

ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO¹

MAIN ASPECTS OF THE THEORY OF LIABILITY
FOR LOSS OF A CHANCE IN BRAZILIAN LAW

CLAUDINÉIA ONOFRE DE ASSUNÇÃO MOTA

Assessora jurídica

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasil

claudineia.assuncao@yahoo.com.br

RESUMO: O presente artigo analisa os principais aspectos da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Busca justificar a admissibilidade desta teoria, para o fim de que se conceda às vítimas de atos lesivos uma reparação mais ampla e capaz de compensar os danos sofridos, sejam patrimoniais sejam extrapatrimoniais. Apresenta a definição da perda de uma chance, suas características, sua natureza jurídica, bem como critérios para quantificação da indenização a ser fixada. Com o estudo realizado, constatou-se que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é alvo de grandes discussões, sobretudo quanto à sua natureza jurídica, constituindo-se numa teoria ainda pouco utilizada. Sustenta-se a necessidade de admissibilidade da teoria da responsabilidade civil pela chance perdida, que se revela uma nova espécie de dano, cuja indenização assegura ampla proteção às vítimas de atos lesivos, configurados os pressupostos de reparação.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade; perda; chance; dano; reparação.

ABSTRACT: This paper analyzes the main aspects of the theory of liability for loss of a chance in Brazilian law. Search warrant admissibility of this theory, by the end of that grant victims of harmful acts redress wider and able to compensate for the damage suffered, or are off-balance sheet assets. It displays the definition of loss of a chance, its characteristics, its legal status, as well as criteria for quantification of compensation to be fixed. In the study it was found that the theory of liability for loss of a chance is the subject of discussion, particularly as to its legal nature, constituting a theory still underused. It argues the need for the acceptance of the theory of liability for lost chance that reveals a new kind of damage, whose compensation ensures ample protection to victims of harmful acts, configured assumptions repair.

KEYWORDS: liability; loss; chance; damage; repair.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A responsabilidade civil pela perda de uma chance. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1 Artigo escrito a partir da monografia apresentada para graduação em Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Tubarão, 2007.

1. Introdução

O tema a ser abordado neste artigo corresponde a uma nova forma de interpretação da responsabilidade civil, com a teoria da perda de uma chance, cujas raízes estão na França a partir da década de 60, difundindo-se pela Itália até chegar mais recentemente ao Brasil.

Referida teoria constitui-se reflexo da própria evolução da responsabilização civil, privilegiando-se a proteção integral às vítimas de atos lesivos em detrimento da comprovação dos demais requisitos da responsabilidade civil clássica.

Cuida a perda de uma chance de indenizar a oportunidade ceifada de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo em virtude da conduta desrespeitosa de alguém, cujo *quantum* reparatório é alcançado com observância à probabilidade de ocorrência do resultado final.

Procurar-se-á, também, identificar os argumentos para a recusa ou a aceitação da teoria em comento, a qual se traduz em uma indenização mais completa em favor dos ofendidos resultante de condutas lesivas que se enquadrem na situação em análise, buscando contribuir para que esta possa vir a ser prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro e salvaguardar a todos os cidadãos vitimados, que, não raras vezes, não encontram amparo na justificação tradicional da responsabilidade civil.

Desta feita, o objetivo desta explanação, não exauriente, é analisar alguns aspectos destacados da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, procurando apresentar elementos para a sua aceitação e disseminação, cujos benefícios são de extrema relevância, especialmente por ter o fim de proteger de forma mais ampla e integral os bens jurídicos dos cidadãos.

2. A responsabilidade civil pela perda de uma chance

O instituto da responsabilidade civil, sem sombra de dúvidas, representa importante instrumento para a manutenção da normalidade das relações sociais, visto que faz com que o direito individual ou transindividual seja respeitado, desestimulando a sua violação e assegurando indenização à vítima em caso de ofensa, desde que demonstrados, em regra, a conduta culposa do agente, o nexo de causalidade e o dano.

Com este contexto, não se pode deixar de destacar a responsabilidade civil subjetiva, que representa a regra no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a responsabilização objetiva, em casos específicos, como o previsto no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Esta dispensa a demonstração do elemento culpa; aquela exige a comprovação de conduta lesiva, nexo causal e dano para a sua configuração.

Ainda, com contornos discretos no cenário jurídico brasileiro, pode-se verificar uma nova teoria de responsabilização civil, denominada perda de uma chance, a qual é alvo de discussões na doutrina e na jurisprudência de alguns países.

Com efeito, é inquestionável que a sociedade evoluiu e que com esse crescimento novos problemas apareceram, resultando em espécie de prejuízo impensado a uma das partes oriundo das relações conflituosas. Acompanhando essa evolução, tem-se agora a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, flexibilizando a interpretação dos pressupostos clássicos da reparação.

Com a passagem de uma sociedade que exigia a demonstração da culpa dos atos lesivos para sua prescindibilidade em prol da proteção à vítima na responsabilização civil, a perda de uma chance surge, nesta senda, a fim de melhor

resguardar as pessoas, evitando que suportem sozinhas os prejuízos resultantes da conduta lesiva de alguém, mas que não se enquadrem no pressuposto da certeza do dano final, exigida para caracterizar dano emergente, lucro cessante ou dano moral.

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance tem suas raízes na França, após as discussões e decisões da doutrina e da jurisprudência dos seus pretórios, sobretudo na década de 60, cuja consolidação da teoria deu-se com as demandas que buscavam reparação pelas falhas médicas, de onde surgiu a expressão *perte d'une chance de survie ou guérison* (perda de uma chance de cura ou de sobrevivência).

Ante a difusão da teoria na Europa, outro país a tratar com atenção da perda de uma chance foi a Itália. No princípio, percebeu-se certa resistência na admissibilidade da teoria em que a oportunidade perdida é passível de indenização em favor da vítima, uma vez que tratavam a chance ceifada como dano incerto e hipotético. Mais tarde, com os doutrinadores De Cupis e Bocchiola, especialmente, que introduziram a natureza de dano emergente à chance perdida, esta passou a ser vista como um dano perfeitamente passível de indenização.

O Brasil, por sua vez, deu os primeiros passos na introdução da responsabilidade civil pela perda de uma chance na década de 90, com julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Na doutrina, destacam-se doutrinadores como José de Aguiar Dias, José Manuel de Carvalho Santos, Caio Mário da Silva Pereira, Miguel Maria de Serpa Lopes, Sérgio Savi e Rafael Peteffi da Silva, os quais representam com muita propriedade a eclética discussão da recente teoria no cenário jurídico brasileiro, buscando justificar a aceitação ou a recusa à perda de uma chance.

Assim sendo, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é um tema de acirrados debates, porquanto permeada de peculiaridades.

Significativamente, a perda de uma chance revela-se na hipótese de alguém que retira de outrem a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, cuja chance era real. Sua essência reside na *chance perdida e no prejuízo resultante do fato*, causando dissabores na vida do ofendido, violando o princípio do *nemimen laedere*, o qual é basilar para a construção e a aplicação dos ditames da responsabilidade civil.

Trata-se de indenizar a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo que restou ceifado de alguém por meio de uma conduta lesiva, cuja chance era séria e o resultado final era provável de ocorrer se não houvesse a interrupção. Referida teoria está calcada na ideia da proteção às vítimas de atos lesivos, cujos danos não são aqueles conhecidos pela legislação civil brasileira, buscando a reparação da vítima de forma mais completa possível.

Salienta-se que na sua natureza jurídica reside um dos pontos mais conflitantes, seja no que se refere à definição, ou mesmo quanto à sua quantificação, havendo correntes doutrinárias que buscam diversamente justificá-las.

Em se tratando da natureza jurídica da definição da perda de uma chance, destacam-se dois posicionamentos na doutrina pátria.

A corrente majoritária vê na perda de uma chance um dano autônomo e especial, uma vez que atendidos todos os pressupostos para tanto. De outro vértice, há defesa doutrinária que assevera que a oportunidade perdida corresponde apenas ao nexo causal parcial, interpretando-se este requisito da responsabilidade civil de forma alternativa.

Neste aspecto, analisando-se as ponderações de ambas as correntes, entende-se que a chance perdida, quando preenchidos os pressupostos, autoriza a fixação de uma indenização em favor do ofendido, não pela possibilidade do resultado que se poderia alcançar, mas pelo efetivo dano que se concretizou no momento da conduta lesiva do agente, ao retirar do agravado uma oportunidade, tratando-se de um dano autônomo e especial.

Pontua-se, sob o ponto de vista desta autora, que, embora a perda de uma chance guarde muita semelhança com os lucros cessantes, uma vez que ambos trabalham com a probabilidade de ocorrência do dano final, estes indenizam os lucros que se deixou de lucrar. Por sua vez, a perda de uma chance indeniza o prejuízo ocorrido no exato momento do ato do agressor, traduzido na oportunidade ceifada.

Por este raciocínio dano emergente e perda de uma chance parecem pertencer à mesma espécie; todavia, esta, por suas peculiaridades, deve ser tratada como um dano autônomo e especial, no qual a probabilidade é um marco para a sua compreensão.

Frisa-se que a perda de uma chance deve ser reconhecida quando aqueles não o forem por ausência de certeza do resultado final, isto é, a indenização pela oportunidade perdida é subsidiária, a fim de que não restem vítimas desamparadas, diante apenas da possibilidade do dano, classicamente definido.

Importante destacar que não é qualquer chance perdida que autoriza a fixação de uma indenização; para tanto, em outras palavras, a chance perdida, além de ter que ser uma oportunidade real de ganho ou de se evitar um prejuízo (não se tratando de ilusões, fantasias ou esperanças), precisa estar revestida de uma grande probabilidade de ocorrência.

Um marco no reconhecimento da responsabilidade pela perda de uma chance no direito brasileiro é o acórdão prolatado no Recurso Especial de nº 788.459, julgado em 8 de novembro de 2005, oriundo do Estado da Bahia, no qual buscava a autora uma indenização em virtude de a ré ter lhe tirado a chance de ganhar um milhão de reais com a resposta final, visto que a pergunta não tinha nenhuma alternativa correta.

Destaca-se:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (BRASIL, 2006).

E do corpo da referida decisão surge imperiosa a chance perdida passível de indenização:

[...] Trago à colação parte do acórdão recorrido, *verbis* :

‘A pergunta a seguir transcrita, objeto de discussão no processo, é mais uma vez repetida, agora na petição de recurso: ‘A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?’

Resposta: 1 - 22%

2 - 02%

3 - 04%

4 - 10% (resposta correta)'

Ora, como bem afirma a ilustre Juíza *a quo* na sentença recorrida 'A pergunta, é óbvio, não deixa a menor dúvida de que refere-se a *um percentual de terras que seria reconhecido pela Constituição Federal como de direito pertencente aos índios.*'

Assim sendo, não tem cabimento a irresignação da recorrente quanto a ter a *a quo* concluído no sentido de ser a pergunta 'irrespondível', afirmando tratar-se de pergunta complexa que demanda raciocínio veloz do candidato, porque na Constituição Federal não há consignação de percentual relativo a percentagem de terras reservadas aos índios (...). [...]

Como bem salienta a Magistrada na decisão: '*... a pergunta foi mal formulada, deixando a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade fora retirada da Enciclopédia Barsa.* E isso não se trata de uma 'pegadinha', mas de uma atitude de má-fé, quiçá, para como diz a própria acionada, manter a 'emoção do programa onde ninguém até hoje ganhou o prêmio máximo.' (fls. 53/54) [...].

No mais, prequestionada que foi a letra do art. 1059 do Código Civil, o ven. acórdão, ressaltando haver a pergunta ter sido mal formulada, pois, ao contrário da Enciclopédia Barsa, de onde foi extraída a indagação, a Constituição Federal, em seu art. 231, não indica qualquer percentual relativo às terras reservadas aos índios [...].

Nestas circunstâncias, firmado o debate no sentido de haver a recorrida optado por não responder a indagação diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, ou, na dicção da petição inicial, de ser a pergunta 'irrespondível', não se pode negar, em consonância com as instâncias ordinárias, que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do *quantum* perdido ou que razoavelmente haja deixado de lucrar. [...].(BRASIL, 2006, grifo nosso).

Recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ratificou a indenização fixada a título de responsabilização pela perda de uma chance, a saber, Apelação Cível nº 70048628473, julgada em 24 de outubro de 2012.

Outra problemática é a natureza jurídica da quantificação dos prejuízos ocorridos na esfera extrapatrimonial decorrentes da chance perdida, que causam sofrimento e dores imateriais nas vítimas.

Antonio Jeová dos Santos defende que a perda de uma chance é mero agregador do dano moral, posição essa que vem sendo seguida pelos pretórios brasileiros em seus julgados. Já Sérgio Savi, por sua vez, vê na oportunidade perdida um dano material (patrimonial) independente do dano moral, admitindo-se a cumulação.

Não obstante as discussões existentes, não se percebem razões capazes de fundamentar a recusa na aceitação desta teoria, sobretudo porque objetiva uma maior proteção às vítimas de atos lesivos, traduzindo-se numa nova forma de compensar aqueles danos oriundos de uma chance perdida.

E não se pode cogitar, ainda, a ausência de previsão legal como argumento para a não aceitação, primeiro porque não é vedada pelas legislações civis; segundo porque a nova teoria, como já descrito, corresponde à evolução da sociedade, relembrando-se que as normas surgem dos fatos, o que pode ser plenamente aplicável ao caso.

E mais, um forte argumento é que a indenização pela perda de uma chance representa a valorização do cidadão, porquanto respeitados os ditames constitucionais, especialmente o *princípio da dignidade da pessoa humana*.

3. Considerações finais

Diante do exposto, tem-se respaldo para a fixação de uma indenização pela perda de uma chance quando os requisitos estiverem presentes, permitindo a compensação da vítima pelo prejuízo sofrido decorrente da própria perda da chance por si só.

Ademais, além de ser fundamento para a compensação do dano advindo de oportunidade perdida, a indenização da perda da chance também se traduz em *prevenção*, objetivando que as pessoas ajam com cautela, conscientes de que suas condutas podem causar danos.

Entretanto, não obstante todos os argumentos favoráveis para a admissibilidade da nova teoria, a perda de uma chance ainda tem tímida aceitação no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas é preciso que se reconheça que os primeiros passos para aceitação e compreensão da teoria já foram dados, exigindo-se que os estudos sejam aprofundados, pois, conforme interpretação clássica dos pressupostos, ainda não há garantia assegurada. Ressalte-se, portanto, que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance traduz-se em concreta proteção às vítimas de condutas lesivas, porquanto busca uma indenização mais ampla aos ofendidos.

4. Referências

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788.459, Relator: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 8 de novembro de 2005. *DJ*, 13 mar. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006>. Acesso em: 22 maio 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70048628473, Nona Câmara Cível, Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler, Porto Alegre, 24 de outubro de 2012. *DJ*, 26 out. 2012. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70048628473&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%-2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%-25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em: 7 jan. 2013.

Artigo recebido em: 08/01/2013.

Artigo aprovado em: 23/09/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20160047