse o ato do terceiro ofensor, a vítima poderia ter conseguido alcançar o fim o qual desejava.

Além disso, a teoria não se baseia na ideia de que deve ser indenizada a vantagem total e final que receberia a vítima se fosse ela vencedora caso nada tivesse intervindo no seu destino, ou que ela deva receber como se tivesse

APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

conseguido chegar ao fim que desejava, pelo contrário, o que é objeto de indenização de acordo com a teoria, é a real oportunidade perdida de poder ter conseguido o que se buscava.

Como expõe Melo (2007), não se trata de afirmar com certeza, diante dos acontecimentos, que a vítima conseguiria o resultado final esperado, ou seria condenado o causador a indenizar a vítima na integralidade do que ela conseguiria se ele não tivesse a prejudicado com seu ato negligente ou imperito, pois se isso ocorresse, estaríamos diante apenas, da indenização de lucros cessantes, que estipula o que a pessoa deixou de lucrar depois do prejuízo sofrido.

[...] a indenização da perda da chance jamais poderá ser igual ao benefício que a vítima obteria se não tivesse perdido a chance e tivesse conseguido o resultado útil esperado [...]. Por não haver certeza acerca da vitória no recurso, a indenização da chance pedida *será sempre inferior* ao valor do resultado útil esperado. (SAVI, 2009, p. 68, grifo do autor).

A perda da chance fica enquadrada no campo das probabilidades matemáticas, da razoabilidade, sendo possível sua indenização apenas quando verificar-se que em relação ao andamento dos acontecimentos a vítima tem uma probabilidade de vitória, e em grande parte dos casos, essa probabilidade só será indenizada se for superior a 50% (cinquenta por cento). Para Savi (2009, p. 65): “Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização”.

E é por estar presente no campo das probabilidades que ele conclui (SAVI, 2009, p. 68): “[...] a quantificação do dano, deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada”.

Enfim, a certeza de conquista é hipotética, e por isso, a indenização será devida apenas quando houver a convicção de que era mesmo possível que a pessoa conseguisse o que queria dentro do campo das probabilidades, não havendo certeza alguma, apesar de existirem chances de vitória maiores que 50%, sendo a teoria da perda de uma chance diferente de tudo o que se viu até

o momento e diferente também do direito positivista sempre apegado a coisas presumíveis.

Graças às mentes abertas a novas ideologias e sedentas por conhecimento, ela vem tomando espaço entre nós nos dias atuais, definindo-se como uma teoria visionária e moderna que se adéqua perfeitamente ao momento histórico vivido por todos nós.

1.2 Jurisprudências e aplicabilidade

Apesar de ainda hoje enfrentar muitas dúvidas e muitos entendimentos avessos a ela, a Teoria da Perda de Uma Chance já conseguiu muitos adeptos e já tem grande expressão em nossos tribunais, conforme exemplos pertinentes do mundo jurídico sobre o tema que seguem.

Um desses exemplos demonstra um caso muito interessante, onde um rapaz que estava participando de um concurso, e neste concurso seria apresentado seu animal considerado raro, ganhando um grande prêmio quem fosse vencedor, e infelizmente, por negligência da pessoa que cuidava do trato do seu animal ele morreu e não pôde assim, participar do concurso.

Para a aplicação da teoria nesse exemplo, é muito importante o conhecimento de seus fundamentos já explicitados anteriormente, por isso, vejamos a explicação:

[...] se o dono do animal pretendesse obter a condenação em juízo, do responsável pela guarda do animal, ao pagamento do valor equivalente ao prêmio que concorreria se o animal não tivesse morrido, por certo a sua pretensão teria que ser repelida, pois estaríamos diante de um dano hipotético. Afinal, ainda que o animal participasse do concurso, não haveria como se afirmar, com certeza, que sairia vitorioso. Contudo, é inegável que o animal, antes de participar do concurso já tinha a *possibilidade* de receber o prêmio como vencedor do certame, e esta probabilidade de vencer o concurso fazia com que o preço de sua negociação comercial aumentasse. (ALVIM, 1965, p.192-193 *apud* SAVI, 2009, p.38, grifo no original).

APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Note-se que é exposto de maneira clara que se a pessoa ofendida buscar a reparação dos danos que não ocorreram, ou seja, buscar a reparação de tudo o que podia ter ganhado caso fosse vitoriosa e conseguisse alcançar o fim almejado, a perda de uma chance não estará caracterizada.

Ainda como exemplo, segue abaixo uma das mais utilizadas e importantes decisões relacionadas ao tema, que é o respeitável julgado do Superior Tribunal de Justiça referente ao programa de perguntas e respostas televisivo chamado “Show do milhão” transmitido pela rede SBT e apresentado por Silvio Santos, onde houve uma perfeita interpretação da Teoria da Perda de Uma Chance no desenrolar da lide.

Savi comenta em seu livro que:

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 (2009, p.76, grifo do autor).[\[1\]](#)

Conforme se extrai do julgado, a participante do programa, frise-se, programa este que faz uma premiação de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) à pessoa que conseguir responder corretamente várias questões sobre diversos assuntos, havia conseguido, por sua surpreendente inteligência, chegar à difícilíssima fase da pergunta do milhão, que se fosse respondida corretamente daria o prêmio de um milhão de reais em barras de ouro a participante.

Antes de responder a perguntado milhão, conforme expressa Savi (2009, p. 76), a finalista já havia conseguido acumular a premiação de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por ter respondido todas as outras perguntas certamente, então por estar convicta de seus conhecimentos, demonstrados ao longo do programa, a participante não hesitou, porém, após ter visto o que era perguntado na questão do milhão, entendendo não haver resposta correta

para aquele tipo de pergunta, ela optou por não respondê-la, conseguindo apenas o prêmio de quinhentos mil reais ao desistir de continuar no jogo.

Como se viu, a finalista não se conformou com o ocorrido, e então pleiteou o que perdera, ensejando que fosse reconhecida a perda de sua chance de vencer o programa por má-fé dos organizadores deste que desenvolveram uma questão sem resposta.

Segundo Savi (2009, p.77), a “pergunta do milhão”, no caso, era a seguinte: “A constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território Brasileiro?”, e como possíveis respostas, o programa apresentou quatro opções: (1) 22%; (2) 2%; (3) 4% ou (4) 10%.

Como se verifica, não há possibilidade de ser respondida essa pergunta, destarte que, a Constituição Federal de 1988 em seu texto não diz em percentagens específicas qual seria a quantidade de terras disponibilizada aos índios como fora perguntado, não havendo resposta, portanto, à pergunta. Nesse sentido é o que dispõe a norma do artigo 231 da Constituição Federal, “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Assim, em primeira instância, mais precisamente na 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador, a finalista do programa teve sua ação julgada procedente, sendo reconhecida a perda de sua chance de responder a questão e acertá-la, condenando-se a ré no pagamento de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) à autora, onde fora fundamentado que era devido à participante essa quantia, pois era o que ela havia deixado de ganhar por não ter tido a chance de responder a pergunta.

Ocorre que, analisando essa decisão, verifica-se um erro grosseiro é que, após todo o já exposto aqui, cumpre ressaltar que não deve ser indenizada a vantagem total perdida, como feito na decisão acima, isso é equivocado.

E nesse sentido foi a fundamentação do recurso interposto pela ré, mas que fora negado provimento pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Então, após estudar o assunto, a ré interpôs Recurso Especial, alegando que a vítima

APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

deveria receber apenas o relativo a 25% do restante do prêmio, pois essas eram as suas verdadeiras chances, em existindo quatro alternativas.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgado do Ministro Fernando Gonçalves, aplicou a Responsabilidade Civil pela perda de uma chance, baseado no entendimento acima.

Oportuno é o comentário de Savi em relação ao julgado que passo a expor:

[...] por entender que a conduta da ré fez com que a autora perdesse a oportunidade de ganhar o prêmio máximo, fixou a indenização com base no percentual das chances que ela teria de acertar a resposta à “pergunta do milhão”, se corretamente formulada.[...] não era possível afirmar que a autora acertaria, com absoluta certeza, uma nova pergunta que viesse a ser formulada e que, desta vez, fosse passível de resposta. Inexistindo certeza do acerto da resposta, entendeu não ser possível condenar a recorrente ao pagamento da integralidade do valor que ganharia se obtivesse êxito na pergunta final, já que ausente um dos pressupostos “do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante”. (2009, p.80, grifo do autor).

Tem-se então, dentro das possibilidades e probabilidades, que a finalista do programa teria, havendo quatro alternativas de possíveis respostas, o percentual de 25% de chances de ter respondido a pergunta corretamente caso houvesse resposta, e assim, por meio de um simples cálculo matemático, a vítima deveria receber pela perda de sua chance o valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), condenação esta que ocorreu.

Importantíssimo destacar, conforme se observa nesse magnífico exemplo de utilização da teoria, que a chance da autora foi de apenas 25%, e não de o mínimo de 50%, como são mais aceitas as indenizações por perda de uma chance em nossos tribunais, e seguindo o já expresso acima, porém, mesmo assim, a perda de uma chance foi perfeitamente encaixada aqui e deve ser aplicada em casos equivalentes a esse.

Além dos exemplos jurisprudenciais trazidos, destaca-se também, segundo Massoni (2010, p. 1), que podemos encontrar a utilização da perda de uma chance em vários outros julgados, como, o caso da estagiária que foi indenizada após ter aceitado uma proposta de emprego da empresa

concorrente e depois esta tê-la dispensado. O caso do vereador de uma cidade de Minas Gerais que perdeu a chance de ser eleito porque a rádio da cidade divulgou erroneamente que sua candidatura havia sido cassada, entre outros tantos que já se tem notícias.

Como visto, inúmeros são os casos em que se pode aplicar a Teoria objeto de nosso estudo, e os Tribunais já vêm tomando decisões favoráveis à sua inserção no mundo jurídico, o que prova que não será tardia a sua completa utilização e que esse tipo de dano será um dia, muito próximo enfim recompensado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perda de uma chance, quando considerada séria e real diante de probabilidades do eventual sucesso que a vítima teria caso não fosse a intervenção alheia, é atualmente considerada por juristas, como uma lesão idônea a garantir indenização, assim como qualquer outra já existente e defesa em lei.

Quando se tratar de responsabilidade pela perda de uma chance, é importante aclarar o que configura essa chance, assim, destaca-se que para a verificação dela é de fundamental importância que haja a busca incessante por uma vitória futura e incerta, além de um desfecho impossível de ser demonstrado, ou seja, a chance só será vista como tal, se realmente for constatado que ela tinha possibilidade relevante de trazer êxito para quem a perdeu e se esse êxito for improvável por consequência da interrupção do processo aleatório.

É que, se esse processo de conquista chegar ao seu fim, não estaremos diante de chances ou probabilidades de vitória, a vitória ou a derrota já terá acontecido, e o prejuízo seja qual for sua monta será provável e visível aos olhos do julgador.

A chance será séria quando a sua existência configurar uma probabilidade razoável de que ocorreria a conquista futura almejada pela

**APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA
RESPONSABILIDADE CIVIL**

vítima. E real se essa probabilidade de alcançar a vantagem final referir-se a uma porcentagem de pelo menos 50%, dentro das vertentes matemáticas.

Isso é perfeitamente concebível, pois, quando a lei trata dos lucros cessantes, define para reconhecê-lo, que se deve utilizar de probabilidades e porcentagens partindo da observação cotidiana para encontrar se realmente merece acolhida, portanto, a chance não deve ser encarada de maneira diversa.

Destaque-se que a teoria da perda de uma chance em muito contribuirá, diminuindo insatisfações com o positivismo que alguns aplicadores do direito ainda insistem em defender, como também, elevará a visão dos outros países para o nosso ordenamento que não ficará considerado retrógrado. A sociedade como um todo, clama por justiça ao ser lesionada em seu patrimônio, e a teoria trará a satisfação de todas as camadas sociais que diariamente são arrebatadas por infâmia, negligência e desinteresse.

Dessa forma, é indiscutível a já demorada obrigação de inserir a perda da chance na responsabilidade civil, dispensando a esse instituto um texto de lei que supra as necessidades de quem as recebe, sendo que se não houver a concessão de reparação a esses casos, ocorrerá uma infringência à nossa lei suprema, a Constituição Federal por não haver respeito ao que ela estabelece.

É necessário que surja uma norma para justificar as pessoas que foram vítimas de intervenções alheias e proteger as que ainda possam sofrer a mesma intervenção, evitando que danos como esse continue a surgir sem a devida defesa da lei.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e consequências**. 3. ed. Atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.

CUPIS, Adriano de. **Il Dano: Teoria generale del la responsabilità civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. 2.

MASSONI, Túlio de Oliveira. Judiciário concede indenizações a pessoas que perderam uma chance. **Valor online**. 16/11/2010. Disponível em: . Acesso em: 17 nov. 2010.

MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. **Boletim Jurídico**. 22/04/2007. Disponível em: . Acesso em: 7 abr. 2010.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. O que se entende pela teoria da perda de uma chance? **Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes - LFG**. 14/12/2009. Disponível em: . Acesso em: 7 abr. 2011.

YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. Teoria da perda de uma chance exige uma chance real, séria e objetiva. **Jusbrasil**. 23/06/2009. Disponível em: . Acesso em: 10 nov. 2010.

[1] SÃO PAULO. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788.459-BA. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 08 de novembro de 2005. DJ em 13/03/2006.