



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS – CCJP
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ECJ/UNIRIO

Rodrigo Alves Mota Tavares Jorge

**TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: ANÁLISE COMPARADA DA APLICAÇÃO
NOS DIREITOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

RIO DE JANEIRO

2018

RODRIGO ALVES MOTA TAVARES JORGE

**TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: ANÁLISE COMPARADA DA APLICAÇÃO
NOS DIREITOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Daniel Queiroz Pereira.

Rio de Janeiro

2018

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata da Teoria da Perda da Chance, incluído no instituto da Responsabilidade Civil. O estudo traz a origem histórica da teoria, os obstáculos e argumentos favoráveis à sua adoção, casos concretos e precedentes extraídos da vida real, critérios da mensuração da indenização pela perda da chance e os desafios da aplicação, tanto no Brasil, quanto em Portugal. Foram estudados os critérios que têm sido utilizados pelos tribunais para a concessão de verba indenizatória pela chance perdida, com base na doutrina, legislação de ambos os países e farta pesquisa jurisprudencial. Em ambos os países, apesar das críticas minoritárias, já existe quantidade expressiva de casos versando sobre o tema, todos considerando a seriedade da chance e uma prova percentual mínima de probabilidade de alcançar a vantagem como fatores essenciais para se reparar a vantagem perdida, jamais o resultado final esperado.

Palavras-chave: Teoria da Perda da Chance. Responsabilidade Civil. Aplicabilidade. Brasil. Portugal.

ABSTRACT

The present undergraduate thesis intends to study the Loss of a Chance Theory, which is part of the Civil Responsibility Institute. Within the following work, theory's history will be presented, as well as its obstacles and reasons why it should be adopted, concrete cases and precedents taken from the day to day life involving it, the criteria behind the quantification of indemnity that has to be paid for the lost chance and the challenges of its application in Brazil and Portugal. In order to do so, the criteria that has been used by the Courts for the concession of the indemnification sum regarding the lost chance was studied, based on the doctrine, on the legislation of both countries and on lots of jurisprudential research. Both Brazil and Portugal, despite the criticism of a few, rely on a great number of cases concerning the theme, all of which take said chance probability of happening and, also, a minimum percentage proof of the probability of attaining the advantage as essential factors in order to provide compensation for the lost advantage, but never for the end result expected.

Key-Words: Loss of Chance Theory. Civil Liability. Applicability. Brazil. Portugal.

DEDICATÓRIA

Este trabalho, meu diploma e minha carreira, dedico aos meus pais José Eduardo e Vania, a quem eu devo a minha vida, que ensinaram a mim e aos meus irmãos a nunca baixar nossas cabeças diante dos tantos obstáculos cotidianos.

Em especial à minha mãe, merecedora de todo meu amor e carinho, por nunca ter medido esforços para ver satisfeito este filho mais novo, tanto na vida pessoal quanto profissional, oferecendo todos os recursos à sua disposição para formar um homem nobre e de caráter, sem deixar faltar estímulos ao meu sucesso.

Igualmente, agradeço ao meu pai por ser o meu melhor amigo, o maior exemplo, pelo homem de ética e postura, fonte infinita de cultura e virtudes, a quem eu devo meu amadurecimento e minhas vitórias.

À minha avó Hilda, pelo colo de mãe, pelo carinho de madrinha, pela torcida, pelo trato delicado e pelas bênçãos de todo dia, que eu amarei eternamente.

Aos meus irmãos Felipe e Eduardo, que tanto contribuíram com esmero para minha educação, que sempre poderão contar com meu apoio e proteção incondicionais.

À Flora Canedo e aos meus amigos Bruno Plastina, Carlos Henrique Santana, Cirano Cerqueira, Hiago Lima, Igor Alves, Marcelo Engelke e Pedro Paiva, meus advogados preferidos, sem vocês minha graduação não seria possível.

Aos meus Professores da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Daniel Queiroz Pereira, e aos Mestres do Colégio Santo Agostinho, que tornaram Advogado um menino sonhador.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO	4
CAPÍTULO 2 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL	5
2.1- ORIGEM HISTÓRICA.....	5
2.2 – A POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO NO BRASIL	8
2.3 – DA POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO EM PORTUGAL	11
CAPÍTULO 3 – DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	15
3.1 – CONCEITOS INICIAIS	16
3.2 – NATUREZA JURÍDICA	21
3.3 – DA MENSURAÇÃO DO DANO	22
CAPÍTULO 4 – DA APLICAÇÃO DA PERDA DA CHANCE NO BRASIL.....	25
4.1 – CASOS CONCRETOS	26
CAPÍTULO 5 – DA APLICAÇÃO DA PERDA DA CHANCE EM PORTUGAL	31
5.1 – CASOS CONCRETOS	36
CAPÍTULO 6 – CONCLUSÕES.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso examinará o instituto da Responsabilidade Civil brasileira, especialmente da Teoria da Perda da Chance, em análise comparada da sua aplicação no ordenamento jurídico de Portugal.

De início, necessário contextualizar que a responsabilidade civil pela perda de uma chance nasceu na região que hoje pertence à França, difundindo-se em seguida para o direito italiano, até chegar aos demais ordenamentos, inclusive o brasileiro.

A aplicação da teoria criou a terceira modalidade de dano, possibilitando o direito à indenização por supressão da possibilidade de aferir vantagem – seja para angariar benefício, seja para evitar prejuízo. Noutros dizeres, veja-se que, independentemente de uma certeza firme e concreta, é permitida a fixação de indenização por um dano quando a chance é, de fato, séria e real.

A cautela na análise do instituto decorre da ausência de previsão legal no regramento pátrio. Assim, além de ser por vezes polêmica, não raro ser mal-entendida pelos aplicadores do direito. De adiante, a mais comum das confusões é a equivalência da perda da chance com o instituto dos lucros cessantes. Vejamos.

Enquanto os lucros cessantes são objetivamente quantificáveis, haja vista tratem-se de subtração certa e incontroversa, a indenização pela perda da chance é a reparação financeira pela probabilidade suficiente de obter um benefício.

Enquanto para os lucros cessantes é fixada reparação diretamente pela vantagem esperada, pela aplicação da teoria da perda da chance indeniza-se a frustração da oportunidade de obter a vantagem.

Busca-se indenizar pela perda de uma chance ainda que não seja perfeitamente possível reconhecer nexos de causalidade entre a conduta culposa e o dano final, vez que, se não fosse a conduta culposa, a probabilidade da ocorrência de dano seria muito menor.

Como leciona o doutrinador José Afonso da Silva, em seu livro de ensinamentos da temática Constitucional, houve intensa comunidade jurídica entre Brasil e Portugal durante largos séculos, quando suas doutrinas se mesclavam e confundiam-se os entendimentos.

Não poderia ser diferente, visto que Brasil e Portugal compartilham de uma vasta história, estando interligados politicamente a datar do descobrimento, em 1500. Desde então, o laço entre os países se estreita cada vez mais, sendo natural que dividam muito mais que mero aspecto histórico, mas também jurídico.¹

De toda forma, dado que nenhum direito deve ser suprimido do cidadão, também que uma concepção literal da legislação vigente e dos pressupostos da responsabilidade civil não daria conta de reparar danos em prol da vítima, e, sabendo dos obstáculos para fixação da indenização por esta terceira modalidade, analisaremos doutrina, casos e decisões de admissibilidade no Brasil e em Portugal, dada a identidade de idiomas, a proximidade de culturas e a similaridade do regramento civil material.

CAPÍTULO 2 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1- ORIGEM HISTÓRICA

Da época que se entende como início da civilização, quando grupos e clãs eram os responsáveis por punir o agente causador de injusta lesão, a punição utilizada contra o agressor seguia a modalidade da vingança coletiva.

Geralmente, a pena não se limitava ao agressor, atingindo também seus sucessores, sem economizar requintes de crueldade e abusando de desproporcionalidade, justamente buscando fazer justiça de maneira exemplar e prevenir futuros casos equivalentes².

Mais tarde, aparece o contexto da vingança privada, onde se inclui a famosa Pena de Talião, conhecida pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Apesar de ainda se tratar de iniciativa particular de justiça, isto é, a própria vítima pune o agressor, já são enxergadas nuances de proporcionalidade.

¹SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional: Doutrina e Processo*. 2. ed. rev. aum. ampl. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 56.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Com o advento da Lei das XII Tábuas, cerne da antiga legislação base do direito romano, foi publicado um código legal oficial, visando a permitir que os plebeus também conhecessem as leis e a impedir abusos dos patrícios, até então detentores do privilégio do controle jurídico sobre a população³.

Segundo José de Aguiar Dias, além de fixar termos para a represália, foi dada a possibilidade para composição de acordo entre vítima e ofensor, buscando a proporcionalidade das penas. Segundo o autor, o legislador se apropriava da iniciativa particular, intervindo para declarar quando teria a vítima o direito e em que condições se daria a retaliação.

Sobre a evolução do instituto da Responsabilidade Civil, Carlos Roberto Gonçalves leciona que foi divisor de águas a separação da responsabilidade civil da penal. Segundo o professor:

A diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima. O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal. ⁴

Ainda no direito romano, depois da importante separação entre a responsabilização penal da civil, para Pedrotti⁵, com a “*Lex Aquilia de damno*” a reparação do dano material ganhou notoriedade, eis que objetivava a reparação da culpa, independentemente de relação obrigacional pré-existente.

Segundo o autor, a Lei Aquiliana nasce em meio a um plebiscito, quando foi aberta margem para recebimento de indenização pecuniária pelo titular de bem deteriorado por conta da conduta danosa provocada por terceiro.

Para o mestre Silvio de Salvo Venosa⁶, a Lei Aquiliana serviu de suporte para que a vítima renunciasse a possibilidade de vingança e o Estado assumisse a

³DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil* – 15. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵PEDROTTI, Irineu Antonio. *Responsabilidade Civil*. Vol.1. São Paulo: Universitária de Direito, 1990.

⁶VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

responsabilidade, controlando as relações jurídicas entre os indivíduos daquela população, inclusive inserindo a reparação pecuniária por danos materiais causados.

Assim, foi preciso transferir ao Estado o poder de atribuir limites e fixar parâmetros à reparação, ficando sob suas rédeas o estabelecimento de direitos e deveres daquele que sofre com um ato ilícito, mas também daquele que o pratica, para atingir não só a justa compensação pela mácula, mas também a prevenção para que a conduta danosa não se repita e afete o todo social.

A partir dali, segundo Venosa, surgiram os elementos dano, ato ilícito e culpa, essenciais para a aplicação do instituto da responsabilidade civil. Certo que, dali em diante, havia nascido a Responsabilidade Civil Subjetiva.

Também conhecida por Responsabilidade Aquiliana, a responsabilidade civil em sua modalidade subjetiva dispõe que a culpa é determinante para justificar indenização, não havendo dever de reparar na falta de provas da mesma.

No entanto, dado o crescimento populacional e o desenvolvimento industrial latente, a prova da culpa se vislumbrava extremamente dificultosa, resultando em um sistema não reparatório, extremamente leniente e prejudicial às vítimas⁷.

Segundo Stoco, a primeira solução inventada fora a negação da presunção de inocência, ou, a confirmação da presunção de culpa. Ou seja, a inversão do ônus da prova era geral, devendo o ofensor provar sua inocência, por conta de ser, desde logo, presumidamente culpado.

Após a revolução industrial, surgiu a teoria objetiva deixando de lado a prova da culpa, afirmando que o nexo causal entre conduta do agente e dano seriam mais importantes que a efetiva comprovação de culpa do ofensor.

Então, com o advento da modalidade objetiva, admitiu-se haver direito para a vítima sobre a ofensor que criou risco e dano, ainda que sem culpa ou prova da mesma, restando conhecida como Teoria do Risco⁸.

Com a nova realidade social pós-revolução industrial e, aplicada a responsabilidade objetiva no direito da época, foram deixados de lado os teores subjetivo e moral do instituto. Alvin Lima explica os motivos dessa evolução, vejamos:

⁷STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁸RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos que a civilização moderna criava ou agravava; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência [...]. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação e não interior e subjetivo, como na imposição da pena⁹.

Vê-se que a responsabilidade civil não é mais focada na averiguação da culpa do ofensor, isto é, visando a responsabilizar o culpado e a condená-lo pela conduta praticada. Hoje busca-se mais amplamente a tutela da vítima, na intenção de reparar o dano sem causa suportado.

2.2 – A POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO NO BRASIL

Consagrado no primeiro artigo da Constituição da República Federativa de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana ratificou a posição de destaque que a vítima passava a ter em relação ao ofensor na responsabilidade civil a partir de então.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, em seu estudo sobre os efeitos da constitucionalização dos institutos cíveis sobre a responsabilidade civil¹⁰, a proteção da pessoa humana expressa na Constituição Federal gerou uma extensão sistemática da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável, no sistema particular da responsabilidade civil.

Logo, consoante seu entendimento, essa extensão gerou dois efeitos: se por um lado aumentou expressivamente o número de hipóteses de dano ressarcível, de outro tirou importância da função moralizadora, épocas antes tida como base do instituto.

Ainda sobre o aspecto constitucional, frise-se que não só a dignidade da pessoa humana orienta a responsabilidade civil no direito brasileiro, como também os

⁹LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 119 e120.

¹⁰MORAES, Maria Celina de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil. in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). A constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em: <http://publique.rdc.pucrio.br/direito/media/Bodin_n29.pdf> Acesso em: 20/04/2018

princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, ambos igualmente essenciais à sociedade como o primeiro.

Importante destacar trecho da doutrina do Professor Sergio Cavalieri Filho, a respeito da função da Responsabilidade Civil, segundo o qual, *in verbis*:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no statu quo ante.¹¹

Trazendo o contexto para os dias de hoje, vê-se que, após anos de desenvolvimento da sociedade, estabilização da ordem jurídica e seus institutos – entre eles, a responsabilidade civil –, são apresentadas duas formas de reparação, isto é, chamadas de teorias subjetiva e objetiva, com aplicabilidade distinta a depender do caso em comento.

Basicamente, para que surja a obrigação de reparar danos injustamente sofridos, após analisados o cumprimento dos pressupostos inerentes ao instituto, será determinada a responsabilidade havida no caso, seja ela subjetiva ou objetiva.

Sergio Cavalieri Filho define que a conduta culposa, o nexos causal e o dano são requisitos da responsabilidade civil, só dispensando a prova do elemento culpa quando se tratar de responsabilidade objetiva¹².

No mesmo sentido, Sílvio Rodrigues¹³ acrescenta que, apesar de o Código Civil ter expressado a regra geral nos artigos 186 e 927, isto é, que a reparação advinda da responsabilidade civil teria a prova da culpa como requisito – responsabilidade subjetiva – o diploma também previu as cláusulas gerais de responsabilidade objetiva no parágrafo único do art. 927, assim como nos artigos 187 e 931, restando evidente que a partir dali deveria existir disposição legal para ser aplicada a modalidade objetiva da responsabilidade civil.

¹¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

¹²CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.70

¹³RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. V. 4, 20. Ed. Rev. E atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 14

Não diferente dos outros ramos do direito, aqui também residem alguns ruídos doutrinários. Mesmo assim, acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, certamente destacam-se como essenciais os elementos: (i) conduta, comissiva ou omissiva, (ii) dano, (iii) o nexo de causalidade e (iv) o nexo de imputação.

Para qualquer modalidade de responsabilidade civil, o primeiro e mais importante requisito é a conduta, seja o ato humano comissivo ou omissivo, donde surtem efeitos jurídicos.

Em segundo lugar, destaque-se o dano como pressuposto em ordem de relevância, por ser propriamente o prejuízo causado, donde exsurge o dever de reparação pela perda/lesão a bens jurídicos, conforme lição de Sergio Cavalieri Filho¹⁴

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem ou a liberdade, entre outros.

Para o autor, o dano seria pressuposto essencial da responsabilidade civil, pois é possível haver responsabilidade sem culpa, mas não se cogita responsabilidade sem dano. Assim, diferente da maioria, Cavaleiri entende que o dano é o principal elemento da obrigação de indenizar.

Tal elemento da responsabilidade civil pode ser dividido em espécies: danos patrimoniais e não-patrimoniais. Enquanto o dano patrimonial (material) é perda mensurável em pecúnia, o dano não-patrimonial (moral) afeta a personalidade, não servindo, necessária a ressalva, para indenizar a ocorrência de meros aborrecimentos cotidianos.

Enquanto no primeiro caso fala-se em afetação direta ao patrimônio da vítima, no segundo trata-se de violação a um bem personalíssimo, que pode, indiretamente, vir a trazer diminuição econômica de seu patrimônio.

Com o desenvolvimento da industrialização, houve incremento não só dos riscos criados, mas também da não responsabilização daqueles que criaram o risco.

¹⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 71

Assim, a defesa daqueles que não agiram com culpa, por não ser viável – sequer possível, em alguns casos – comprová-la, tornava o direito cada vez mais injusto.

In suma, do que resta demonstrado, a teoria subjetivista foi insuficiente para a efetiva proteção da vítima, pois exigia a comprovação de culpa do agente, o que, em muitos casos, se mostrava praticamente impossível.

Logo após, quando do surgimento da teoria da responsabilidade objetiva, baseada no risco, sem aferição de culpa, a evolução da responsabilidade civil deslocou do foco principal de repressão ao ato ilícito, para adentrar especialmente na busca do fato danoso e na tutela da vítima sofredora de injusta ofensa.

Então, já com a Constituição de 1988 do Brasil, quando a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva foram enfatizadas, tanto como base das relações sociais, como do instituto da responsabilidade civil, ficou evidente a intenção do legislador de proteger a vítima, em vez de punir o agente.

Foi assim que surgiu o início da aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Brasil, uma vez que danos injustos ocasionados pela chance perdida não recebiam equivalente indenização, ainda que merecessem. Dessa forma, a perda de uma chance séria e real, como lesão a uma legítima expectativa, deveria ser suscetível de reparação, passando a ser aceita amplamente pela doutrina e jurisprudência.

Consideradas as mudanças sociais e as adaptações do direito, novos interesses surgiram e cada vez mais situações inéditas foram sendo tuteladas pelo ordenamento, entre elas a indenização pelo dano decorrente da perda da chance, como será melhor explicado no texto deste trabalho.

2.3 – DA POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO EM PORTUGAL

Listada como fonte de obrigações no Código Civil português, por conta de o ofensor se ver obrigado a reparar o injusto prejuízo causado, a base da responsabilidade civil em Portugal é encontrada entre os artigos 483º e 510º, transcritos abaixo:

Art. 483º.1- Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

Art. 510º: A indemnização fundada na responsabilidade a que se refere o artigo precedente, quando não haja culpa do responsável, tem, para cada acidente, como limite máximo o estabelecido no n.º 1 do artigo 508.º, salvo se, havendo seguro obrigatório, diploma especial estabelecer um capital mínimo de seguro, caso em que a indemnização tem como limite máximo esse capital.

Dado que a responsabilidade parte de uma conduta violadora de um dever jurídico, o legislador português dividiu o instituto em espécies, conforme a fonte do dever e o elemento subjetivo da conduta. Vejamos:

(i) responsabilidade por *facto* ilícito, artigos 483º a 498º, quando o dano decorrer da prática de um fato ilícito ou delito;

(ii) responsabilidade pelo risco, artigos 499º a 510º, quando o dano deveria ter sido suportado por pessoa distinta do terceiro que injustamente sofreu; ou,

(iii) responsabilidade pelo sacrifício, por exemplo, artigo 339º, nº 2 (estado de necessidade), ainda que a lei permita ao causador a provocação de danos, ao mesmo tempo obriga a compensá-los posteriormente.

Quanto à fonte, também em Portugal é estabelecida a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual. Doutrina minoritária defende a teoria unitária, aduzindo que a responsabilidade é reação pela infração de dever preexistente, derivado de fator social capaz de criar normas de conduta.

No entanto, a maioria entende que a responsabilidade civil extracontratual decorre da violação de um dever geral – dever de conduta imposto a todas as pessoas – previsto em lei ou na ordem jurídica. Assim, um ato ilícito – ou lícito, a depender do caso concreto – dá origem à relação jurídica obrigacional por si só, criando para o causador do dano o dever de indenizar a vítima¹⁵.

Por outro lado, a chamada responsabilidade civil contratual provém da inexecução de uma obrigação estabelecida previamente entre as partes (ofensor e

¹⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10ª ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

vítima). Neste caso, preexiste um vínculo obrigacional e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento¹⁶.

Entende o Professor Antunes Varela que a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque ao afirmar haver nítida ligação entre esses dois tipos de responsabilidade, pelo fato de que elas podem surgir de um mesmo evento e transitarem do domínio de uma para a esfera normativa da outra¹⁷.

Neste sentido, cita as lições de Trabucchi e traz dois exemplos para ilustrar tal afinidade. Veja-se abaixo.

Em um primeiro exemplo, o agressor causa danos à integridade física da vítima e responde pelo ilícito extracontratual. Se fixada em sentença a indenização devida e o agressor tardar ou recusar a quitá-la, haverá, nessa hipótese, ilícito contratual, pela violação de obrigação fixada via decisão judicial.

No segundo caso, em um acidente rodoviário, pede que o leitor imagine que o motorista tenha sido culpado por provocar danos aos passageiros que transporta e atropelar os transeuntes que atravessavam a rua. Pelos primeiros responderá por ilícito contratual e, para os transeuntes, por ilícito extracontratual.

Sobre o nexos causal, vê-se, da leitura do artigo 563º do Código Civil Português, que este não só é pressuposto da responsabilidade civil, mas também se presta a parametrizar a obrigação de indenizar¹⁸.

A polêmica está nas situações em que os danos são gerados por mais que uma causa. São destrinchadas abaixo as principais teorias de causalidade aplicadas, todas que se prestam a identificar a relação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido.

(i) Teoria da Equivalência das Condições

Também conhecida como *conditio sine qua non*, a teoria nasceu no século XIX na Alemanha e, segundo Cavaliere, explica que todas as condutas que foram essenciais para a ocorrência do evento danoso são consideradas como causas equivalentes, de maneira que, em não havendo alguma delas, ainda assim teria se produzido o dano¹⁹.

¹⁶COSTA, Mario Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 12ª ed., Coimbra, Almedina

¹⁷VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I, 10ª ed., Almedina

¹⁸COSTA, Mário Júlio de Almeida. Ob. cit., p. 605

¹⁹CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10ª ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

Pelo entendimento do autor, não são consideradas todas as condições como causa do evento danoso, isto é, abdica-se de condições juridicamente relevantes, vez que, nesse caso, as causas não são distinguidas qualitativamente.

O autor defende que a teoria favorece a vítima, por conta dos vários agentes imputáveis presentes em diversos casos, ao passo em que causa grandes injustiças, e, por isso, vem sendo cada vez menos adotada.

(ii) Teoria da Última Condição

Conhecida também como teoria da causa próxima, a teoria considera causa do dano a condição que diretamente o antecede. Para seus defensores, o caráter qualitativo da condição necessária deve prevalecer sobre o caráter temporal. Assim, quem teve a melhor oportunidade de evitar o dano é quem deve repará-lo, no lugar daquele que teve a última chance de evitá-lo.

Para Cavaleiri, esta teoria também não é a mais razoável, uma vez que, em geral, aquele temporalmente mais próximo ao evento danoso geralmente terá melhores condições para evitar decisivamente os efeitos.

(iii) Teoria da Condição Eficiente

Segundo a teoria da condição eficiente, desenvolvida por Birkmeyer, uma avaliação quantitativa indicará a eficiência das condições do evento danoso e encontrará a causa responsável pelo dano.

Os críticos aduzem que, na prática, a teoria não busca critérios para definir o nexo causal. Argumentam que, ao procurar a condição mais eficiente, inevitavelmente o sujeito dotará de pessoalidade o resultado, assumindo para si a função de julgador, o que seria juridicamente inadequado²⁰.

(iv) Teoria da Causalidade Adequada

Desenvolvida no final do século XIX na Alemanha por Von Kries e Rumelin, a teoria representa desde então um progresso relevante quanto a teoria da equivalência de condições²¹.

²⁰DIAS, José de Aguiar. Ob. cit., p. 95.

²¹SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 23.

Segundo Rafael Peteffi da Silva, apesar de a primeira e estas teorias exigirem o requisito da *conditio sine qua non*, a causalidade adequada exige que, além de necessária, deva ser entendida como causa apenas a conduta perfeitamente idônea/adequada para a ocorrência do dano.

Um fato é causa adequada de um evento danoso quando, ao nos colocarmos no momento anterior à sua prática, for possível vislumbrar que o dano ocorreria de acordo com as regras da experiência comum. Nesse caso, tem-se o dano indenizável.

Segundo Noronha, não seriam indenizáveis, portanto, os danos produzidos por influência de circunstâncias extraordinárias, ou situações consideradas improváveis, mediante a ponderação de regras de experiência comum e técnica²².

No entanto, a teoria da causalidade adequada não está imune a críticas. Ao admitir a alegação de conhecimentos específicos do indivíduo como meio de prova, excluem-se os casos de responsabilidade objetiva, uma vez que seria imputada culpa, quesito não ponderado nessa modalidade.

Mesmo assim, a teoria serve também de base para a responsabilização pela perda da chance no direito português, ao deixar expressa sua aplicação no artigo 563º do respectivo Código Civil, dispondo que

“A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”²³.

Vejamos o que se entende pela teoria da perda de uma chance, objeto principal deste trabalho de conclusão de curso, nos ordenamentos examinados.

CAPÍTULO 3 – DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

3.1 – CONCEITOS INICIAIS

O dicionário da língua portuguesa da Porto Editora traz em seu corpo a definição de chance, sendo esta traduzida em “1. oportunidade; 2. sorte; 3. felicidades”. Ao mesmo tempo que denota possibilidade, também significa a sua

²²NORONHA, Fernando. Ob. cit., p. 476.

²³PORTUGAL. Código Civil Português. Lisboa, Decreto-Lei nº 47.344, 25/11/1966.

concretização. Além disso, também está presente a ideia de incerteza/imprevisibilidade.

Carlos Roberto Gonçalves²⁴ trata da chance como sendo um bem sujeito a riscos. Transcreve a doutrina do alemão Nils Jansen, este que resume ser chance a representação da possibilidade de se ganhar um determinado benefício ou de se evitar um dano ou uma lesão.

Ainda de acordo com o autor, a chance de evitar uma lesão reflete o risco da mesma se concretizar e a chance de ganhar um benefício reflete o risco de não o obter, representando sempre uma expectativa necessariamente hipotética.

Para Rute Teixeira Pedro, “a chance é a expectativa hipotética que pode ser materializada no ganho final de um processo aleatório”²⁵.

Para a autora, se a vítima sofre com a perda da probabilidade de obter êxito por ato culposo de terceiro, deve ser fixado um valor estatístico para aquela probabilidade, visando a conferir caráter de certeza.

Importante ressaltar que o dano pela perda da chance não se verifica se a conduta que o origina for reversível, isto é, se ainda for possível o alcance do resultado final, não há que se falar em reparação pecuniária.

Assim, o que se evidencia é que a chance frustrada não é indenizável pelo efetivo benefício esperado, mas pela probabilidade perdida que esse resultado tinha de ser alcançado, caso o processo não houvesse sido interrompido, em prejuízo da vítima, por ato ilícito do ofensor.

Conforme ensinamentos de Glenda Gonçalves Gondim, a teoria surgiu em 1965, com uma decisão francesa da Corte de Cassação do país, em caso de responsabilidade civil médica, em recurso acerca da responsabilidade do profissional que diagnosticou em erro a doença de um paciente, prejudicando sumariamente as chances de cura da patologia que sofria²⁶.

Segundo a autora, a partir desse *leading case*, surgiram outras decisões no mesmo sentido, como no caso do paciente que, após ser operado por apendicite, veio a falecer. No julgamento em 1969, restou provado que o médico realizou o ato

²⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 15ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁵PEDRO, Rute Teixeira. A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra Editora, 2008, p. 179-180.

²⁶GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil. 15ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

cirúrgico sem antes requerer exames pré-operatórios, o que teria constatado a reação adversa do paciente e evitaria seu falecimento.

A professora cita ainda um julgamento de 1979, a respeito do caso de uma senhora que faleceu após convulsionar ao fim de um procedimento cirúrgico, em decorrência do uso de anestesia local a base de xilocaína. Ficou decidido que o cirurgião deveria ter realizado o ato em conjunto com um anestesista, haja vista o conhecimento dos riscos de convulsão que a anestesia poderia causar.

Conclui Gondim que *“a indenização não foi devida pela morte do paciente e sim pela perda de uma chance de sobrevivência”*²⁷.

Naquele caso, julgado pela Corte de Cassação Francesa, os julgadores basearam-se na conduta culposa do agente e no dano causado à vítima, independentemente da prova do nexo causal.

Da leitura da doutrina, entende-se que a teoria teve origem no campo médico, em virtude da dificuldade de se provar a existência de nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

Interessante o estudo do italiano Giovanni Pacchioni, professor da Universidade de Milão, que tratou da responsabilidade civil pela perda de chance, em sua obra *Diritto Civile Italiano*, publicada em 1940. O autor teceu alguns questionamentos e suas possíveis soluções. Vejamos:

- 1- *Um jóquei que, mesmo tendo recebido o cavalo de seu proprietário a tempo, se atrasa e não consegue participar de uma competição;*
- 2- *Um pintor que é impedido de participar de uma exposição por culpa da empresa de correios, que atrasou na entrega do seu quadro;*
- 3- *Um advogado que deixa transcorrer o prazo para interpor recurso contra decisão desfavorável aos interesses de seu cliente, excluindo qualquer chance de este ter a decisão reformada a seu favor na instância superior.*

O autor afirmava que, para qualquer das situações anteriores, ainda que houvesse justo motivo para vítima reclamar, era polêmico se haveria interesse jurídico para ajuizar a ação de reparação, por não ser verificável um dano certo.

Pacchioni reconhece que os eventos danosos eliminam possibilidades das vítimas alcançarem vantagens. Porém, segundo o autor, as possibilidades seriam aleatórias, não dotadas de valores certos, efetivos e atuais, não sendo indenizáveis.

²⁷GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil. 15ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.

Assim, ainda que possuíssem um valor social notável, não eram dotadas de valor econômico²⁸.

Saliente-se que, este estudo foi elaborado pelo autor antes mesmo da vigência do Código Civil italiano de 1942, que acolheu a teoria da perda de chance. Muito por conta da proximidade geográfica com a França, em cujo ordenamento a teoria vinha avançando, mas também por algumas características comuns em seus códigos civis, a indenização pela chance perdida foi inserida desde cedo no diploma civil do país.

Já no Brasil, Carlos Roberto Gonçalves tece comentários a respeito da Teoria da Perda da Chance e sua origem histórica. Temos o seguinte:

O dano derivado da “perda de uma chance” deve-se à jurisprudência francesa, que desde o final do século XIX entende indenizável o dano resultante da diminuição de probabilidades de um futuro êxito, isto é, nos casos em que o fato gerador da responsabilidade faz perder a outrem a possibilidade (chance) de realizar um lucro ou evitar um prejuízo. Se a chance existia, e era séria, então entra no domínio do dano ressarcível.²⁹

Ainda que timidamente, os Tribunais brasileiros vêm aceitando a aplicação da teoria e fixando indenizações pela chance perdida, mesmo existindo polêmica acerca de sua aceitação, justamente por não existir previsão expressa específica e da aleatoriedade inerente ao dispositivo.

Isso porque, como se sabe, o Direito é instrumento de regulação social, devendo se adaptar às transformações a fim de cumprir seu papel da melhor forma. Sem dúvida, para o direito privado, as relações entre os particulares são muito mais dinâmicas e, conseqüentemente, influenciadas pelas novidades das transformações sociais, de forma que o judiciário deve se adequar para interferir satisfatoriamente na sociedade.

Com o tempo, foi constatada a necessidade de ajustar os pressupostos da responsabilidade civil para aumentar o escopo de compensações pelos danos ocasionados às vítimas. Outros tipos de danos indenizáveis ganharam espaço, para fazer valer o princípio solidarista e a reparação da vítima.

A partir dessa nova mentalidade, princípios imutáveis foram abandonados e a chance e a probabilidade como indenizáveis vieram à tona, evoluindo o instituto da

²⁸PACCHIONI, Giovanni, p. 109-115

²⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil – 15. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 340.

responsabilidade civil com a valorização da incerteza. Foi institucionalizada a reparação por danos complexos, casos de não identificação do agente ofensor, ou de eventos com origem na força da natureza.

Desde sempre os doutrinadores do direito desconsideravam a responsabilização pela perda de oportunidade, aduzindo que só aquilo que aconteceu de fato poderia ser dotado de certeza e teria capacidade de ensejar indenização. Da mesma forma, os julgados dos tribunais pátrios vinham sinalizando que, sem prova inequívoca do nexo causal, não haveria cominação de verba indenizatória, isto é, a vítima teria atingido o resultado esperado se não fosse o ato do ofensor causador de dano.

Na prática, segundo a doutrina, o que tem se visto são pedidos inadequados, buscando com a demanda resultado diferente daquele que prega o instituto da perda da chance. Por exemplo, ao invés de pleitearem reparação pela retirada da oportunidade de angariar vantagem, requerem indenização pela vantagem efetivamente perdida.

Na realidade, o que para um leigo pode parecer falar mais do mesmo, aqui a diferença é extremamente relevante. Só a própria perda da chance de obter vantagem ou de evitar prejuízo é capaz de embasar pedido de reparação pela perda da chance, ao passo que a vantagem esperada em si deve se submeter à ação própria.

A polêmica está no fato de que a chance perdida é tão somente uma incógnita, de maneira que não há como saber ao certo se o resultado pretendido teria sido logrado se a chance não fosse perdida por ato de terceiro ofensor.

Se fosse previsível o êxito a partir daquela chance, por óbvio haveria o dever de indenizar por conta da certeza também de dano. Ao mesmo tempo, estando evidente que a chance não se concretizaria, não caberia reparação pecuniária.

Também há casos em que existe efetiva chance de ser alcançado o resultado final, mesmo antes da ocorrência do evento danoso. Logo, diante da exclusão da possibilidade de sucesso, há um dano injusto e passível de indenização.

Aí está a polêmica do instituto da perda da chance: o lesado encontra dificuldades em estabelecer o nexo causal entre o ato do ofensor e a perda da chance, e, assim, diminuem suas possibilidades de ver-se indenizado.

Ainda assim, este problema é superado quando a chance é vista como um

direito existente antes mesmo do sofrimento da lesão, e, então, o fato danoso não repercute sobre uma vantagem a conseguir, mas sobre a possibilidade perdida.

Nesse ínterim, nota-se que a indenização é oriunda da perda da chance, por ser provado o nexos causal entre a conduta e a chance perdida. Não obstante, é necessário que a chance perdida exista, seja séria e real, além de provadas por cálculos de probabilidade ou aritmética.

Saliente-se que aqui na perda da chance também há os pressupostos da responsabilidade civil, isto é, conduta, dano e nexos de causalidade, sendo este nexos provado entre a conduta e a chance perdida. Além disso, quanto a ser real e séria, a necessidade destes fatores se dá porque contra danos hipotéticos ou eventuais não se fala em indenização.

Quanto à fixação do montante indenizatório, importante notar que seria devido o valor correspondente à vantagem final pretendida, vez que, para isso, necessária seria a comprovação do nexos causal entre a conduta e o dano final, diferente do que se estuda na perda de uma chance. No caso, por estudos de probabilidade e aritmética, atinge-se um valor que seja razoável para a vítima, sem dotá-la da mácula do enriquecimento ilícito.

No mais, assim como nos casos clássicos de responsabilidade civil, em que o dano deve ser inerente à reparação, neste caso a perda da chance também deve ser originada em um prejuízo certo, seja patrimonial ou extrapatrimonial.

3.2 – NATUREZA JURÍDICA

A respeito da sua natureza jurídica, dividimos a perda de uma chance em duas modalidades.

A primeira delas, a qual se filia Sergio Savi, entende a chance perdida como um dano autônomo. Esta modalidade diz respeito ao processo aleatório que é interrompido pelo ofensor antes do seu fim.

Consoante aos ensinamentos de Savi³⁰, se a vantagem esperada e perdida significasse um dano patrimonial, a perda da chance seria tida como dano material, já que o patrimônio da vítima seria alterado caso a chance não lhe fosse tirada. Ao mesmo tempo, se a vantagem apresentasse natureza extrapatrimonial, a perda de uma chance seria dano moral.

A segunda modalidade, de Rafael Peteffi da Silva³¹, trata do processo aleatório da vítima com a participação do ofensor para o momento da perda da chance. Para ele, quando não é certa a colaboração do ofensor no resultado, seria necessário aplicar a teoria da causalidade parcial para melhor instruir a fundamentação da perda da chance.

Mesmo como exceção ao modelo brasileiro de utilização do nexo causal, já que a conduta não é *conditio sine qua non* ao resultado, a teoria da causalidade parcial é solução mais justa para Peteffi, por tutelar a vítima ainda que haja somente probabilidade de participação do agente ofensor no ato.

Contudo, o autor ressalva que deve a teoria da causalidade parcial ser utilizada com cuidados, de maneira secundária/subsidiária, de acordo com a reparação integral dos danos.

In summa, visando a resolver a polêmica em torno da perda da chance, necessário analisar alguns pontos, como se o ato ilícito foi capaz de gerar dano e se a perda da possibilidade de alcançar vantagem esperada/evitar prejuízo, traduz-se em chance séria e real. Em seguida, demonstrado o dever de indenizar, o julgador fixará o montante indenizatório com base na probabilidade de ocorrência da chance que fora perdida pela vítima.

Doutrina majoritária considera que, só há dever de indenizar quando há prova de mais de 50% da probabilidade de conquistar a vantagem esperada. Mesmo assim, sabe-se que a melhor hipótese seria baseada na possibilidade de ocorrência do resultado final no caso concreto para evitar injustiças, como, por exemplo, pessoa com 49% de chances não ter direito a indenização pela chance perdida.

³⁰SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance, São Paulo: Atlas, 2006, p. 18-19.

³¹SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22.

3.3 – DA MENSURAÇÃO DO DANO

A complexidade de se fixar montante indenizatório é das maiores dificuldades encontradas para sedimentar a teoria da perda de chance. Desde logo, não podemos esquecer da subsidiariedade inerente ao instituto da perda da chance dentro da responsabilidade civil. Exclusivamente em situações em que não seja possível constituir prova acerca do nexo de causalidade entre a conduta e a perda da vantagem esperada – mas sim, entre o ato lesivo e a chance – é que se pode pleitear indenização com base no instituto, vez que só é possível demonstrar nexo entre ato lesivo e a chance.

A toda evidência, para ser fixado o *quantum debeatur*, isto é, a mensuração pecuniária da indenização pela chance perdida, invariavelmente o cálculo incluirá noções de estatística e probabilidade. Quanto aos métodos utilizados para calcular o valor da indenização, listamos abaixo alguns. Vejamos.

Segundo as lições do lusitano Prof. Júlio Gomes³², o Conselho de Estado Francês, através de sua metodologia própria, exige prova de cinquenta por cento (50%) de probabilidade de alcance da vantagem esperada para fixar indenização.

Então, se atingida essa porcentagem, a reparação será equivalente ao resultado final. O que se observa é que a menor ou maior probabilidade não influencia no montante indenizatório, mas só determina se o dano deverá ser ressarcido ou não.

Segundo o professor, também há casos de métodos parecidos no direito norte-americano. No âmbito da responsabilidade civil médica norte-americana, muitas vezes é entendido que a reparação integral deve ser concedida mesmo quando o ato lesivo tenha reduzido a chance do resultado por pouco mais que a metade, por exemplo, 55% (cinquenta e cinco por cento).

Tanto no caso francês, como no americano, restam evidentes os menores obstáculos de comprovar o nexo causal entre a conduta do agente e o dano final, facilitando a aplicação da reparação pela perda da chance.

³²GOMES, Júlio. Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões, p. 305.

Porém, as críticas a esse entendimento não são poucas. O que a doutrina majoritária afirma é que o lesado não deve ser indenizado segundo o dano final, mas sim proporcionalmente à sua chance de ver concretizado aquele resultado.

Note-se que o resultado do cálculo é diferente se for considerada a chance, no momento da perda, ou o resultado final. Isso porque, a reparação pela chance perdida, seja para angariar vantagem, seja para evitar prejuízo, impreterivelmente será menor que o valor do resultado final esperado.

A mestra Rute Teixeira Pedro³³, por outro lado, entende que seja necessário realizar uma dupla avaliação, isto é, deve ser analisada a utilidade econômica do resultado e a probabilidade de acontecer. Portanto, o montante indenizatório deve corresponder ao valor esperado subtraído proporcionalmente da porcentagem da probabilidade de atingi-lo.

Assim, o julgador deve considerar o percentual de probabilidade de obter o resultado final a partir da chance esperada e valorar segundo tais padrões. Tanto no dano material, quanto no moral, o juiz não pode indenizar a vítima pela perda da chance de forma integral, ou estaria sendo reparado o resultado final, e não o dano efetivamente sofrido.

Já Joseph H. King Jr.³⁴, professor estadunidense da University of Tennessee, citado pela professora Rute Pedro, acrescenta em seus estudos que, em alguns casos, o dano oriundo da perda de chance e o próprio dano final poderão ser concorrentes, não podendo o julgador se descuidar e findar por conceder reparação excessiva ao lesado, isto é, enriquecer a vítima ilicitamente.

Para ilustrar com exemplos, King Jr. cita o caso de um paciente doente que é submetido a um tratamento com probabilidade de cura na proporção de 40% (quarenta por cento), que ensejaria, caso satisfatório, uma expectativa de mais 35 (trinta e cinco) anos de vida. Especificamente nesse caso, ainda que não houvesse êxito, bastaria iniciar o tratamento que se asseguraria uma expectativa de 06 (seis) meses de vida.

³³PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 457-464.

³⁴KING JR., Joseph H.. *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequence*, The Yale Law Journal, vol. 90, n.º 6, 1981, p. 1382-1383.

No entanto, ao contrário do que se esperava, o médico comete um erro e ministra a medicação em dosagem superior à recomendada, ensejando o óbito do paciente, ainda no início do tratamento havido.

No cenário anterior, são demonstrados dois tipos de dano, quais sejam, o final, dada a certeza de sobrevivência de seis meses mesmo no fracasso do tratamento, mas também o oriundo da perda de chance, correspondente a 40% do valor de a vítima viver trinta e quatro anos e seis meses.

Professor de economia da Dayton University, Ralph Frasca³⁵ entende que o custo de oportunidade, representado pelo valor da chance perdida, deve ser base para os cálculos do montante indenizatório. Porém, concorda que o resultado a partir da metodologia padrão da economia não observaria normas aplicáveis ao sistema legal vigente.

Afirma que, mesmo não sendo função do economista realizar a interpretação da lei, em muitos casos, a compreensão do dispositivo legal se baseia em conceitos econômicos, especialmente na seara da perda de chance, o que poderia tornar mais robustas as decisões judiciais se partissem do pressuposto econômico.

Note-se que, na mensuração do reparo, o que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado, ou seja, deve ser atribuído valor tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre o número incidir uma redução proporcional às probabilidades da vítima de obter do resultado final que esperava.

Tudo isso porque não há como definir exatamente o prejuízo ocasionado de maneira cabal e inequívoca, mas tão somente a evidência da provável ocorrência. Dessa maneira, a indenização, calculada de maneira proporcional, coerente e razoável, deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção do resultado almejado.

Além disso, importante considerar que o ser humano é influenciado pelo meio de convívio, onde são criadas expectativas que nem sempre caminham para a concretização. Diariamente, as relações humanas geram expectativas – que muitas

³⁵FRASCA, Ralph. Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages, em *Journal of Legal Economics* 15, 2008-2009, p. 93.

vezes são também de direito –, projetando-se sonhos, desejos e vontades, esperando-se que eles se realizem.

Tanto a expectativa, quanto a frustração, não devem ser ignorados pelo Direito, eis que surtem efeitos na esfera privada da vítima que merecem a tutela do julgador, tanto para evitar abusos, quanto para remediar o injusto dano causado.

Após analisarmos os principais dos inúmeros métodos de mensuração, fica evidente a falha do argumento por vezes discutido na doutrina de que não se poderia quantificar com segurança a indenização pelo dano oriundo da perda da chance.

CAPÍTULO 4 – DA APLICAÇÃO DA PERDA DA CHANCE NO BRASIL

Constatou-se a necessidade de adotar a teoria da perda da chance no Brasil, visando a conceder maior proteção aos direitos e garantias individuais no país, como já vinha sendo entendido internacionalmente.

Surge então uma nova ideia de dano passível de indenização no direito brasileiro, a partir da aceitação pela doutrina e jurisprudência nacionais da teoria da perda de uma chance.

Ainda que sem amparo legal específico – já que a sociedade se desenvolve, se modifica e evolui antes do direito –, têm surgido em ritmo acelerado os casos de ajuizamento de ação com pedidos de indenização com base na chance perdida.

De qualquer forma, mesmo sem previsão legal da possibilidade de aplicação da indenização pela perda da chance, não foi encontrado qualquer obstáculo na legislação vigente para a reparação do dano pela chance perdida, motivo do sucesso inicial da teoria.

Aliás, ao contrário do que se pode pensar, o Código Civil de 2002 traz em suas disposições uma cláusula geral de responsabilidade, sem limitar quais danos especificamente estão incluídos na regra. Leia-se abaixo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo³⁶.

³⁶BRASIL, Código Civil. Lei nº 10.406/2002, Art. 927. Disponível em www.planalto.gov.br.

Como se não bastasse, se faz presente o princípio da reparação integral do dano, em que a vítima deve receber indenização de todos os danos que injustamente vier a sofrer. Para se adaptar aos estamentos da justiça, foi necessário enquadrar a perda da chance como tipo de dano suportado pela vítima, pois é dano injusto e que poderia ter sido evitado se não fosse a conduta do agente.

Atualmente, os tribunais estaduais possuem inúmeros julgados reconhecendo a indenização pela perda de uma chance. Todavia, ainda não resta pacificada a classificação dada à natureza jurídica da teoria.

Dada a polêmica inerente ao instituto, ora os julgados alteram a classificação da perda da chance como espécie de lucro cessante, ora como dano moral, e, às vezes, como meio termo entre eles. Quanto ao montante indenizatório, agindo em erro, não raro o julgador equiparar a indenização pela chance perdida à indenização pelo dano final.

4.1 – CASOS CONCRETOS

Visando a ilustrar melhor o presente trabalho de conclusão de curso, são colacionadas abaixo breves análises de precedentes brasileiros envolvendo a temática da perda da chance.

Inicialmente, veja-se a decisão proferida pela 1ª Turma Recursal Cível do Rio Grande do Sul, em cujos termos foi apreciado pedido de indenização de um atleta profissional, competidor do esporte *Down Hill*, praticado com bicicletas *mountain bike*, em face de determinada transportadora de ônibus.

Em suas alegações, aduzia que a companhia se recusou a despachar suas bagagens por conta de o bagageiro estar lotado, ensejando atrasos na viagem dos competidores enquanto aguardavam por outro ônibus. Por conta do atraso ocasionado por culpa da sociedade empresária, os atletas – categoria na qual se incluía o autor – não puderam se inscrever na etapa classificatória da competição a que se destinavam.

Da leitura dos autos e do acórdão, a transportadora Ré fora condenada ao pagamento de indenização por danos morais, tendo por base não só o abalo moral

que a frustração de parte do objeto do contrato de transporte foi apta a provocar, mas também pela perda de uma chance de atingir melhor resultado no campeonato³⁷.

Mais emblemático nos tribunais do país a respeito do tema, foi o caso que envolveu a emissora de televisão “SBT” do empresário Silvio Santos e seu programa “Show do Milhão”, famoso não só no meio jurídico, mas também na mídia em geral, que noticiou amplamente a polêmica na época.

Alegava a Autora ter perdido a chance de ganhar R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) no programa de perguntas e respostas, em razão de a pergunta final não ter resposta correta dentre as opções sugeridas pelo programa.

Em seguida, restou provado que a resposta dada como certa pelo programa, capaz de entregar à Autora o prêmio máximo, não tinha fonte confiável e fidedigna ao conteúdo da pergunta. Demonstrada a contraprova da resposta efetivamente correta por revista científica, o tribunal decidiu reparar a autora com base na perda da chance.

Quando da prolação do acórdão pelo Superior Tribunal de Justiça, os julgadores condenaram a sociedade empresária ré ao pagamento de indenização, vez que a autora havia perdido a oportunidade de vencer o programa e levar o prêmio por culpa da ré, que elaborou pergunta sem resposta quando do acontecimento ao vivo do programa³⁸.

No direito consumerista, também já são vistas decisões lastreadas pela perda da chance.

Por exemplo, cite-se o caso da consumidora que, através de aplicativo de reserva de hotéis pela internet, confirmou e pagou por sua estadia com objetivo de prestar última fase de concurso público na cidade de destino.

No entanto, ao chegar na cidade para passar a noite e, no dia seguinte, participar da etapa final do certame, viu-se impossibilitada de se hospedar porque sua reserva não constava no sistema. Para piorar, não havia mais vagas nos hotéis da região.

³⁷RIO GRANDE DO SUL. Turmas recursais cíveis. Recurso Cível Nº 71001763796. Recorrente: Rafael de Moura Krugel. Recorrido: Victor Razzera & Cia. Ltda. Relator: João Pedro Cavalli Junior. Julgado em 18.12.2008, Disponível em: <www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 03.06.2018.

³⁸REsp 788.459/BA, Rel. Min.Fernando Gonçalves, j. 13.03.2006.

Demonstrado nos autos daquela ação que o erro teria se dado por culpa do programa de reservas, e, que a chance de prestar o concurso para o qual havia se preparado e tinha chances de aprovação se frustrou, a sociedade empresária fora responsabilizada e obrigada a reparar o dano pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul³⁹.

Quanto ao tema do inadimplemento contratual, cite-se o caso da empresa de rastreamento e bloqueio de veículos à distância que foi condenada a indenizar sujeito que teve seu veículo furtado, mesmo após comunicação de crime à empresa em tempo hábil.

O Tribunal de São Paulo entendeu que, ainda que se tratasse de obrigação de meio da sociedade empresária contratada, foi frustrada a chance do contratante de recuperar seu veículo, por conta da sociedade empresária ter deixado de bloquear o bem de se locomover quando alertada sobre o furto⁴⁰.

Já há decisões no Brasil de aplicação da perda de uma chance em situações especiais de inadimplemento contratual. Veja-se abaixo.

Determinada sociedade empresária especializada na coleta de células-tronco embrionárias de cordão umbilical não compareceu ao hospital para proceder a coleta de material de recém-nascido, após contratação da família para fazê-lo e agendamento de data para o nascimento do bebê em conjunto com hospital, equipe de médicos e a sociedade coletora.

Segundo acórdão do egrégio STJ, o recém-nascido perdeu a chance de prevenir tratamento de determinada patologia futura, dadas as constantes evoluções da medicina atual e dos estudos de utilização de células-tronco como cura de diversas doenças graves, haja vista o poder regenerativo inerente às mesmas, que tem fontes extremamente restritas, como nos cordões umbilicais⁴¹.

No Brasil, é fácil ver a aplicação da reparação pela perda da chance em outros ramos do Direito, não estando restrita ao Direito Civil.

³⁹TJ/MS – Ap. 0100179-76.2009.8.12.0046, j. 19.11.2012.

⁴⁰TJ/SP – Ap. 0179842-53.2008.8.26.0100 – Rel. Des. Hamid Bdine, j. 23.04.2014 e Ap. 0045311-76.2012.8.26.0007, Rel. Des. Ana Catarina Strauch, j. 17.10.2014.

⁴¹REsp 1.291.247/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.08.2014.

Também há precedentes no Direito do Trabalho, como por exemplo, nos casos em que os empregados perdem oportunidades de trabalho porque o empregador anterior reteve indevidamente a CTPS⁴².

Além deste, por óbvio, também é possível o pedido de indenização pela perda da chance na seara das doenças e acidentes de trabalho, pedidos que cada vez têm logrado mais sucesso nos julgados trabalhistas.

Imaginemos a seguinte situação. Certo trabalhador que se encontra em perfeitas condições físicas e psíquicas. Enquanto se dedica ao exercício da profissão, estuda diariamente visando a preparar-se para prestar concurso público na busca de melhoria profissional e ascensão social.

Então, por conta de acidente de trabalho, perde a chance de concluir o tal certame que participa. Claramente, por fator externo à sua vontade – negligência da sociedade empregadora nos cuidados com a segurança do trabalho, por exemplo – é retirada do empregado/candidato a expectativa real de atingir o resultado esperado.

Sem embargo, a Fazenda Pública também pode ser responsabilizada em casos de reparação por perda da chance.

Por exemplo, lembremos dos casos de pacientes do SUS que falecem por conta da demora do ente público em fornecer medicação imprescindível à manutenção da saúde do cidadão.

Muitas vezes por descumprimento ou atraso no cumprimento de decisão judicial que determinava a entrega de medicamento, o sujeito e sua família veem eliminada a possibilidade de sobrevida.

Além das relações possivelmente responsabilizáveis trazidas supra, vale lembrar da que envolve a relação cliente e advogado.

Cite-se decisão do tribunal paulista que julgou a comum situação de perda de prazo do advogado. No caso, segundo a sustentação do relator do TJSP, ficou entendido que a autora sofreu danos pela retirada da chance de recorrer por perda de prazo do seu patrono contratado.

O julgador ressaltou que, apesar do dano sofrido, afirmou que este não possuiria natureza material, vez que, segundo ele, *“a perda de uma probabilidade não caracteriza dano emergente ou lucro cessante”*, tampouco dano moral, pois o

⁴²TRT da 3ª Região; RO 1042/2009-079-03-00.6; Quarta Turma; Relª Juíza Conv. Maristela Iris da Silva Malheiros; DJEMG 06/12/2010.

descumprimento dos poderes conferidos pelo mandato não significa “*ofensa séria à dignidade da autora a justificar um sofrimento extraordinário*”. Segundo o ilustre relator, o dano oriundo da perda da chance não se enquadraria em gêneros já existentes.

Interessante perceber a alternância da classificação da natureza jurídica do dano da chance perdida na jurisprudência, ora classificando-a como espécie de lucro cessante, ora de dano moral, e ainda, como *sui generis*, enquadrando-se como um meio termo entre as espécies já existentes.

Na visão de Tepedino:

*Negar a indenização pela chance da perdida 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.*⁴³

Como restou demonstrado, apesar da ampla utilização e aceitação da teoria na prática, consolidadas hipóteses de se caracterizar a perda de uma chance mesmo não havendo específica positivação no ordenamento, existem doutrinadores e julgadores que negam a existência do dano oriundo da perda de uma chance, alegando se tratar de dano hipotético.

Para os minoritários, no caso de uma chance perdida, os danos provados seriam enquadrados como danos patrimoniais e/ou morais.

A partir do próximo capítulo, veremos como se dá a aplicação da teoria no ordenamento jurídico português.

CAPÍTULO 5 – DA APLICAÇÃO DA PERDA DA CHANCE EM PORTUGAL

Ainda que relativamente nova, considerando que o seu surgimento remonta ao recente século XIX, a Teoria da Perda da Chance é hoje amplamente aceita em

⁴³TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 2. Ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P.194.

diversos países, como Bélgica, Espanha, Holanda, Itália, Inglaterra, Estados Unidos, Brasil e Argentina, ainda que aplicada de formas diferentes e em distintas situações, de acordo com o ordenamento jurídico no qual é utilizada.

Contudo, dentre todas as suas nacionalidades, a de maior relevância para este trabalho é, decerto, aquela inserida no Direito Português, cujo Código Civil encontra, genericamente, previsão da Perda da Chance.

Nos artigos 562º e 563º, são encontradas as bases do instituto da responsabilidade civil. Segundo o primeiro deles, é disposto que:

Art. 562º: Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

Já no artigo 564º, é encontrada a hipótese dos lucros cessantes, segundo o qual, temos que:

O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.

No número dois do mesmo artigo 564º, deixa expresso que o tribunal pode atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis, abrindo espaço para a perda da chance. Vejamos:

Na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior⁴⁴.

Da análise dos julgados mais recentes, depreende-se que, mesmo havendo nuances de resistência dos tribunais portugueses, a teoria da perda de chance tem sido cada vez mais utilizada para fundamentar decisões, podendo já se considerar válida no ordenamento luso a sua aplicação.

Da leitura de julgado de 2016 do Supremo Tribunal, vemos a aceitação da teoria cada vez mais presente no ordenamento, com base no citado art. 564º, nº 2, do Código Civil Português. Leia-se abaixo:

⁴⁴PORTUGAL. Código Civil Português. Art. 564º, nº 2. Lisboa, Decreto-Lei nº 47.344, de 25/11/1966.

Ao avaliar e quantificar o dano patrimonial futuro, pode e deve o tribunal reflectir também na indemnização arbitrada a perda de oportunidades profissionais futuras que decorra do grau de incapacidade fixado ao lesado, ponderando e reflectindo por esta via na indemnização, não apenas as perdas salariais prováveis, mas também o dano patrimonial decorrente da inevitável perda de chance ou oportunidades profissionais por parte do lesado⁴⁵.

Porém, assim como no Brasil, a teoria também é alvo de críticas em Portugal. Júlio Gomes⁴⁶ critica a dificuldade de enquadrar a espécie de dano e a confusão que envolve danos emergentes e os lucros cessantes. Defende que, mesmo que se entenda como um dano autônomo, não deve ser mensurado com autonomia, uma vez que é parte de um processo dinâmico e que resulta em um prejuízo definitivo. Comenta que a subjetividade da fixação do *quantum* indenizatório é mais um problema do instituto.

Acerca da aplicabilidade do instituto nos tribunais de Portugal, o autor assevera que a perda da chance representa uma quebra da teoria da causalidade adequada expressa no art. 563º do Código Civil português.

Art. 563º: A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

Assim, para o doutrinador, ainda que possua defeitos a teoria consagrada no código, seria impossível reconhecer uma “*espécie de causalidade probabilística*”⁴⁷.

Em suas lições, defende a existência de métodos alternativos e mais adequados que escolher dotar a perda da chance como uma espécie autônoma de dano, como a chamada “prova aparente”⁴⁸.

Mesmo assim, reconhece que a teoria deve ser admitida no direito português em algumas questões, nas quais a chance seja mais concreta, de maneira a não correr riscos do mero arbítrio subjetivista do juiz.

⁴⁵Processo 175/05.2TBPSR.E2.S1, 7ª Seção, STJ. Relator Lopes do Rego. Publicado em www.dgsi.pt.

⁴⁶GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 305.

⁴⁷GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 307.

⁴⁸GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 318.

Gomes aduz ainda que, por conta de jamais haver certeza do valor do prejuízo efetivamente causado, o tribunal deverá fixar equitativamente o montante, dentro dos limites provados nos autos, com base no art. 566º, nº 3, do Código Civil português.

Outros autores, citados por Júlio Gomes em seu livro, como Paulo Mota Pinto, autor da obra *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo* (Coimbra Editora) entendem que o dano oriundo da perda de oportunidade só deve ser admitido com a exigência uma mínima relevância da chance.

Para Paulo Pinto⁴⁹, ao invés da autonomização do instituto, deveriam ser adotadas no país a inversão do ônus da prova ou da facilitação da prova, da causalidade e do dano, e, ao final, aplicar-se o art. 494º do Código Civil para fixar indenização inferior aos danos finais.

Rui Cardona Ferreira⁵⁰ entende que a ideia de aplicar a perda da chance como um dano emergente e autônomo não é possível no sistema jurídico português. A solução sugerida é que seja adotada a *teoria da conexão do risco*, do alemão Claus Roxin, em cujos termos se entende que o dano existe já por conta da criação ou elevação de um risco de modo juridicamente não permitido.

A partir do momento que a criação do risco é suficiente, isto é, não mais importando constatar se o resultado teria sido produzido sem a conduta do lesante, a *conditio sine qua non* não está presente. Conclui o autor que a teoria da conexão do risco sugerida não encontra obstáculos no artigo 563º que traz o nexo de causalidade do Código Civil português.

Rute Teixeira Pedro⁵¹ demonstra ser amplamente favorável à adoção da teoria da conexão do risco. Para ela, a possibilidade de se alcançar o resultado final representa uma *tutela reparatória intermediária*, que servirá para situações em que não seja possível determinar se o ato ilícito culposo de terceiro tenha inviabilizado ou não a obtenção do um resultado até então esperado.

⁴⁹GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 323-324.

⁵⁰FERREIRA, Rui Cardona. Ob. cit., p. 360-361.

⁵¹PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 457-464.

Então, segundo Rute Pedro, o terceiro não pode ser responsabilizado pelo fracasso na obtenção do resultado esperado, por ser desconhecido o que aconteceria se não tivesse sido praticado o ato ilícito.

Jorge Ferreira Sinde Monteiro⁵² defende a aplicação da perda de chance na responsabilidade médica portuguesa. Segundo ele, os críticos defendem que, se aceite o dano oriundo da perda da chance, isso geraria insegurança e injustiça. Isso porque, na seara médica, representaria um reforço injustificável na responsabilidade do profissional, impondo-lhe uma obrigação de resultado, estando os médicos sujeitos a responder pelos erros de tratamento mais triviais.

Contra-argumenta o autor, asseverando que a tese *tudo ou nada* poderia provocar insegurança jurídica e injustiça social muito maiores, dada a dificuldade de se formular meios de prova e as demandas sem solução que haveriam de surgir.

Além disso, para a tranquilidade da comunidade médica, defende que deve ser apenas o erro culposo capaz de gerar obrigação de indenizar, não bastando que o resultado deixe de ser verificado para haver indenização.

Assim, para Sinde Monteiro, se a perda da chance de cura ou de sobrevivência parece sobrepajar o instituto da responsabilidade médica, representa, ao mesmo tempo, uma justa solução que balanceia o caráter aleatório da prova.

No mais, quanto aos profissionais liberais, frise-se que, a indenização pela perda da chance vem sendo mais aplicada em Portugal para casos relacionados à atividade advocatícia, que aos casos médicos.

Segundo seus argumentos, apesar das dificuldades de se aplicar a teoria, o autor entende que há razões robustas para ser aplicada, tanto de justiça material, quanto às bases de equilíbrio jurídico.

Vale trazer o brilhante julgado de julho de 2014, do relator Fonseca Ramos, do Supremo Tribunal, em cujos termos foi utilizada a teoria da perda da chance e demonstra a atual tendência da aplicabilidade da perda da chance no direito português. Vejamos:

⁵²MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Ob. cit, p. 146-152.

A figura da 'perda de chance' visa superar a tradicional dicotomia: responsabilidade contratual versus responsabilidade extracontratual ou delitual, summa divisio posta em causa num tempo em que cada vez mais se acentua que a responsabilidade civil deve ter uma função sancionatória e tuteladora das expectativas e esperanças dos cidadãos na sua vida de relação, que se deve pautar por padrões de moralidade e eticidade, como advogam os defensores da denominada terceira via da responsabilidade civil.

A perda de chance relaciona-se com a circunstância de alguém ser afectado num seu direito de conseguir uma vantagem futura, ou de impedir um dano por facto de terceiro. A dificuldade em considerar a autonomia da figura da perda de chance no direito português, resulta do facto de ser ligada aos requisitos da responsabilidade civil extracontratual – art. 483º, nº1, do Código Civil – mormente ao nexo de causalidade. Com efeito, um dos requisitos da obrigação de indemnizar, no contexto da responsabilidade civil ex contractu, ou ex delictu, é que exista nexo de causalidade entre a conduta do responsável e os danos sofridos pelo lesado por essa actuação culposa.

Para que se considere autónoma a figura de 'perda de chance' como um valor que não pode ser negado ao titular e que está contido no seu património, importa apreciar a conduta do lesante não a ligando ferreamente ao nexo de causalidade – sem que tal afirmação valha como desconsideração absoluta desse requisito da responsabilidade civil – mas, antes, introduzir, como requisito caracterizador dessa autonomia, que se possa afirmar que o lesado tinha uma chance [uma probabilidade, séria, real, de não fora a actuação que lesou essa chance], de obter uma vantagem que probabilisticamente era razoável supor que almejasse e/ou que a actuação omitida, se o não tivesse sido, poderia ter minorado a chance de ter tido um resultado não tão danoso como o que ocorreu.

Há perda de chance quando se perde um proveito futuro, ou se não se evita uma desvantagem por causa imputável a terceiro. Não devem assimilar-se os planos do dano e da causalidade, com implicação na perspectiva de excluir como dano autónomo a perda de chance, nem esta figura deve ser aplicada, subsidiariamente, quando se não provou a existência de nexo de causalidade adequada entre a conduta lesiva por acção ou omissão e o dano sofrido, já que existe sempre uma álea, seja quando se divisa uma vantagem que se quer alcançar, ou um risco de não conseguir o resultado desejado.

No caso de perda de chance não se visa indemnizar a perda do resultado querido, mas antes a da oportunidade perdida, como um direito em si mesmo violado por uma conduta que pode ser omissiva ou comissiva; não se trata de indemnizar lucros cessantes ao abrigo da teoria da diferença, não se atendendo à vantagem final esperada.

Ainda que haja certa resistência da doutrina e da jurisprudência portuguesas, não entendendo o dano da perda da chance como dano autónomo, diferente do dano final, e, portanto, passível de indenização, fácil perceber que a teoria tem ganhado espaço no ordenamento, seguindo a tendência de tantos outros países que já adotam, nos mais diversos campos de aplicação. Vejamos a seguir alguns casos concretos.

5.1 – CASOS CONCRETOS

Do exposto no texto do trabalho, vê-se que o tema é polêmico também no país do antigo continente.

Porém, a partir dos julgados que se colaciona abaixo, é possível notar a tendência do ordenamento português para relativizar determinados conceitos tidos como fixos, e, então, aplicar a perda da chance.

Em março de 2013, o Supremo Tribunal de Justiça condenou um banco de varejo por dano da perda da chance⁵³. No caso, condenou a instituição financeira a indenizar o portador de um cheque, por ter sido sustado indevidamente.

O autor aduzia que, a sociedade empresária, ao aceitar ilicitamente a sustação do cheque, excluiu a zero as expectativas do autor e inviabilizou a obtenção do resultado, isto é, o recebimento pelo Autor do valor inscrito no título.

Preenchidos os requisitos de ressarcibilidade, o relator deixou expresso que a indenização fixada não correspondia ao valor total para pagamento do cheque, mas sim à perda da chance de alcançá-la.

Segundo Oliveira Vasconcelos, relator do caso, ficou entendido que:

Estamos, pois, perante situações em que o pagamento do cheque se podia verificar no futuro, embora não fosse certo que isso acontecesse. E apesar desta incerteza, o autor, como portador legítimo do cheque – cfr. facto 1 do elenco dos factos provados e artigo 19º da referida Lei Uniforme sobre Cheques – encontrava-se em situação de vir alcançar o pagamento. Finalmente, o comportamento do Banco sacado, ao aceitar ilicitamente a revogação do cheque, destruiu as expectativas do autor e inviabilizou a obtenção do resultado esperado, ou seja, o pagamento do montante inscrito no cheque. Estão assim preenchidos os pressupostos da ressarcibilidade da chamada “perda de chance”, dano que se não confunde com a perda da vantagem esperada – aqui, o pagamento do cheque – mas diz respeito à perda da chance de obter uma vantagem – o referido pagamento.

⁵³Processo nº 4591/06.4TBVNG.P1.S1, relator Oliveira Vasconcelos, publicado em www.dgsi.pt.

Caso interessante sobre o dano da chance perdida, envolvendo a oportunidade de se obter ganho patrimonial no exercício da profissão, foi decidido em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de dezembro de 2010⁵⁴.

Aduzia o autor, jovem português recém-formado no curso superior de Design, que sofreu lesões em um acidente viário e, devido ao repouso e inatividade, atrasou em um ano a possibilidade de exercer atividade profissional remunerada, de acordo com a profissão que estava habilitado a exercer.

Segundo os autos do processo, o jovem pleiteava 14.000,00 euros de indenização pela chance perdida de trabalhar por um ano, isto é, o montante correspondia à soma total das remunerações que acreditava receber.

Os julgadores entenderam que a indenização seria de fato devida, vez que, se não houvesse sido vítima de acidente, teria iniciado a vida profissional um ano antes. Além disso, consideraram correta a fixação do montante, que tomou por base o salário médio provável da carreira como iniciante. Por fim, considerou que, mesmo sem provas do efetivo prejuízo associado à real obtenção de trabalho remunerado, a perda da chance estava evidente e não poderia deixar de ser considerada como um dano ou prejuízo.

Foi proferida decisão nos seguintes termos:

Demonstrado que, por causa das lesões sofridas em acidente de viação, o autor atrasou um ano a possibilidade de exercer uma actividade profissional remunerada, perdendo, assim, a oportunidade ou 'chance' de, até um ano antes, obter um ganho patrimonial próprio do exercício da profissão, embora indemonstrado o efectivo prejuízo necessariamente associado à real obtenção de trabalho remunerado, tal evento não pode deixar de ser, em si mesmo, considerado como um dano ou prejuízo.

Também há decisões de cunho administrativo com condenações à fazenda pública.

Em outubro de 2006, o Estado Português foi condenado pelo Superior Tribunal Administrativo a indenizar a chance perdida de soldado da Guarda Fiscal, por ter sido

⁵⁴Processo n.º 4948/07.3TBVNG.P1.S1, relatado por Alves Velho, publicado na internet em www.dgsi.pt.

afastado ilegalmente do posto de trabalho e, após ser reintegrado, já não detinha idade para ser buscar alocação no posto de cabo daquela tropa⁵⁵.

Nos termos do *decisum* exarado, temos que:

A perda definitiva da possibilidade de ter progredido na carreira constitui, sem dúvida, um dano decorrente daquele afastamento ilegal e, portanto, indemnizável, verificados que estão os pressupostos do artigo 483º do CC (facto ilícito e culposo, dano e nexó de causalidade)

O mesmo tribunal também condenou o Estado por conta de ato administrativo publicado em erro pelo Presidente do Tribunal de Contas. Neste caso, uma funcionária viu seu nome ser excluído injustamente da lista de candidatos de um concurso público, com quinze vagas de ampla concorrência, para carreira da Direção Geral do Tribunal de Contas⁵⁶.

Em suas alegações, aduzia a autora que o valor indenizatório deveria ser calculado com base na sua não admissão à realização do concurso, por ter sido afastada injustamente do certame, ainda que tivesse a séria probabilidade de ser aprovada.

Porém, segundo o entendimento dos julgadores do Tribunal, os concursos de auditores são extremamente complexos e exigentes, e, por isso, não haveria como ter certeza da aprovação. Assim, com base na razoabilidade, foram estabelecidos alguns critérios, chegando-se ao resultado de um terço de probabilidade de aprovação, motivo pelo qual foi-lhe concedida indenização de terça parte do salário a que faria direito se obtivesse êxito no concurso.

Noutros dizeres, a autora foi indenizada pela perda da oportunidade, considerada um dano em si, autônomo e distinto da vantagem final esperada.

Consoante o entendimento dos ilustres julgadores, ficou estabelecido que:

Ora, na jurisprudência deste Supremo Tribunal, há já uma corrente que entende que (i) o afastamento ilegal de um concurso, com perda de uma oportunidade de nele poder obter um resultado favorável, com repercussão remuneratória, é um bem cuja perda é indemnizável e que (ii) não podendo ser efectuada com exactidão a quantificação

⁵⁵Processo n.º 0289/069.4TBESP.P1.S1, relatado por Fernanda Xavier, publicado em www.dgsi.pt.

⁵⁶Processo n.º 047472A, relatado por Políbio Henriques em 25/02/2009, publicado em www.dgsi.pt.

desta perda, é de fixar a indemnização através de um júzo de equidade, em sintonia com o preceituado no nº 3 do art. 566º do C. Civil, tendo como limite máximo os danos invocados pelo requerente. No caso em apreço não vemos razão para divergir desta orientação e entendemos que a perda da situação vantajosa da exequente merece ressarcimento, tendo em conta, primeiro, que a despeito da incerteza acerca da futura obtenção do ganho, a exequente estava em situação de poder vir a alcançá-lo, isto é, estava investida de uma oportunidade real, segundo, que esta é um bem em si mesmo, um valor autónomo e actual, distinto da utilidade final que potencia, terceiro, que, por isso, a perda da oportunidade de conseguir o ganho, não é uma mera expectativa mas um dano certo e causalmente ligado à conduta da Administração e quarto, que a perda da situação jurídica, por causa legítima de inexecução, dá lugar a um dever objectivo de indemnizar. No caso dos autos, quanto ao ganho final, temos que o mesmo ascenderia a um pouco mais de € 100 000,00. Quanto à probabilidade de o obter a entidade executada aceita que a oportunidade de sucesso perdida pela exequente é de 1/3, sendo que a interessada não alega nem prova factos dos quais resulte ser superior a probabilidade de êxito. Deste modo, o Tribunal considera equitativo atribuir à exequente a indemnização de € 35 000,00.

Quanto a responsabilidade civil médica, com aplicabilidade evoluída inclusive no Brasil, vê-se que este caso não é sólido nos tribunais portugueses.

Em decisão do Supremo Tribunal de Justiça de outubro de 2009⁵⁷, foi julgado caso de um paciente que sofreu parada cardiorrespiratória e, em seguida, veio a falecer, por erro na administração de anestesia em cirurgia estética de lipoaspiração.

Interessante notar neste caso que, apesar de o julgado ter entendido que não houve prova suficiente da paragem cardiorrespiratória ter sido consequência da conduta médica, em voto vencido do Juiz Conselheiro Oliveira Vasconcelos, este entendeu que a vítima perdeu a chance que tinha de ser operada com êxito, uma vez que não apresentava contra-indicações à realização do procedimento após a elaboração de teste de risco, exames pré-operatórios, bem como idade e condições de saúde aptas para o procedimento cirúrgico.

Em maio de 2014, o Tribunal da Relações do Porto negou condenar uma casa noturna em indenizar o autor por danos oriundos da perda de chance, considerando que os requisitos necessários não estavam cumpridos.

⁵⁷Processo n.º 08B1800, relatado por Rodrigues dos Santos, publicado na internet em www.dgsi.pt.

Tratava-se de caso de um jovem que, após ser agredido no interior de uma discoteca como reflexo de uma briga física envolvendo terceiros e sofrera danos estéticos, não conseguiu juntar prova do ocorrido porque as gravações de imagem e som da casa de shows estavam com defeito⁵⁸. Logo, o que o autor/vítima buscava era a indenização pela perda de chance de obter êxito em ação indenizatória por danos estéticos. Na decisão, foi entendido pelos julgadores que vários outros aspectos deveriam ser analisados para que fosse aplicada a teoria, em especial os três a seguir.

Inicialmente, deveriam analisar “*a existência de um determinado resultado positivo futuro que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não se apresenta certa*”. Em segundo lugar, deveria haver a “*verificação de um comportamento de terceiro susceptível de gerar a sua responsabilidade, e que elimina de forma definitiva as (ou algumas das) existentes possibilidades de o resultado vir a se produzir*”. Por fim, caberia entender se existia “*chance real de consecução da finalidade esperada*”.

O entendimento exarado na decisão em referência expôs que o primeiro e o segundo requisitos estavam presentes, mas o terceiro não. Para o primeiro, a vítima detinha a legítima expectativa de se ver indenizada pelo dano sofrido; o segundo, ficou entendido que foi impossível para a vítima identificar os responsáveis; e, o último, que não se preencheu, sob o argumento de que não se sabia se as câmeras teriam sido capazes de focar a confusão, ou se a qualidade de imagem seria suficiente, por exemplo, para a identificação os envolvidos.

Assim, não estava em causa o dano final sofrido com a agressão, mas o dano intermediário, que consistia na perda da possibilidade de obter reparação em ação judicial, dado que a falta das imagens e áudios da ocasião impediram a responsabilização dos agentes e impediu a reparação do dano. Como dito alhures, o Tribunal do Porto foi contra a concessão de indenização ao autor.

Para o caso da perda da chance quanto a profissão dos advogados, em abril de 2010 o Supremo Tribunal negou a aplicação da teoria⁵⁹.

⁵⁸Processo n.º 1970/11.9TBPVZ.P1, relatado por Márcia Portela, publicado na internet em www.dgsi.pt.

⁵⁹Processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, relatado por Sebastião Póvoas, publicado na internet em www.dgsi.pt.

Naquele caso, o advogado/Réu havia interposto recurso sem as alegações, vindo a ser considerado deserto, de forma que os clientes/Autores se viram impossibilitados de recorrer de uma decisão judicial desfavorável.

O julgador entendeu que a deserção do recurso não enseja o dano da perda da oportunidade, vez que o resultado do recurso sempre será aleatório, por depender das opções jurídicas, doutrinárias e jurisprudenciais dos julgadores.

Concluiu-se pela rejeição da teoria da perda de chance, pelo fato de esta contrariar o princípio de certeza dos danos e da causalidade adequada, apesar de, diga-se de passagem, haver uma chance séria e real de ver a decisão reformada, cabendo a indenização pleiteada.

Já em setembro do mesmo ano, foi adotada posição divergente naquele Tribunal Supremo português, ao julgar caso de mandatário que peticionou intempestivamente contestação de um cliente, contra o qual recaíram os efeitos da revelia.

A interessante fundamentação da decisão salientou que deve existir a indenização pelo dano da perda de chance no ordenamento jurídico português, indicando que a impossibilidade de determinar o nexos causal não é suficiente para negar reparação ao cliente vitimado, quanto mais com base na teoria da causalidade adequada.

Para os ilustres julgadores, por se tratar de uma obrigação de meios e não de resultados, o dano emergente ali configurado, por conta do cumprimento defeituoso do contrato, deverá corresponder à prestação devida e não efetuada pelo advogado, omissão esta que excluiu do autor a chance de evitar um prejuízo. Ao final, conclui que o dano da perda de chance é dano autônomo e passível de ser ressarcido, conforme a seguir:

8) A perda de chance não se confunde com perda de expectativa, já que aqui há uma esperança de um direito, por se ter percorrido um "iter" que a ele conduziria com forte probabilidade. Trata-se de situação dogmatizada na responsabilidade pré contratual. 9) Na perda de chance, ou de oportunidade, verificou-se uma situação omissiva que, a não ter ocorrido, poderia razoavelmente propiciar ao lesado uma situação jurídica vantajosa. 10) Trata-se de imaginar ou prever a situação que ocorreria sem o desvio fortuito não podendo constituir um dano presente (imediatos ou mediato) nem um dano futuro (por ser eventual ou hipotético) só relevando se provado que o lesado obteria

o direito não fora a chance perdida. 11) Se um recurso não foi alegado, e em consequência ficou deserto, não pode afirmar-se ter havido dano de perda de oportunidade, pois não é demonstrada a causalidade já que o resultado do recurso é sempre aleatório por depender das opções jurídicas, doutrinárias e jurisprudenciais dos julgadores chamados a reapreciar a causa.

Por último, também sobre o caso da responsabilização do advogado, em julgado do Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de fevereiro de 2013, foi concedida indenização com base na perda da chance, pelo fato de sua advogada (ora Ré) ter perdido prazo para apresentar rol de testemunhas na ação em que fora contratada pelo então Autor⁶⁰.

Nesta parte, deixou expresso que:

a doutrina da «perda de chance» ou da perda de oportunidade, propugna, em tese geral, a concessão de uma indemnização quando fique demonstrado, não o nexos causal entre o facto ilícito e o dano final, mas, simplesmente, que as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de obviar um prejuízo, foram reais, sérias, consideráveis, permitindo indemnizar a vítima nos casos em que não se consegue demonstrar que a perda de uma determinada vantagem é consequência segura do facto do agente, mas em que, de qualquer modo, há a constatação de que as probabilidades de que a vítima dispunha de alcançar tal vantagem não eram desprezíveis, antes se qualificando como sérias e reais.

Ficou entendido que a comprovação do nexos causal entre a conduta omissiva e o dano sofrido pela recorrente seria desnecessária. Tanto pelo direito de ação, quanto pelo contrato firmado entre cliente e patrono, entendeu-se que não exercer o direito de recorribilidade de decisão judicial por omissão culposa do causídico é, por si só, um dano em si mesmo.

Então, o Relator Helder Roque destacou o seguinte:

O cumprimento defeituoso do mandato pela ré originou um dano para o autor que não viu satisfeita a prestação devida, por incúria e negligência daquela, que o privou, fazendo-o perder a sorte ou chance de vir a triunfar na acção.

⁶⁰Processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1, relatado por Helder Roque, publicado na internet em www.dgsi.pt.

Noutros dizeres, defendeu a chance perdida como um dano autônomo que merece a tutela do direito, por integrar o patrimônio jurídico do lesado e representa uma realidade atual, ressarcível apenas a oportunidade perdida e não o resultado final.

CAPÍTULO 6 – CONCLUSÕES

Não há dúvidas que a Teoria da Perda da Chance seja tema instigante.

Trata-se de construção doutrinária entendida como uma quarta categoria de dano, dentro do tema responsabilidade civil. Ainda que objeto de controvérsias, inclui-se ao lado dos danos materiais, morais e estéticos no instituto da Responsabilidade Civil.

O dano oriundo da chance é difícil de ser provado. Não existe uma certeza de resultado, mas sim uma mera oportunidade perdida, isto é, um dano oriundo de uma probabilidade. Trata-se de expectativa séria e real que possivelmente aconteceria caso a conduta ilícita não interrompesse o curso normal dos fatos.

Ainda que se considere a consolidada jurisprudência quanto à aceitação da teoria, por outro lado, a classificação do dano da chance é, decerto, entrave ao progresso da teoria. Reflexo da divergência doutrinária existente em ambos os países, e, sem bases consolidadas para a utilização plena do instituto, o que se vê é a aplicação em erro, muitas vezes adotando outros nomes para aquele argumento que se fundamenta na chance perdida.

Para os críticos da teoria, ao aproximar-se dos danos eventuais, defender a sua aplicação seria motivo de insegurança jurídica, já que não cabe indenização para a eventualidade.

Ainda assim, a reparação de danos se faz possível em casos de inibição, por culpa de outrem, de um fato esperado pela vítima, impedindo-a também de aferir um benefício consequente daquela ação (ou evitar uma desvantagem). Deste modo, a vítima garante a obtenção da reparação por parte do causador do dano, haja vista uma expectativa ter sido frustrada por ele.

Dado que qualquer mero engano legal é capaz de suscitar verdadeiras hecatombes sociais, é certo que a novas teorias devam ser analisadas com

parcimônia antes de suas aplicações efetivas.

Porém, quanto à teoria aqui referenciada, esta já se mostra aceita em diversos ordenamentos e, como demonstrado no presente trabalho, não contraria – tanto nos ordenamentos brasileiro ou português – sequer um dispositivo legal.

Ao mesmo tempo, na qualidade de operadores do direito, não podemos ignorar a evolução da sociedade, que urge por novas soluções jurídicas para resolver os prejuízos diários havidos inerentes às relações interpessoais.

No mesmo sentido, não deve a doutrina fechar as portas para institutos como a perda da chance que, comprovadamente, vem logrando êxito nos tribunais nos quais é aplicada, trazendo conforto às vítimas, ofendidas por sujeitos praticantes de atos ilícitos até então impunes, dada a dificuldade de formulação de provas em demandas envolvendo a chance.

Pelos próprios fundamentos, necessário discutir mais amplamente o tema em fóruns de estudo, de maneira a salientar sua importância, fortalecer sua aplicação e reduzir a desconfiança e descrença no instituto, principalmente dos críticos que tratam como dano meramente hipotético e eventual aquele oriundo da perda da chance.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Brasília, Lei nº 10.406, 10/01/2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10ª ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 12ª ed. - Coimbra, Almedina, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRASCA, Ralph. Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages, em *Journal of Legal Economics* 15, 2008-2009.

GOMES, Júlio. Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões. Em *Studia Iuridica*, 91, Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume II: Direito Privado, Coimbra Editora, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 15ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma chance*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2005, vol. 840

KING JR., Joseph H.. *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences*. Em *The Yale Law Journal*, v. 90, n.º 6

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica, Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, 1991.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações – Introdução à Responsabilidade Civil. V. 1, São Paulo, 2003

PACCHIONI, Giovanni. Diritto Civile Italiano – Parte seconda: Diritto delle obbligazioni, v. IV, Delitti e Quasi Delitti, Padova: Cedam, 1940

PEDRO, Rute Teixeira. A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra Editora, 2008, p. 179-180

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, vol. III. 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PORTUGAL. Código Civil Português. Lisboa, Decreto-Lei nº 47.344, 25/11/1966.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. Ação Popular Constitucional: Doutrina e Processo. 2. ed. rev. aum. ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 2. Ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.