



**Revista Processus de Estudos de
Gestão, Jurídicos e Financeiros**

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/01/2020.

Data de reformulação: 15/02/2020.

Data de aceite definitivo: 30/03/2020.

Data de publicação: 30/04/2020.

**Editor-chefe: Jonas Rodrigo
Gonçalves**

A CONFIGURAÇÃO DA NOVA CONCEPÇÃO DE DANO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

*THE CONFIGURATION OF THE NEW DAMAGE CONCEPTION BY THE THEORY OF
LOST OPPORTUNITY*

*Rafaella Nunes Augusto Gomes¹
Jonas Rodrigo Gonçalves²*

Resumo.

O tema deste artigo é a incidência da responsabilidade civil na Teoria da Perda de uma Chance por intermédio de uma nova concepção de dano caracterizado pelo dano emergente (o que a vítima realmente perdeu) e pelo lucro cessante (o que efetivamente deixou de ganhar). Envolvendo a questão de probabilidade do resultado futuro pelas chances e oportunidades perdidas ao se analisar como seria o

¹Graduanda em Direito pela Faculdade Processus-DF, Brasil. CV: <http://lattes.cnpq.br/6571244248387195>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3122-3824>. E-mail: rafaellanag@gmail.com

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP), Fasesa (GO), CNA (DF). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>. E-mail: jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br

² Graduanda em Direito pela Faculdade Processus-DF, Brasil. rafaellanag@gmail.com

desenrolar dos fatos. Investigou-se o seguinte problema: “Como se configura a nova concepção de dano na teoria da perda de uma chance?”. Cogitou-se a seguinte hipótese: “A nova concepção de dano na Teoria da Perda de uma Chance se configura a partir da discussão entre ganhos emergentes e lucros cessantes por intermédio de perda de oportunidades potenciais ou iminentes.” O objetivo geral é: “Analisar a nova concepção de dano configurado na teoria da perda de uma chance”. Os objetivos específicos são: “Caracterizar a relevância perda de chances e oportunidades com ato ilícito e/ou dano patrimonial; “demonstrar as amplas áreas do direito que podem ser apreciadas pela Teoria da Perda de uma Chance”; “selecionar casos jurisprudenciais clássicos sob percepção de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance”; “apreciar os atributos e requisitos da Teoria da Perda de uma Chance”. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual devido à relevância que a aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance tem no Direito brasileiro, apesar da forte resistência às inovações trazidas sob a nova concepção de dano, a qual permeiam danos emergentes e lucros cessantes. A reparação civil por intermédio da perda de chances possibilita melhor compreensão de danos extensíveis, de difícil comprovação, e suas pretensões tuteladas da forma mais justa e ampla possível. Preservando garantias e direitos individuais, para a ciência, é relevante porque demonstra a necessidade de conhecimento das diversas situações abrangidas pela Teoria da Perda de uma Chance, bem como os ramos do Direito alcançados por ela. É relevante como a doutrina e a Jurisprudência tratam o assunto, recente e inovador, muitas vezes desconhecido, porém quando aplicado de corretamente, com todos os requisitos preenchidos pode ser de grande sucesso entre os juristas brasileiros. Agrega à sociedade por abranger situações em que o indivíduo se vê impedido de conquistar vantagem ou evitar prejuízo pelo ato ilícito de terceiro. Basicamente, a perda da chance é a frustração de uma oportunidade almejada caso não fosse interrompida pelo ato lesivo de outro, dessa forma gera o direito de indenização. A chance deve ser real e séria, e a indenização proporcional à obtenção de sucesso que a vítima possuía na época do fato. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Reparação civil. Dano. Indenização. Tutela de direitos e garantias individuais. Perda de chances.

Abstract

The theme of this paper is the responsibility incidence on the theory of the loss of a chance through a new conception of damage characterized by emerging damage (what the victim actually lost) and loss of profit (which effectively failed to win). Involving them in the question of the likelihood of future outcome by the chances and opportunities lost in analysing how the facts unfolded. The following problem was investigated: "How is the new conception of damage configured in the theory of the loss of a chance?" The following hypothesis was considered: "The new conception of damage in the theory of the loss of a chance is formed from the discussion between emerging gains and lost profits through the loss of potential or imminent opportunities." The overall goal is to "Analyse the new conception of damage configured in the theory of the loss of a chance". The specific objectives are: "To characterize the relevant losses of chances and opportunities with illicit act and / or property damage; "Demonstrate the broad areas of law that can be appreciated by

the theory of the loss of a chance”; “Select classic jurisprudential cases under the perception of applicability of the theory of the loss of a chance”; “Appreciate civil redress for lost chances in Brazilian courts.” This work is important from an individual perspective because of the importance that the applicability of the theory of the loss of a chance has in Brazilian law, despite the strong resistance to the innovations brought under the law. A new conception of damage that permeates emerging damages and lost profits enables a better understanding of extensible, difficult-to-prove damages and that their claims can be safeguarded as fairly and broadly as possible. For science it is relevant because it demonstrates the need for knowledge of the various situations covered by the theory of loss the of a chance, as well as the branches of the law reached by it. It is important to know how doctrine and jurisprudence deal with the subject, being something recent and innovative, often unknown, but if applied seriously and correctly, with all the requirements fulfilled can be very successful among Brazilian lawyers; It adds to the society because it encompasses situations in which the individual is prevented from gaining an advantage or avoiding harm due to the illicit act of a third party. Basically, the loss of a chance is the frustration of a desired opportunity if it had not been interrupted by someone else's harmful act. Thus, generating the right to compensation. Thus, the chance must be real and serious and the compensation proportional with the victim's chance of success at the time of the fact. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: Civil repair.2. Damage 3. Indemnity 4. Protection of individual rights and guarantees 5. Lost of chances.

Introdução

A teoria doutrinária da perda de uma chance tem sua origem na França e, apesar de não ser instituto largamente aceito na lei civil, sua adoção é recorrente, e construtiva, referência na doutrina e jurisprudência brasileira como solução de litígios que envolvem a responsabilidade civil, reparação e indenização de danos e proteção patrimonial. Contudo, apesar da crescente aceitação no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicabilidade da teoria causa controvérsia e contestações. É importante frisar os quatro conceitos relevantes: responsabilidade civil, indenização, dano patrimonial e Jurisprudência brasileira (CARNAÚBA, 2012, p.2).

Em primeiro lugar, a técnica da responsabilidade civil pela perda de uma chance submete uma visão diferenciada sobre o dano a partir do deslocamento temporal ou cronológico. A reparação não consiste na devolução à vítima do status quo no qual se encontraria caso não ocorresse o efeito danoso, (um futuro incerto) mas consiste em restituir o momento no qual a pessoa se encontrava antes deste evento (um passado certo). Estas recomendações reforçam o conceito sobre deste artigo, ou seja, a perda de uma chance não deve ser vista como criadora de um novo instituto de prejuízo, mas tão somente técnica de deslocamento da reparação. Essa técnica acarreta primordialmente o deslocamento relativo ao interesse reparável, retira o foco da vantagem aleatória desejada transformando-a na vontade de analisar a oportunidade perdida (CARNAÚBA, 2012, p.9).

Este trabalho responde clara e objetivamente o seguinte problema: “Como se configura a nova concepção de dano pela Teoria da Perda de uma Chance?” Como não há previsão expressa da teoria da perda de uma chance em legislações brasileiras, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aceita a admissão da

indenização por essa nova concepção de dano, inovação e compreensão de que o dano indenizável deve evoluir conforme a sociedade (AMARAL; PONA, 2014, p.8).

O instituto da reparação civil pela perda de uma chance consiste em situações nas quais o indivíduo tem seu direito violado pelo ato ilícito de terceiro, sendo omissivo ou comissivo, regra geral de responsabilidade civil já positivada. Para ser pacificamente acatada na Jurisprudência brasileira é preciso aceitar e preencher os requisitos que a própria teoria traz para configuração do dano como chance concreta. É preciso confirmar a existência e adequação dos julgados brasileiros referentes ao tema e a posição da doutrina, que apesar de não ser pacífica, há a concordância de que a Teoria da Perda de uma Chance pode ser utilizada como resolução de litígios sobre responsabilidade civil (NASCIMENTO; NETTO, 2018, p.8).

A nova concepção de dano pela Teoria da Perda de uma Chance ocorre a partir da discussão entre ganhos emergentes e lucros cessantes por intermédio de perda de oportunidades potenciais ou iminentes é uma hipótese a ser avaliada. Os danos patrimoniais estão correlacionados aos conceitos e configurações dos danos emergentes (o que se perdeu) e os lucros cessantes (o que deixou de ganhar). E sob a ótica da discussão de ambos institutos a teoria da perda de uma chance traz uma nova concepção de dano, acatando os danos para reproduzir uma indenização possível, proporcional e séria da oportunidade perdida à época do fato. Como por exemplo, o indivíduo que teve seu processo extinto sem resolução de mérito pela falta de interposição de recurso de seu advogado, que perdeu o prazo, teve seu direito violado quando perdeu a oportunidade de lograr êxito na demanda. Assim como o que ganharia se tivesse tido êxito (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2019, p.15-16).

Um dos exemplos em que cabe a aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance ocorre quando um advogado não interpõe um recurso no prazo legal ou descuida na produção de provas, que caso fossem realizadas seriam benéficas ao cliente. Assim, quando há grande possibilidade de evitar o prejuízo e a perda, tendo uma suficiente probabilidade de ocorrência, gerará indenização da própria chance, ou seja, a reparação será fundada na natureza da chance de o evento ocorrer e não calculada no valor do prejuízo que a vítima obteve. No caso exposto, o pensamento não deve ser pautado na hipótese de a parte lograr ou não êxito no processo, mas na frustração da chance de participar, um possível êxito por culpa de um terceiro. Alfredo Orgaz, civilista argentino, interpreta a perda da chance afirmando que o ato ilícito de um agente bloqueia diversos outros atos que ocorreriam em cadeia, os quais conduziram ao benefício de outra pessoa, e causa um dano, um prejuízo que deve ser reclamado pelo prejudicado com força na indenização pela perda que poderia ser evitada (ROSÁRIO, 2008, p.5)

O objetivo geral deste trabalho é a análise da nova concepção de dano introduzida por intermédio da Teoria da Perda de uma Chance na Jurisprudência. Pela compreensão das chances frustradas qualificadas em interesses violados indenizáveis referenciados por casos nacionais e estrangeiros é possível analisar alguns acórdãos que dizem a respeito à esta teoria permeando entre os tribunais do TJDF e TJSP. Tanto as aplicações no Direito brasileiro quanto as decisões contra esse instituto, e o porquê da não aplicabilidade entre os juristas brasileiros.

Segundo Sérgio Savi, a nova modalidade de responsabilidade civil é regra que nem toda oportunidade perdida deve ser levada ao judiciário, mas àquela em que for maior que 50% a probabilidade de vitória da vítima em relação aos acontecimentos, a indenização deve ser pautada nos princípios de razoabilidade e

proporcionalidade sobre a viabilidade de conquista da vantagem esperada (MARINOTO, Denise; CASALI, Éllen, 2012, p. 5)

É possível encontrar a aplicabilidade dessa teoria num dos casos em que uma estagiária teve reparação civil depois de aceitar proposta empregatícia de uma empresa concorrente, e logo após, ser dispensada. E do vereador, que teve sua conquista de mandato eletivo impedido porque uma rádio anunciou de má-fé que a candidatura deste havia sido cassada, perdendo oportunidade de vitória. Há estes e outros casos nos quais os tribunais vêm adquirindo visão favorável da teoria para o benefício do ordenamento jurídico brasileiro, já que o Direito acompanha as inovações sociais (MARINOTO, Denise; CASALI, Éllen, 2012, p. 9).

A nova concepção de dano é um importante instrumento de auxílio aos cidadãos para manutenção das relações sociais, para equilibrar a indenização proporcionalmente aos fatores incidentes. Ampara os que não encontram legislação expressa a favor da pretensão do agente. Por intermédio do direito comparado italiano e francês, a doutrina e Jurisprudência brasileira construíram a compreensão de casos concretos para a validade e eficácia jurídica. E desta forma, pela relevância do positivismo brasileiro aceita a Teoria da Perda de uma Chance mesmo sem norma jurídica expressa (NASCIMENTO; NETTO, 2018, p.6).

O problema da aceitação da Teoria da Perda de uma Chance está em supor que a nova concepção de dano é mera expectativa. Contudo, não se mencionam quaisquer chances, estas devem ser prováveis e com porcentagens notórias. Para a ciência, restitui perdas em relação a um dano não imediato e incerto e traz bagagem que atinge integralmente a vítima, prejudicando-a. A relevância científica desse processo é ajudar e concretizar responsabilidades civis com direitos lesados que passam despercebidos (MARINTO; CASALI, 2012, p.2).

O dano patrimonial na Teoria da Perda de uma Chance relaciona os diversos aspectos do Direito, como os danos morais aos direitos da personalidade, a ofensa à honra pode acarretar abalo psicológico irretratável. A ofensa à saúde pode causar danos parciais ou totais, reparáveis ou irreparáveis à vítima. A ofensa à integridade física traz despesas de tratamento e a perda da capacidade laboral da vítima. É a partir destas e outras consequências que o tema é abordado e relevante à sociedade atual.

Os tipos de pesquisa abordados neste trabalho foram dois, dedutivo e de procedimento. O tipo dedutivo é utilizado em diversas áreas como a filosofia, educação e leis científicas. Aborda condições necessárias para proposições verdadeiras, parte de hipóteses já existentes (axiomas) com o intuito de comprovar teorias, ou seja, o cabimento da Teoria da Perda de uma Chance no ordenamento jurídico brasileiro pela análise de casos já existentes, premissas de responsabilidade civil, dano patrimonial etc. O procedimento refere-se a três subseções como a histórica, comparativa e monográfica e de estudo. Além do instrumento de pesquisa que foi utilizado pela documentação indireta, artigos científicos sobre o tema pela revisão de literatura. O tempo gasto para produção deste artigo científico foi de um mês para leitura de textos originais de 9 artigos científicos, bem como a seleção dos trechos e confecção de paráfrases.

A pesquisa informa e produzi conteúdo para explicar a Teoria da Perda de uma Chance aplicada no Brasil, e como deve proceder ao método qualitativo. A metodologia secundária é a quantitativa, porque busca resultados que possam ser quantificados, como por exemplo, o cálculo da indenização em relação à perda da chance. Ocorre por meio da coleta de dados sem instrumentos formais e estruturados, de maneira mais organizada e intuitiva pelo procedimento decisório.

Por ser uma pesquisa teórica o trabalho tem embasamento fundamentado na Teoria da Perda de uma Chance por intermédio de artigos científicos e livros doutrinários.

A metodologia científica atende uma série de questões como o tempo utilizado para a realização deste trabalho, o tipo de pesquisa já mencionada, o autor do texto, as formas de tabulação e trato de informações, e todo o processo percorrido para a produção do artigo. A base deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial permeando um estudo aprofundado sobre o conhecimento da Teoria da Perda de uma Chance no Brasil. Assim, a metodologia é o caminho percorrido para construir o artigo (SANTOS; FILHO, 2012, p.186 e GOLÇALVES, 2015, p. 39).

A CONFIGURAÇÃO DA NOVA CONCEPÇÃO DE DANO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

O conceito de dano, na teoria da perda de uma chance deve ser visto como a diferença entre o valor patrimonial antecedente e o consecutivo ao fato ocorrido para garantir sua importância. O objeto da lesão que não for embasado em valor patrimonial não tem relevância sob panorama jurídico e não pode ser considerado. É necessário que o dano tenha causado algum tipo de prejuízo. No ordenamento jurídico brasileiro a reparação deve ser observada não apenas na indenização *stricto sensu*, mas também, pela análise *in natura* (SILVA, 2015, p.1)

A certeza é atualmente o elemento mais importante do prejuízo reparável, a doutrina afirma com frequência, e as razões dessa eminência são facilmente compreensíveis, a responsabilidade é um instrumento para a reparação de prejuízos sofridos. Por isso, é inadmissível configurar a indenização se o bem lesado não tiver valor econômico. O conceito de responsabilidade civil abrange o de reparação de forma intrínseca e conseqüentemente seu objetivo compreende os institutos de interesses lesados (SILVA, 2015, p. 2).

De maneira geral não há interesses subjetivos que não possuam valores econômicos. A primeira obrigação deve ser a reparação *in natura* que é o dano emergente/ imediato, aquilo que efetivamente se perdeu, e posteriormente analisar o cabimento de *lucrum cessantes*, instituto que calcula o que a vítima deixou de ganhar, a situação em que estaria caso o dano não ocorresse (SILVA, 2015, p. 2).

É possível que a vítima seja atingida em um de seus interesses, sem que haja depreciação equivalente de seu status quo. Isto ocorre quando o demandante se queixa de que a conduta do réu o teria impedido de auferir lucros, ou obter outra vantagem qualquer, os chamados lucros cessantes. Um dos questionados pelo significado da nova concepção do dano trazido pela teoria está em seu significado, na quantificação da indenização e em como é apresentada no Brasil.

Os magistrados ficam num dilema de responsabilidade civil ao decidir esses casos. A princípio, não é possível responsabilizar uma pessoa pela reprovação em um concurso, nem mesmo outra por perda de prazos processuais, pois desse modo afirmaria que a vítima obterá o resultado desejado. Em contrapartida, é verídico que deve haver reparação pelo dano gerado, pois sua rejeição pontuaria que a outra visão estaria correta, imputando falsidade ao que a Teoria da Perda de uma Chance protege. A técnica traz o empasse claro entre direito e incerteza, porque o Direito procura e embasa-se em provas reais e concretas, a única certeza está em saber que a vítima não obteve e não obterá o resultado esperado. E a partir disso, a perda do resultado aleatório desejado jamais constituirá um prejuízo certo sob o ponto de

vista jurídico, assim a nova concepção deste dano está concretizada em institutos aleatórios (CARNAÚBA, 2012, p.2).

A prática jurídica pressupõe alcançar o resultado esperado, certificada pelo pensamento de que a não realização deste desfecho provoca um prejuízo certo sofrido pela vítima e realizado pelo réu. Ou constata por intermédio de análise das decisões recentes dos tribunais brasileiros que muitas vezes o pedido da Teoria da Perda de uma Chance é negado por não implicar prejuízo. É dado poder ao magistrado para definir se cabe ou não a referida teoria, partindo de uma seara completamente intuitiva (CARNAÚBA, 2012, p.5).

É por essas razões que nos casos da perda de chances pela Jurisprudência francesa e na Jurisprudência brasileira, a certeza está pautada na chance que a pessoa tinha de obter o resultado. É errado responsabilizar o réu pelo resultado que ocorreria, pois é impossível provar o fato. A indenização é representada pelo valor patrimonial das chances certas e probabilidades efetivas da vantagem desejada, calculada por meio de porcentagem. Para entender essa explicação claramente, basta pensar se é provável acertar uma questão quando possui quatro alternativas, a chance é de 25%. A solução está na chance de obter o esperado (CARNAÚBA, 2012, p.2).

Esse método nem sempre é adequado, pois há controvérsias e uma delas é uma atitude omissa, aquela que deveria acontecer configurada como um instituto atípico na responsabilidade civil. No curso do nexos de causalidade, o terceiro que interromperia e causaria o dano já contextualizado acima, deixa de impedir e provoca a mudança dos acontecimentos. Por exemplo, na seara médica quando o profissional erra um diagnóstico, prorroga um tratamento, posteriormente o paciente piora a saúde e morre. O evento morte é irreversível, e nesses casos a omissão impediu que o paciente tivesse a chance de cura ou sobrevivência, caracterizando a Teoria da Perda de uma Chance.

Para visualizar essa nova concepção de dano há alguns exemplos e casos que retratam a aplicabilidade da teoria, como a perda de uma chance de cura de um recém-nascido portador de apneia que reproduziu parada cardiorrespiratória e quadro de morte, sem diagnóstico. O advogado que de forma negligente não interpõe recurso tempestivo, da ausência de informações acerca de diagnósticos, tratamentos de doenças e seus riscos podem causar consequências irretratáveis. Ou no direito do trabalho quando o empregador retém a carteira de trabalho do antigo funcionário e declina a chance de novo emprego etc. (ROSÁRIO, 2008, p.1)

É imprescindível ressaltar a diferença entre o dano hipotético e o dano futuro certo ou altamente provável, visto que a responsabilidade civil apenas se consubstancia no último. Em outros termos, o magistrado apenas reconhecerá o direito à pretensão indenizatória quando restar provado nexos de causalidade entre a conduta do sujeito ativo do ato ilícito e a perda concreta de oportunidades ou chances. Não há que se falar, por conseguinte, de amparo judiciário de responsabilidade civil lastreado meramente em perdas hipotéticas pouco prováveis (ROSÁRIO, 2008, p.8).

Como consequência do parágrafo anterior, é congruente afirmar que as construções jurídicas que preconizam a restauração e medidas compensatórias relativas à perda de uma chance têm suporte nas fontes do Direito, face às omissões legais, principalmente por interferência da analogia e dos princípios gerais do Direito (mais precisamente na equidade), marcados no saber jurisprudencial, bem como em teorias e doutrinas jurídicas internacionais (NASCIMENTO; NETTO, 2018, p.9).

Alguns doutrinadores e juristas defendem a não adesão à reparação civil pela perda de uma chance pela teoria. Tais danos seriam, em muitos casos, hipotéticos ou eventuais, os artigos. 186 e 403 do CC exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance na verdade trabalha com suposições. Em alguns casos de incidência, a suposta perda contrai dúvida sobre como desemrolariam os fatos, como é o caso do corredor Vanderlei Cordeiro de Lima, que apesar de não ganhar a medalha de ouro nas Olimpíadas de 2004, recebeu honrarias muito maiores pelo que lhe ocorreu. A Teoria da Perda de uma Chance luta em prol da aceitação, há barreiras para a vítima, que fica à mercê da atitude probante da chance real e séria. Essa nova concepção de dano transpassa os danos morais e materiais e procura-se o equilíbrio.

A tendência dessa teoria foi progressiva em diversos contextos mundiais. A princípio, o caso que marcou a incidência histórica da Teoria da Perda de uma Chance na justiça francesa ocorreu em meados do século XIX, a Corte Francesa julgou em 1964 uma situação de 1957 onde houve erros graves ao diagnosticar um paciente, ocasionando um tratamento inadequado que perdurou até a morte. A justificativa foi que presunções graves e precisas para quem teve a oportunidade de impedir o dano devem ser guiadas à responsabilidade civil. A perda de uma chance foi concretizada assim, pois o médico perdeu a chance de agir de outro modo, salvando a vida (COSTA, 2012, p.3).

O ponto chave de compreensão e proveito dessa teoria no Brasil está em identificar que além da chance ser real e séria, é necessário o ato ilícito de um terceiro que impediu o prosseguimento dos fatos. Como ocorreu no Sul do Brasil, onde o bilhete da loteria foi sorteado, mas de forma negligente a atendente não registrou os números. Neste caso, a culpa é exclusiva de terceiro e a perda da chance é caracterizada. É curioso observar que esse é o único caso em que levariam o valor integral da indenização. Em regra, o cálculo da indenização é baseado em valor inferior ao que se ganharia, porque será descoberto o que ocorreria sem o evento danoso. Deve haver muita cautela perante todas as ações (COSTA, 2012, p.8).

Como exemplo fático jurisprudencial concernente à perda de uma chance, é passível de citação a participação de particular como candidato no programa midiático-televisivo de perguntas e respostas, “show do milhão”, onde ficou patente a perda de uma chance. O programa “show do milhão”, promovido pelo Sistema Brasileiro de Televisão doravante denominado SBT, consiste em sequência de perguntas, elaboradas pelo último, secundadas de forma imediata pelos candidatos, que por seu turno, a cada acerto recebiam cumulativamente prêmios em dinheiro até o valor final de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), caso contrário são eliminados. Em determinado episódio, certa candidata obteve êxito até a penúltima pergunta, onde perfez valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Todavia, o SBT, deliberadamente ou não, elaborou a derradeira pergunta, com valia de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) sem alternativa correta, o que obrigou a candidata a declinar de sua participação no programa a fim de evitar a perda do valor já acumulado. A clara perda de uma chance fez a candidata recorrer ao Poder Judiciário com o desiderato de obter indenização de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Tal pleito foi acolhido em primeira instância. Entretanto, o SBT recorreu à segunda instância e obteve reforma da sentença de primeiro grau com redução do valor indenizatório para R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Malgrado o fato do tribunal, no seu acórdão, ter ressaltado a percepção clara da perda de uma chance, sopesou o fato da materialização da chance não ser líquida e certa, e quantificou seu valor em termos acidentais, ou seja, como a probabilidade de acerto da pergunta era de apenas 25% (uma resposta acerta entre quatro possíveis), o valor final da indenização ficou no valor de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), que corresponde ao produto de R\$500.000,00 reais pela cifra de 25%. Recurso Especial de nº 788.459, julgado em 08 de novembro de 2005, TJBA: acórdão de nº 50922 (COSTA, 2012, p.9).

O caso exposto alavancou a longa caminhada que a teoria da perda de uma chance perfaz até hoje no Brasil. As chances transcorrem por âmbitos desconformes no Direito, a maioria dos casos ocorre nas áreas trabalhista, advocacia, médica e família. Contudo, é verificada a possibilidade da apreciação de chance em casos específicos fora desse rol. Basta observar a chance real e séria para o mundo jurídico, a probabilidade em que o evento ocorreria, a interferência de um ato ilícito de terceiro, a busca de proteção do patrimônio. Diante dos requisitos não há óbice à magistratura quanto a apreciação da Teoria da Perda de uma Chance em análise de cada caso específico.

A teoria consiste na perda de uma oportunidade buscando proteger o direito das vítimas em receber uma indenização devida pelo agente causador quando este ocasionar, por ato negligente, imprudente ou imperito seu ou de quem seja responsabilidade sua, a perda irremediável da chance única que a vítima possuía de alcançar o que desejava (CASALI; MARINOTO, 2012, ano, p.4).

A teoria não se baseia na ideia de que deve ser indenizada a vantagem total e final que receberia a vítima caso vencesse e nada tivesse intervindo no seu destino, ou que deva receber como se tivesse conseguido chegar ao fim desejado, pelo contrário, o que é objeto de indenização de acordo com a teoria é a real oportunidade perdida de ter conseguido o que buscava (CASALI; MARINOTO, 2012, ano, p.4).

Enfim, a Teoria da Perda de uma Chance é dissímil diante do Direito brasileiro atracado por itens presumíveis. Quando não houver exatidão alguma de que as oportunidades do evento podiam ocorrer com chances superiores a 50%, não há de perda de uma chance. O resultado positivo é conjecturado e por isso a indenização será procedente apenas na certeza de que tudo realmente era possível naquele âmbito de possibilidades favoráveis (CASALI; MARINOTO, 2012, ano, p.6).

Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a terceiro. O dano é inimigo da responsabilidade civil, está no centro da obrigação de indenizar. Não haveria compensação, nem ressarcimento, se não fosse o prejuízo. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não sem danos. Em outras palavras, a atribuição de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita.

A perda de uma chance é infatigável quando há perda de oportunidade em processos que se tem ação ou omissão por advogados. Como já retratado acima, o considerado é a perda da chance de vencer e não na vitória em si. Na linha trabalhista, em um caso jurisprudencial o advogado não entrou com a ação tempestivamente. O trabalhador alegou a perda da chance de constituir êxito, e comprovou 8 meses trabalhados em serviços educacionais com sua CTPS retida pelo empregador. Nesse caso, de fato há direito constituído na possibilidade de resultado favorável ao empregado provado pela prestação de serviço, e a culpa de

um terceiro que o impediu de ao menos tentar chegar ao resultado útil desejado. É uma perfeita adequação da teoria e aplicabilidade (TORRES, 2015, p.13).

O princípio da dignidade humana pela nova concepção de dano pela Teoria da Perda de uma chance está pautado no equilíbrio entre o dano e o nexo de causalidade. Primordialmente, respeitando o princípio da dignidade humana para a proteção jurídica e indenizável de danos hipotéticos (TORRES, 2015, p.13).

A complexidade de precisar o nexo causal reside na demonstração em casos concretos. Por isso surgiram algumas teorias. A teoria da equivalência das causas, oriunda do direito penal, consagra que o nexo de causalidade será verificado quando excluindo-se mentalmente a conduta do agente, não ocorresse o prejuízo sofrido, considerando-se as causas próximas ou remotas que ocasionassem o dano. Através do método indutivo de supressão da ação ou omissão do agente, verifica-se a manutenção ou desconstrução do dano (TORRES, 2015, p.6).

Não é fácil estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nessa tarefa penosa o juiz optar por um juízo de razoabilidade, um juízo causal hipotético, que seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se o pleiteado, a título de lucro cessante, seria a consequência normal desenrolar dos fatos, se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito.

Culpa, dano e nexo de causalidade são os três elementos que caracterizam a responsabilidade subjetiva que é a intenção precípua na análise de casos pela perda de chances ao esclarecer esses inoportunos existentes que devem ser comprovados. A teoria é confirmada pela ação negligente de um profissional da saúde e inadequada quando o paciente perde a possibilidade de cura de uma doença, ou pela perda de evitar sintomas ou piorar a situação de uma enfermidade. Assim, a responsabilidade do médico é clara (ROSÁRIO, 2008, p.3).

Na ligação entre dano e nexo causal, a mera perda de possibilidade não é a causa de um dano certo, é necessária a concretização do dano para que seja suficiente a reparação. Como um diagnóstico de vista equivocado e a consequente cegueira da vítima. O dano está claro, e deve ser indenizado. A perda da chance é a consequência de algo sólido do nexo de causalidade (ROSÁRIO, 2008, p.9).

Dentre as várias teorias sobre o nexo causal, o Direito recepcionou a da causa adequada, também conhecida por alguns como causa direta e imediata, que reporta a necessidade da causa. De acordo com essa teoria, rompe-se o nexo causal não apenas quando o credor ou terceiro é autor da causa próxima do novo dano, mas quando a causa próxima é fato natural.

Compreende-se que a tridimensionalidade é particularidade da teoria da perda de uma chance. As histórias e casos são exemplos reais da doutrina e Jurisprudência que transpassam o Direito brasileiro. As chances têm status jurídico-econômico porque apesar de uma teoria carregada de direito comparado, há preceitos normativos e legais da responsabilidade civil, de danos emergentes e lucros cessantes que levam ao cálculo da possível indenização. Não é simplesmente pela alegação desses fatores que os operadores do direito podem se respaldar para não explorar a teoria (AZEVEDO; JUNIOR, 2011-2012, p.3).

Indubitavelmente a perda de uma chance, de forma díspar da responsabilidade civil do Estado, dever ser inculpada na forma subjetiva, à luz dos ditames balizadores do Códex Civilista, mais precisamente nos seus artigos 186, 187, 927, 931, 932, 942 e 944. À guisa de exemplificação, é congruente citar o

suporte fático concreto centrado na personalidade física do corredor maratonista Vanderlei Cordeiro de Lima durante a disputa da corrida de Maratona nas Olimpíadas de Atenas, em 2004. A Maratona, como sabido, é uma competição de corrida totalmente antrópica, cujo objetivo é percorrer em primeiro lugar cerca de 42,195 km (quarenta e dois quilômetros e 195 metros).

O atleta estava em primeiro lugar, distante temporalmente mais de 1 (um) minuto do segundo colocado, quando abruptamente, após atingir 36km (trinta e seis quilômetros) um espectador invadiu o espaço do trajeto destinado aos atletas se postou fisicamente perante o atleta brasileiro, segurando-o e retirando-o à força da pista. O atleta conseguiu retornar o certame, contudo, perdeu aproximadamente 20 (vinte) segundos, o que o fez perder a concentração física e mental. Em consequência, foi ultrapassado pelo segundo e terceiro colocados, fato que perdurou até o final da corrida. Vanderlei Cordeiro de Lima ficou com a terceira colocação e recebeu medalha de bronze (AZEVEDO; JUNIOR, 2011-2012, p.4).

A narrativa do parágrafo anterior expõe a perda de uma chance, visto que o desportista brasileiro possuiu a seu favor elevada probabilidade de vitória. A verossimilhança de tal assertiva encontra lugar no ponto factual de que o atleta havia concluído 36km (trinta e seis quilômetros), isto é, mais de 85% (oitenta e cinco por cento) quando foi atacado pelo espectador que o retardou tempo suficiente para impedir a materialização de sua chance de vitória. Ato ilícito com evidente caracterização dos elementos basilares da responsabilidade civil: conduta (retirada física do atleta pelo espectador agressor), nexo de causalidade (a conduta, de forma inequívoca, impediu a vitória do atleta) e o resultado danoso (a perda indubitável de materialização da oportunidade e de vitória do atleta brasileiro). Fica patente, portanto, a subsunção dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Quando os juízes condicionam a reparação de uma chance ao seu caráter real e sério, não querem nada além da prova concreta de que a vítima estimava aquela chance e que esta perda representa uma lesão efetiva a um interesse seu. O objetivo dos tribunais é descartar os falsos interesses, inexplicavelmente “descobertos” pela vítima apenas quando esta propôs sua ação de reparação (CARNAÚBA, 2012, p.3).

Em face das dificuldades probatórias de estabelecer o liame causal entre o fato imputado ao agente e o dano final, parte da doutrina enquadra a responsabilidade pela perda de uma chance como uma mitigação teórica do nexo causal. A doutrina francesa adota a teoria da causalidade parcial, desenvolvida por Jaques Boré, principalmente na seara médica. No que respeita ao enquadramento da indenização pela perda de uma chance, há forte corrente doutrinária que a coloca como terceiro gênero de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Entre um extremo e outro caberia uma graduação, que deverá ser feita em cada caso, com critério equitativo e distinguindo a mera possibilidade de probabilidade.

Um casal com o objetivo de resguardar as células-tronco de seu primeiro filho que seriam recolhidas no momento do parto, tiveram seu objetivo frustrado quando, por intermédio de contrato privado, escolheram uma empresa que efetuasse a parte procedimental de armazenamento, que porventura não compareceu. Nesse caso, a chance de um possível tratamento de patologias advindas de doenças consideradas incuráveis foi interrompida e impossibilitada. Diante disso, o RESP (1.291.247) se desenvolveu pela prática da Teoria da Perda de uma Chance que pela a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino concedeu indenização à criança por dano extrapatrimonial.

Atualmente, uma simples chance possui valor pecuniário, assim como a perda desta mesma pode acarretar prejuízo extrapatrimonial. Nesse sentido, o avançar da tecnologia possibilitou um refinamento crescente nos métodos de avaliação e quantificação de evidências estatísticas. O principal fator de aceitação da teoria da perda de uma chance está caracterizado na nova maneira de considerar as probabilidades. Com efeito, o progresso tecnológico e a ciência estatística acabaram desmistificando o acaso e as situações aleatórias.

A Jurisprudência, como ressaltado neste trabalho, ainda não firmou entendimento pacífico acerca do novo dano configurado. Ora a indenização pela perda de uma chance é concedida em posição de dano moral, ora a título de lucros cessantes e, o que é funesto, ora pela perda da própria vantagem e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem, com o que se finda por desfigurar a chance em realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Perda de uma Chance mostrou ser cada vez mais forte e presente no Direito brasileiro, apesar de não ser totalmente aceita e nem ter uma Jurisprudência e doutrina congruentes. Contudo, revelou uma nova alternativa para direitos prováveis e não presumíveis, que antes não eram tutelados, e agora podem ser descobertos. Pela nova concepção de dano houve o conhecimento de requisitos que se cumpridos, podem beneficiar a pessoa prejudicada.

Como se configurou a nova concepção de dano na Teoria da Perda de uma Chance? De fato, a nova concepção de dano é apenas um termo usado para identificar o liame entre os tipos de dano como o emergente e o lucro cessante, e futuramente ser enfrentado com as exigências da responsabilidade civil que provocou certo questionamento para operadores do direito e doutrinadores. Ainda assim, houve casos concretos do aparecimento da perda de uma chance que possibilitou amparo econômico à vítima.

O instituto da reparação civil pela perda de uma chance consistiu nas situações nas quais o indivíduo teve seu direito violado pelo ato ilícito de terceiro, sendo omissivo ou comissivo, o que nada mais é, do que a regra geral de responsabilidade civil que se positivou.

O objetivo geral deste trabalho foi desenvolver a nova concepção de dano configurada na Teoria da Perda de uma Chance e, que por acréscimo caracterizou a relevância de perdas de chances provocadas por ato ilícito de terceiros. Demonstrou as amplas áreas jurídicas apreciadas pela Teoria da Perda de uma Chance, selecionou contextos concretos e verídicos populares, apreciou as características além de premissas que constituíram a Teoria da Perda de uma Chance.

A mencionada teoria se tornou relevante quando ao aprofundar e estudar o tema, abriu portas àqueles que antes se viam esquecidos com danos irreparáveis. E com a introdução do tema no Brasil, possibilitou um caminho de esperanças. É moderna, é inovadora para o Direito a partir de quem acreditou que as chances perdidas podem ser tuteladas. O papel da ciência está em comprovar responsabilidades civis com direitos lesados que passaram despercebidos por muito tempo. O poder da perda de uma chance para a sociedade atual esteve na proteção de direitos de personalidade como a honra, a saúde, a integridade física, a dignidade humana. Por intermédio desses motivos a teoria tem relevância e objetivos alinhados com a responsabilidade civil positivada no Código Civil de 2002.

É válido ressaltar que não houve estudos herméticos mais aprofundados com pesquisa jurisprudencial das decisões e pesquisas mais bruscas aos doutrinadores,

mas o breve estudo possibilitou interesse e consolidou a importância que a Teoria da Perda de uma Chance pode alcançar no país. É válido e sugestível pesquisar o tema nos diversos tribunais brasileiros. Sendo o intuito deste trabalho mostrar como o direito comparado pode ser benéfico a nós.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; PONA, Everton Willian. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – os (des)caminhos de uma compreensão teórica. **SCIENTIA IURIS**. 2014, Vol. 18 n. 2

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos tribunais online: Thomson Reuters**. 2012, Vol. 922, n. 450363

COSTA, Caroline Amorim; A responsabilidade civil e a teoria da perda de uma chance – Perte d’une chance. **Direito Izabela Hendrix**. 2012, Vol. 9, n.9

JÚNIOR, José Albenes Bezerra; AZEVEDO, Walter de Medeiros; Teoria da perda de uma chance na ótica do direito brasileiro. **Revista Científica da escola de direito**. 2011-2012, n. 1

MARINOTO, Denise Nunes. CASALI, Éllen Cássia Giacomini; Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil. **REVISTA LINHAS JURÍDICAS (UNIFEV)**. 2012, Vol. 4, n. 4

NASCIMENTO, Alexandre dos Santos; NETTO; Roberto Magno Reis; Teoria da perda de uma chance: uma análise dos argumentos jurisprudenciais favoráveis à sua aceitação no Brasil. **Revista Capital Científico – Eletrônica (RCe)**. 2018, Vol. 16, n. 4.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira; A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica. **Revista da EMERJ**. 2008, Vol.11, n 43.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos tribunais online: Thomson Reuters**. 2015, Vol. 2, n. 2169

TORRES, Felipe Soares; O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**. 2015, Vol. 958.