

Natureza jurídica da perda de uma chance

Legal status of loss of a chance

William Junio Godinho Queiroz

Aluno do 8º Período do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas, UNIPAM. Trabalho feito sob a orientação da professora Me. Morisa Martins Jajah.

E-mail: william_tize@hotmail.com

Resumo: A teoria da perda de uma chance, apesar de ter surgido por volta da década de 60, ainda sofre grandes discussões, principalmente quanto a sua aplicação e sua natureza jurídica. O tema bastante discutido pelos doutrinadores gera uma grande polêmica a respeito de qual a adequação quanto a sua natureza jurídica, tema esse que ainda não há posicionamento dominante. Já quanto a sua aplicação e caracterização possui, atualmente, um entendimento predominante no sentido de que, para que a perda de uma chance tenha um valor jurídico, necessário é que essa chance seja uma chance real e séria, pois meras expectativas não geram o direito há uma reparação. Porém, apesar de ser o posicionamento predominante, existe uma corrente totalmente contrária a essa ideia, a qual vem sustentando o entendimento até mesmo do STJ, que vem flexibilizando a aplicação da perda de uma chance, o qual pode gerar uma insegurança jurídica. O trabalho utilizou o método de pesquisa dedutivo-bibliográfico.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Natureza Jurídica. Perda de uma Chance.

Abstract: The theory of loss of a chance, despite having emerged around the 60s, still suffers great discussions, especially regarding its application and its legal nature. The theme widely discussed by scholars generates a great controversy as to its suitability regarding its legal nature, and there is no dominant position about such topic yet. As for its application and characterization, currently there has been a prevailing understanding in the sense that for the loss of a chance to have a legal value, it is necessary that this chance is a real and serious chance as mere expectations do not generate the right to one repair. But despite being the dominant position, there is a fully counter-current to the idea, which has been supporting the understanding even by the Supreme Court, which has more flexible application of the loss of a chance, which may generate legal uncertainty. The study used the deductive-bibliographical research method.

Keywords: Liability. Legal nature. Loss of Chance.

1 Introdução

O presente trabalho analisa o tema da responsabilidade civil decorrente da teoria da perda de uma chance, tema este de suma importância, o qual está sendo observado com relevância nos tribunais pátrios.

A presente pesquisa está engajada no estudo que concerne a natureza jurídica da perda de uma chance, tendo como clímax o não entendimento firmado entre os doutrinadores, dando ênfase àqueles que entendem que se trata de um dano emergente; outros como lucros cessantes, e os que ainda afirmam se tratar de um dano moral. Insta ressaltar uma corrente moderna a qual apresenta grande destaque

jurídico, que preconiza tratar-se de uma nova espécie de responsabilidade civil, em que a perda de uma chance deverá ser entendida como uma modalidade autônoma das demais.

Nessa seara, a referência para o respectivo estudo são os seguintes julgados do STJ: o recurso especial 788459/BA 2005/0172410-9 e o EDcl no AgRg no Ag 1196957 DF 2009/0104129-6, sobre os quais se fez um paralelo e consequentes críticas aos acórdãos, uma vez que os mesmos flexibilizaram a teoria, fugindo do entendimento predominante.

O tema em tela é visto em duas vertentes: a probabilidade de se obter uma chance ou a possibilidade de se evitar algo. Atualmente, a maioria dos estudos está voltada à análise minuciosa da responsabilidade civil do advogado e do médico, porém não é preocupação deste trabalho.

Justifica-se a escolha do tema devido a sua divergência doutrinária e jurisprudencial. De forma ilustrativa, têm-se os conceitos de memoráveis doutrinadores como Pablo Stolze Glagliano e Sérgio Savi que entendem que tal teoria está ligada ao dano emergente. Maria Helena Diniz, por sua vez, nos lucros cessantes. Silvio de Sávio Venosa afirma tratar-se de um novo segmento e o Tribunal de São Paulo vem concedendo indenização com caráter de dano moral.

2 Breve histórico e conceito

A teoria da perda de uma chance surgiu na França, por volta dos séculos XIX e XX, também designada por alguns doutrinadores como perda de uma oportunidade.

Naquela época, a perda de uma chance foi bastante estudada e teve uma grande repercussão no âmbito das cortes francesas. Foi entendida como uma maneira de se responsabilizar civilmente pelo prejuízo causado devido à perda de eventuais lucros cessantes, analisando o que um indivíduo poderia ganhar, no âmbito jurídico, caso fosse privado da chance de obter algo.

Posteriormente, a discussão passou a ganhar força na Itália, mais precisamente no final do século XX, Adriano de Cupis passou a dar uma nova visão à teoria, o que causou uma grande evolução naquela época, pois passou a ser entendida como uma possibilidade de indenizar a partir do dano emergente.

Adriano de Cupis foi, portanto, um dos autores mais importantes para a consolidação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no direito italiano. Reconheceu a existência de um dano autônomo consistente na chance perdida, inseriu a perda de uma chance no conceito de dano emergente e limitou a possibilidade de indenização às chances sérias e reais. (SAVI, 2009, p. 12).

Nesse diapasão, a perda de uma chance passou a ser analisada e concedida quando verificada uma probabilidade mais próxima do máximo do que do mínimo de se obter um lucro almejado.

Por conseguinte, o Brasil passou a analisar tal teoria, notando a presença de discordâncias entre os tribunais, uma vez que a legislação pátria não possui previsão legal sobre o tema, fazendo uma interpretação extensiva do artigo 949 do Código Civil,

uma vez que o legislador optou por trazer a responsabilidade civil de uma maneira ampla *in verbis*: artigo 949: “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescência, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

Em suma, a parte final deste artigo demonstra que a vítima tem direito a todo e qualquer prejuízo que por ventura o ato ilícito do ofensor vier lhe causar, entendendo, portanto, alguns doutrinadores, que a teoria da perda de uma chance poderia estar incluída aqui. Nesse sentido, veem-se necessários os conceitos importantes no que se refere à responsabilidade civil por perda de uma chance.

Pois bem, passa-se a analisar primeiro o conceito de responsabilidade civil, que tem como corolário o artigo 186 do Código Civil de 2002, *in verbis*: artigo 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Desse modo, extrai-se da lei uma subdivisão da responsabilidade civil, qual seja, a responsabilidade civil patrimonial que se dá pela verificação do dano pecuniário causado, um dano palpável concreto, ocorrido quando o dano é provocado em um objeto material, um carro, por exemplo, e a responsabilidade moral, que é auferido pelo dano moral, psicológico, ligado à honra, o que se espera de um homem médio perante a sociedade, está ligada à violação de direitos e danos que ficam no campo abstrato, de difícil compensação.

Maria Helena Diniz traz em seu livro *Curso de Direito Civil Brasileiro* uma ideia do que seria a responsabilidade civil.

Deveras, a todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem, relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando imprescindível a criação de soluções ou remédios- que nem sempre se apresentam facilmente, implicando indagações maiores—que sanem tais lesões, pois o direito não poderá tolerar que ofensas fiquem sem reparação. Quem deverá ressarcir esses danos? Como se operará a recomposição do *status quo ante* e a indenização do dano? Essa é a temática da responsabilidade civil (DINIZ, 2010, p. 03).

Porém, para que nasça a responsabilidade civil, é indispensável a existência de um dano, moral ou material, conceituado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho como “sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (2006, p. 36).

Sem dúvida, não há que se falar em responsabilidade civil sem dano, pode até haver responsabilidade sem culpa, mas sem dano não há possibilidade.

Feitas essas considerações, passa-se a enfatizar o conceito de responsabilidade civil por perda de uma chance, sendo caracterizada de duas maneiras, ambas em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda (SAVI, 2009, p. 13).

Sendo assim, a perda de uma chance é entendida como uma privação ao direito de se conquistar algo ou, em se tratando de uma não privação, a oportunidade de evitar-se um prejuízo ou danos a outrem.

Logo, exige uma probabilidade real de obtenção de um ganho, desse modo não se admite a concessão de uma indenização sob uma mera expectativa incerta ou pouco provável. O exemplo mais comum da primeira opção, a probabilidade de obter um lucro, é quando um advogado, por um ato culposo, deixa de interpor um recurso no prazo adequado para seu cliente. Já um exemplo da segunda opção, a oportunidade de se evitar um prejuízo, seria no caso da responsabilidade civil do médico que, por culpa, deixa de dar o tratamento adequado a um paciente, o que posteriormente lhe causa um dano, um grave prejuízo que, se descoberto e tratado em tempo oportuno, poderia não ter sido aferido. O objetivo central da responsabilidade civil por perda de uma chance é justamente reparar esses danos causados.

Portanto, a perda de uma chance nada mais é do que a reparação civil de uma probabilidade quase certa de um ganho não conquistado pela ocorrência de ato ilícito ou de um dano que poderia ter sido evitado. Como bem preleciona Sérgio Cavalieri Filho,

caracteriza-se a perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença favorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda. É preciso, portanto que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada, aqui, também tem plena aplicação o princípio da razoabilidade (2009, p. 74-75).

Para uma melhor compreensão, tem-se o exemplo de um famoso maratonista que era conhecido por imitar, com os braços, um aviãozinho na chegada das provas, chamado Vanderlei Cordeiro de Lima, que, em 2004, quando competia, foi agarrado por um desconhecido o qual o jogou ao chão quando estava a 6 km do fim do percurso e eminente vitória. Por esse acontecimento, Vanderlei perdeu alguns segundos e foi desestabilizado emocionalmente, sendo ultrapassado por dois competidores, o que lhe ocasionou a terceira colocação na competição.

Na época, causou uma grande revolta ao público e um grande questionamento a respeito da questão. Vanderlei chegaria em primeiro lugar caso não fosse bruscamente interrompida sua corrida? Não há como mensurar cem por cento de certeza, mas nesse exemplo há uma probabilidade quase certa de que ele chegaria em primeiro lugar, mas, infelizmente, foi privado por um ato ilícito de um terceiro, causando prejuízos ao maratonista. Verifica-se a responsabilidade civil por perda de uma chance no caso em concreto, logo, Vanderlei poderia ser reparado pelo ato (UOL, 2004).

3 Natureza jurídica

O problema se vê aqui, qual seria a natureza jurídica da responsabilidade civil por perda de uma chance?

Hoje há uma grande divergência doutrinária quanto à classificação mais adequada no que se refere à natureza jurídica da perda de uma chance. Existem, atualmente, quatro correntes principais. A primeira entende melhor se encaixar no dano emergente. Para a segunda corrente, a melhor análise é de tratá-la como lucros cessantes. A terceira corrente vê melhor adequação em dano moral. E, por último, a corrente que vem crescendo e ganhando força, pois entende estar ligada a uma nova modalidade de responsabilidade civil, ou seja, a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Mas, então, qual seria a posição mais adequada? Não há, hoje, um posicionamento dominante. Muitos doutrinadores de renome não conseguem se entender no que tange à natureza jurídica da perda de uma chance.

A primeira parte da doutrina vem entendendo tratar-se de um dano material que melhor se adequa em dano emergente.

Ao inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial). Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada. Assim, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem. Isto é, faz-se uma distinção resultado perdido e a chance de consegui-lo. Ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo (SAVI, 2009, p. 112).

A crítica feita a esse posicionamento é de que o dano emergente é aquele que está ligado ao dano concreto, provado, ou seja, aquele prejuízo que é mensurável e imediato. Já na perda de uma chance, o dano corresponde estritamente à chance perdida, à probabilidade real de se obter algo, o prejuízo é imensurável, ou seja, o dano sofrido é difícil de ser aferido, consiste na possibilidade futura de uma pretensão, não há a certeza do dano, pois aquela oportunidade pode não acontecer.

Seria melhor defini-la como um dano material na modalidade de lucros cessantes, pois é pautada pelo que deixaria de ganhar caso não tivesse ocorrido o ato ilícito. Dentre os doutrinadores, destaca-se Sérgio Cavalieri Filho, que entende estar ligado ao lucro cessante, pois a chance trata-se do que a pessoa deixou de ganhar.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de se obter uma situação futura melhor (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 74).

Porém, apesar desse entendimento ter sido o mais aceito por vários anos, já foi superado e, apesar disso, Sergio Cavaliere Filho insiste nesse entendimento antigo dos franceses.

Também comunga do mesmo entendimento Maria Helena Diniz, quando diz que

dano negativo ou lucro cessante ou frustrado trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também da perda de uma chance, de oportunidade ou de expectativa (frustração de uma oportunidade em que seria obtido, como diz Jeová Santos, um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito) [...] (2010, p. 70).

Essa teoria já está um tanto precária, pois a crítica que se faz é que os lucros cessantes são verificados por prova de um dano real que o agente deixaria de ganhar.

Parte da doutrina defende que a perda de uma chance afeta o campo moral do ofendido, como alguns tribunais pátrios vêm entendendo, mais precisamente o Tribunal de Justiça de São Paulo. Essa corrente traz o argumento de que não há certeza do dano e de que aquilo realmente se verificaria, há uma afetação no campo emocional da pessoa, logo indenizar-se-á pelo dano moral. Como, por exemplo, o estudante que por mérito seu consegue chegar à última fase do concurso para juiz federal - nesse concurso o candidato que consegue chegar a essa fase está praticamente aprovado, pois já enfrentou as demais fases que são consideradas de um nível de dificuldade altíssimo, a probabilidade de que ele consiga ser um juiz federal está bem mais próxima do máximo do que do mínimo. Entretanto, no momento em que ele está se dirigindo ao local da última etapa, alguém atravessa uma parada obrigatória e vem a colidir com seu carro, tendo como resultado lesões corporais, ocasionando um atraso e o concursando não consegue chegar ao local em tempo hábil, que, por consequência do ato ilícito do motorista, priva-o da sua aprovação no referido concurso.

Nesse caso em questão, havia uma probabilidade imensa do estudante conseguir seu objetivo, mas sofreu um prejuízo moral, logo deverá ser indenizado a título de dano moral, como se ilustra em alguns julgados.

Ementa: - Mandato - Ação de indenização ajuizada por cliente contra sua advogada, que interpôs recurso intempestivo, baseada na perda de uma chance - Cabimento do pedido. - O arbitramento da indenização moral há de considerar a real finalidade do reparo, a de satisfazer ao lesado, tanto quanto possível, e a de servir de desestímulo, ou de inibição, para que se abstenha o lesante de novas práticas do gênero. Em contrapartida, a reparação não deve gerar o enriquecimento da vítima, tendo em vista sua natureza compensatória - Pedido procedente em parte - Recurso provido em parte. (Apelação cível TJ/SP 1185038720088260005 Relatora: Desembargadora Silvia Rocha, 2012)

Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Apelação 688.509-0, 12ª câmara, relator Jayme Queiroz Lopes, julgado em 18.11.2004, que confirma a ideia traga pelo Ilustríssimo Flávio Tartuce.

Obrigação de reparar o dano moral do ex-cliente, que perdeu a chance do reexame de sua condenação. A alegada dispensa de recorrer, repelida pelo ex-cliente, não se confirmou na prova. Logo, houve mesmo incúria do profissional.” (Apelação com Revisão nº 943729-0/2). Na linha do entendimento da jurisprudência, que se anotou, a apelante merece ser indenizada pela desídia da apelada, que interpôs recurso fora do prazo legal. Nem se diga que cabia à apelada, como advogada, decidir pela pertinência ou não da interposição do recurso, porque ela de fato antevia chance de reforma da decisão que denegou seguimento ao recurso de revista, tanto que dela recorreu, só que de forma intempestiva (TARTUCE, 2015).

Apesar de Sérgio Savi entender melhor se encaixar a perda de uma chance como dano emergente, ele descreve a possibilidade do dano vir com um cunho moral também, o que pode fundamentar a intenção dos tribunais em conceder a indenização no campo moral.

Em conclusão, haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda de uma chance, em razão da falta de requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não pode se admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral já que, presentes os requisitos descritos neste livro, a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente (SAVI, 2009, p. 60).

Insta ressaltar que o dano pela perda de uma chance não poderá ser exclusivamente moral e também não necessariamente material, sendo de grande importância a análise de cada caso em concreto. Portanto, essa corrente não consegue adequar precisamente a perda de uma chance, mesmo assim, os tribunais vêm concedendo a indenização apenas a título moral.

Uma corrente moderna que vem ganhando força atualmente e que merece uma maior atenção busca entender a perda de uma chance não como um dano emergente, pois não há certeza de dano, também não se encaixa nos lucros cessantes, pois não se tem uma certeza real do dano, e também não se verifica a título de dano moral, pois poderá haver um dano material. Desse modo, a perda de uma chance goza de uma autonomia, deve ser tratada como um tipo de responsabilidade autônoma das demais. Vem se defendendo, então, que tal teoria deve ser considerada como uma terceira dimensão de dano, qual seja a responsabilidade civil por perda de uma chance. Desse modo, considera-se responsabilidade civil aquela causada por dano patrimonial, dano emergente, lucros cessantes, perda de uma chance e reparação pelo dano moral.

Observe que essa corrente consegue resolver o problema, pois as demais não conseguem o encaixe perfeito da teoria da perda de uma chance, e, se fosse analisar, seria a mais lógica ideia da curiosa teoria. Dentre os defensores modernos, tem-se Silvio de Salvo Venosa.

Há forte corrente doutrinária que coloca a perda de uma chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento (Gherzi, 2000: 63). Por isso, a probabilidade de perda de uma chance não pode ser considerada em abstrato (VENOSA, 2012, p. 37).

Para confirmar essa ideia moderna, o STJ, pelo brilhante voto do Ministro relator Luis Felipe Salomão, confirmado pelos demais ministros, mostra que o entendimento é de que o dano pela perda de uma chance é um dano intermediário ao dano emergente e aos lucros cessantes, como segue a ementa do REsp 1.190.180-(2010/0068537-8), 22-11-2010.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (Apelação Cível, Recurso especial: 1.190.180-(2010/0068537-8), 22-11-2010. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2010).

Assim, se considerasse a perda de uma chance como espécie do gênero responsabilidade civil, talvez poderia se propor a tentar resolver outras divergências, como será analisado mais a seguir.

4 Crítica à flexibilização da teoria da perda de uma chance pela jurisprudência

A doutrina enfrenta uma grande discussão acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, atualmente reina uma grande problemática no que se refere à probabilidade da oportunidade acontecer. Apesar dessa divergência, há um entendimento dominante por parte dos grandes estudiosos sobre o empasse. Eles sustentam o argumento de que a possibilidade de uma indenização à luz da perda de uma chance se dá quando há uma probabilidade quase certa e real do fato acontecer, ou seja, só há que se falar em indenização pela teoria quando a probabilidade estiver mais próxima do máximo do que do mínimo, devendo ser demonstrada uma chance quase certa, pois meras expectativas não ensejariam a reparação.

O que seria a corrente mais lógica e adequada não é unânime, pois há doutrinadores renomados entendendo que a indenização estaria ligada à proporcionalidade daquela chance, independentemente da probabilidade ou não de ser satisfeita, e sim do grau de certeza, ou seja, a indenização seria calculada a partir do equivalente da oportunidade perdida. À luz dessa corrente, meras expectativas ou chances mínimas poderiam gerar o direito a uma indenização, desde que proporcional à porcentagem que aquele fato pudesse acontecer. Logo, quanto menor a chance, menor a indenização.

Nesse sentido, o presente trabalho decidiu dar destaque a duas decisões de repercussão geral que foram amplamente criticadas por vários autores, quais sejam: o recurso especial 788459/BA 2005/0172410-9 e o EDcl no AgRg no Ag 1196957 DF 2009/0104129-6.

No recurso especial 788459/BA O STJ considerou uma probabilidade de $\frac{1}{4}$ para indenização, visto que no caso em questão o programa de TV Show do Milhão formulou uma pergunta de maneira errada não possuindo resposta correta, diante disso a pessoa que estava concorrendo ao prêmio máximo de um milhão de reais optou por não responder ficando com quinhentos mil reais, o tribunal entendeu que a empresa agiu de má-fé e por isso decidiu que deveria indenizar a concorrente em $\frac{1}{4}$ pois corresponde possibilidade de acerto, sendo que havia 4 respostas, assim o STJ concedeu uma probabilidade bem mais próxima do mínimo do que do máximo, visto que a concorrente tinha a probabilidade caso tivesse resposta correta de $\frac{3}{4}$ de erro contra $\frac{1}{4}$ de acerto, ou seja, se possuísse resposta correta a concorrente teria uma chance em 4 de acertar e levar a bolada, mais a possibilidade de erro era substancialmente maior, o que não poderia ter sido considerado (Apelação cível, Recurso especial 788459/BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, 2005).

Nesse caso em questão, ficou entendido, nas instâncias inferiores, que o programa de TV agiu com má fé, formulando de propósito a pergunta para que a jogadora não acertasse e, conseqüentemente, não ganhasse o prêmio total ofertado.

Fato que causou grande polêmica sobre o assunto, alguns entendiam que a empresa deveria complementar com a indenização até chegar ao valor total do prêmio, 1.000.000,00 (um milhão de reais). Mas não se pode justificar uma indenização com esses parâmetros à luz da teoria da perda de uma chance, vez que a probabilidade de erro era maior do que a de acerto.

Já no caso do EDcl no AgRg no Ag 1196957 DF 2009/0104129-6, em que a recorrente recebeu bilhete para participar de sorteio em razão de compras efetuadas em hipermercado. Neste constava "você concorre a 900 vales-compras de R\$ 100,00 e a 30 casas." Foi sorteada e, ao comparecer para receber o prêmio, obteve apenas um vale-compras, tomando, então, conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os vale-compras. Este segundo sorteio, todavia, já tinha ocorrido, sem a sua participação. As trinta casas já haviam sido sorteadas entre os demais participantes. No caso presente, o dano consistiu não na perda do direito à casa, mas apenas na perda de trinta chances em novecentas de obter o direito ao prêmio (casa no valor de R\$ 40.000,00). O STJ entendeu que deveria se indenizar uma probabilidade de 900/30 que também está bem mais próxima do mínimo do que do máximo, ou seja, a recorrente tinha a possibilidade de 1/30 de ganhar a casa contra 29/30 de não ser premiada. (Apelação cível, EDcl no AgRg no Ag 1196957 DF 2009/0104129-6 Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, 2009).

Diante desses dois julgados, a crítica está ligada a essa probabilidade, pois a maioria da doutrina entende que a perda de uma chance, para ser indenizável, deve estar sempre mais próxima do máximo do que do mínimo de probabilidade futura daquele lucro esperado, se viesse a se concretizar. Como diz Sergio Cavalieri Filho, "a perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis" (2009, p. 75).

Também reafirmam essa ideia Gagliano e Pamplona Filho: "somente o dano certo, efetivo, é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético" (2006, p. 39).

Nesse mesmo entendimento, Glenda Gonçalves Gondim reafirma essa ideia de que um dano para ser indenizável tem que ser aquele que consiga afetar uma probabilidade quase certa de se concretizar, não bastam meras possibilidades.

Com efeito, tem-se que para reparação do dano, este deve ser certo e atual. No mesmo sentido, a chance perdida para ser indenizada não pode se tratar de um ganho hipotético ou eventual. Tratar-se-á de uma chance hipotética quando para sua concretização seriam necessárias outras causas, ou seja, retirando-se a conduta do réu, o ganho esperado dependeria de outros fatores para ocorrer, como ganhar um concurso, ou promoção em emprego, que dependem de outros acontecimentos. É a partir desta noção que deverá ser analisada a possibilidade ou não da aplicação da presente teoria no direito brasileiro, destacando-se sempre que a jurisprudência e doutrina que criaram a teoria da perda de uma chance consideram ressarcível o prejuízo resultante de uma conduta que apesar de não causar um dano

propriamente dito, retirou uma oportunidade plausível do ofendido (GONDIM, 2005, [s.p]).

Esse entendimento não foi analisado pelo STJ na decisão dos dois acórdãos citados, pois, para nascer o direito, a indenização pela perda de uma chance necessita de uma probabilidade real de ganho e, nos casos em questão, essa probabilidade é hipotética e mínima, pois se trata de uma chance perdida, não necessariamente de um dano concreto, já que fica a dúvida caso a oportunidade não fosse satisfeita.

Já Maria Helena Diniz tem pensamentos contrários a esse entendimento, mas que parecem se encaixar com os critérios utilizados pelo STJ, no sentido de que a indenização estará ligada ao percentual que a chance seria almejada a fim de se determinar o *quantum* indenizatório.

[...] a perda de uma chance é um dano real indenizável se se puder concretizar o grau de probabilidade de sua concretização ou da cessação do prejuízo. Se assim é, o dano deve ser apreciado, em juízo, segundo o maior e menor grau de probabilidade de converter-se em certeza. O lesado deve ser indenizado pelo equivalente daquela oportunidade; logo o prejuízo terá um valor que variará conforme maior ou menor probabilidade de uma chance perdida se concretizar (DINIZ, 2010, p. 70).

Também nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa salienta que

na perda de uma chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos. A indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato ou a data da morte. Nessas hipóteses, a perda da oportunidade constitui efetiva perda patrimonial e não mera expectativa. O grau de probabilidade é que fará concluir pelo montante da indenização (2012, p. 39).

Portanto, apesar de ser um tema divergente na doutrina, os tribunais vêm entendendo e concedendo indenizações, com base na teoria da perda de uma chance, pela proporção dada ao percentual a qual a pessoa teria de satisfazer aquela oportunidade perdida. Tais precedentes podem gerar um grande risco à segurança jurídica, pois, se os tribunais começarem a dar indenizações com probabilidades pequenas de o fato acontecer, a população brasileira, que já tem uma cultura capitalista e perigosa, vai começar a impetrar ações de maneira exagerada, a fim de terem benefícios com indenizações, como aconteceu com surgimento do dano moral em 1988.

Faz-se um paralelo com o dano moral, na época do surgimento de tal dano com a implantação da nova Constituição Federal em 1988, no seu artigo 5º, inciso XX, *in verbis*: “são invioláveis a intimidade a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O dano moral foi visto pela população como uma chance de ganhar dinheiro, chamado, na época, por alguns de “fábrica do dano moral”.

Naquela época, como o tema era novo e bastante divergente, os tribunais passaram a dar indenizações com um valor altíssimo e por questões, na maioria das vezes, não tão proporcionais ao dano moral sofrido. Desse modo, várias pessoas passaram a pedir indenização, tudo era motivo de dano moral, o que ocasionou uma grande insegurança jurídica.

Felizmente, o conceito de dano moral evoluiu e, atualmente, há decisões brilhantes a esse respeito, pelas quais se deve indenizar quando não há outra maneira de se reparar o dano e quando aquele dano interferir bastante na vida daquela pessoa a ponto de prejudicá-la, gerando o direito a reparação.

Voltando à teoria da perda de uma chance, analisando de maneira paralela ao dano moral, o erro poderá ser repetido, tendo logo uma fábrica do dano proveniente da perda de uma chance, pois como os tribunais estão entendendo que a indenização estaria ligada ao percentual da chance e não à real possibilidade dela acontecer, qualquer motivo poderia ser levado ao crivo do judiciário, na vontade de ser indenizado.

Essa flexibilização poderia chegar a um ponto tão alarmante que, no exemplo de uma pessoa estar a caminho para fazer um concurso e por algum motivo não chegar ao local, perdendo, assim, a oportunidade de participar do certame, essa pessoa teria que ser indenizada com base em pressupostos ligados à porcentagem a qual ela estaria sujeita, ou seja, se a título de exemplo tivesse 10.000 candidatos para uma vaga, ele teria o direito a indenização em 1/10.000 de possibilidade de passar naquele concurso. Veja, por mais que aquela pessoa esteja bem preparada para o concurso, a probabilidade de ela obter êxito é quase desprezável, se comparada à probabilidade de não lograr êxito.

Pode-se pensar hipoteticamente no caso de um apostador na mega sena. Chegar ao ponto de indenizar aquela pessoa que hipoteticamente teve um sonho com os números da mega sena e o mesmo, confiante que iria ganhar o prêmio milionário, não conseguiu fazer a aposta, pois sua mulher viajou e o deixou trancado em casa.

Apesar do exemplo esdrúxulo, o que se pode extrair é que essa indenização pode não ter fim, o risco é grande e poderá ser irreparável. Muitos veem uma oportunidade de enriquecimento sem causa, o que é vedado no ordenamento jurídico, derivado do princípio da boa-fé.

5 Conclusão

Ante o exposto, conclui se que a teoria da perda de uma chance ainda sofre grande discussão no âmbito jurídico brasileiro.

Nesse sentido, foi verificado que a melhor alternativa para se definir a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance seria considerar a mesma como uma nova modalidade de dano, analisando tão somente o caso concreto em questão.

Assim, apesar dos tribunais estarem analisando o tema com o intuito de que se deve indenizar na proporção da porcentagem material da chance perdida, causando uma insegurança jurídica, podendo ser considerada como uma fábrica de dinheiro àquelas pessoas mal intencionadas, insta esclarecer que melhor seria entender que, para gerar o direito a uma indenização por perda de uma chance, a probabilidade de se

obter o esperado seja mais próxima possível da certeza do que próxima do mínimo de chance.

Por fim, seria prudente que o legislativo desse ênfase ao tema exposto, que possui grande relevância e valor jurídico, elaborando uma lei específica que trate do assunto em questão ou uma mudança no Código Civil Brasileiro, introduzindo a perda de uma chance como uma nova modalidade de responsabilidade civil, com o intuito de inibir ações jurídicas voltadas para o proveito pessoal, como o enriquecimento sem causa.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração. Agravo Regimental. Agravo de Instrumento nº 1196957. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2012. *Diário Oficial da União*. Brasília, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%281196957%29+E+%28%22MARIA+ISABEL+GALLOTTI%22%29.min.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tru>> . Acesso em: 06 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788459. Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVE. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2015. *Diário Oficial da União*. Brasília, 13 mar. 2006 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28788459%29+E+%28%22FERNANDO+GON%27ALVES%22%29.min.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=truede>> . Acesso em: 06 out. 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1190180. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 16 de janeiro de 2010. *Diário Oficial da União*. Brasília, 22 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%281190180%29+E+%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%27O%22%29.min.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tru>> . Acesso em: 06 out. 2015

BRASIL. TJSP. Apelação nº 1185038720088260005. Relator: Desembargadora Silvia Rocha. São Paulo, SP, 15 de janeiro de 2012. *Diário Oficial da União*. Brasília, 16 ago. 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6113825&cdForo=0&vlCaptcha=wentb>>. Acesso em: 06 out. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo. Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4.ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 121 p.

TARTUCE, Flavio. *Julgados sobre "Perda de uma chance"*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=jurisprudencia&id=146>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

UOL (São Paulo/SP) (Org.). *Mesmo agredido, brasileiro conquista o bronze na maratona*. 2004. Elaborado por Murilo Garavello. Disponível em: <<http://esporte.uol.com.br/olimpiadas/ultimas/2004/08/29/ult2247u452.jhtm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo. Atlas, 2012.