

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Claudia Regina Althoff Figueiredo¹

Mylene Medeiros Dutra²

Recebido em: 14 set. 2018

Aceito em: 05 jul. 2019

Resumo: O presente artigo tem como objetivo abordar a teoria da perda de uma chance e pontuar suas principais características no cenário da responsabilidade civil, além de aspectos históricos e conceituação jurídica. A teoria consubstancia-se na possibilidade de reparação civil decorrente da perda da oportunidade de obter uma vantagem esperada ou evitar certo prejuízo. O tema, relativamente novo, não possui previsão legal no direito pátrio, contudo, vem conquistando seu espaço entre a doutrina e tribunais brasileiros, causando, por vezes, entendimentos divergentes no tocante aos seus elementos basilares. Assim, o desenvolvimento de premissas norteadoras à aplicação criteriosa do instituto constitui objeto principal deste estudo.

Palavras-chave: Direito civil. Responsabilidade civil. Perda de uma chance.

THEORY OF THE LOSS A CHANCE: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF CONTEMPORARY LAW

Abstract: This article aims to address the theory of loss of a chance and punctuate its main characteristics in the scenario of civil liability, as well as historical aspects and legal conceptualization. The theory is based on the possibility of civil damages arising from the loss of the opportunity to obtain an expected advantage or to avoid certain damages. The relatively new subject does not have legal provisions in the country's law, however, it has gained its place amidst the Brazilian legal doctrine and courts, sometimes causing diverging understanding regarding its basic elements. Thus, the development of guiding premises for the careful application of the aforementioned theory is the main goal of this study.

Keywords: Civil law. Civil responsibility. Loss of a chance.

1 INTRODUÇÃO

É notório que as grandes transformações experimentadas pela sociedade moderna, ao

¹ Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidad Del Museo Social Argentino - UMSA; Mestre em Ciência Jurídica do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI; Especialista em Direito Civil e Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Advogada, Professora do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Segurança Pública e Política Criminal da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; pesquisadora e professora do Curso de graduação em Direito da UNIVALI. Atua ainda da coordenação do grupo de estudos em Jurisprudência Cível do curso de graduação em Direito da UNIVALI, campus Balneário Camboriú.

² Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Pós-graduanda em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pela Faculdade de Direito Damásio Educacional.

longo de décadas, em razão de fenômenos sociais, influenciaram a mudança vertiginosa de paradigma no que concerne ao alargamento de fronteiras na seara da responsabilidade civil. Referida perspectiva incitou o surgimento e expansão de novos danos indenizáveis, visando, sobretudo, a reparação integral do prejuízo injustamente suportado pela vítima nas mais diversas situações.

Neste contexto, alinhada às novas tendências, é que surge no cenário internacional a perspectiva de responsabilidade civil pela perda de uma chance, teoria que não obstante enfrente fortes opositores no tocante à sua admissibilidade no direito pátrio, diante da ausência de previsão legal expressa, vem conquistando cada vez mais espaço nos tribunais brasileiros, a despeito de seus pontos controvertidos, o que justifica a relevância de seu estudo para o operador do direito.

Assim, ultrapassada esta primeira reflexão, é que se passa a discorrer, nas linhas que seguem, acerca desta nova tendência de reparação civil, atentando-se aos aspectos históricos, conceito jurídico e principais elementos que norteiam a teoria da perda de uma chance no direito brasileiro.

2 O EVOLVER HISTÓRICO E A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Tem-se a notícia de que a responsabilidade civil pela perda de uma chance foi consagrada, inicialmente, entre os tribunais e doutrinadores franceses, conforme relatado por Geneviève Viney e Patrice Jourdain, referindo-se ao primeiro caso de aplicação da teoria, que remonta à data de 17 de julho de 1889 (AMARAL, 2015).

Consoante esclarece Silva (2013), tal decisão proferida pela Corte de Cassação francesa conferiu indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento.

Partindo da França, mas ainda em cenário europeu, a teoria também encontrou terreno fértil para seu desenvolvimento na península Itálica, com estudos desenvolvidos pelo doutrinador Adriano de Cupis. Este último, segundo Amaral (2015), teria sido o responsável por ter visualizado a chance perdida como dano independente do resultado final, especialmente na seara médica, embora não se possa olvidar a contribuição prestada por Maurizio Bocchiola, o qual levantou imprescindíveis e decisivas considerações quanto à prova do dano alegado e a

classificação da chance perdida como lucro cessante ou dano emergente.

Contudo, em que pese a considerável contribuição destes juristas, a Corte de Cassação italiana julgou o primeiro caso favorável à indenização pela perda da chance somente em 19 de novembro de 1983 (AMARAL, 2015).

Não obstante a Europa tenha sido o palco da eclosão da teoria no cenário internacional, o sistema *common law*, no qual Silva (2013) dedica de forma minuciosa o seu estudo, também registrou casos no direito inglês e norte-americano. A primeira aparição teria ocorrido no ano de 1911, na Inglaterra, entre as partes Chaplin v. Hicks, cuja autora era uma das 50 finalistas de um concurso de beleza conduzido pelo réu, o qual a impediu de participar da etapa final que consistia em uma apresentação perante um júri artístico.

No direito pátrio, por sua vez, não há regulamentação expressa acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance, de modo que a aceitação da teoria passou a se manifestar timidamente por meio da doutrina e das decisões advindas dos tribunais brasileiros.

Em que pese a omissão legislativa, a indenização pela perda da chance deve ser interpretada e devidamente recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro, ante a significativa expansão dos danos ressarcíveis na sociedade moderna. Nesse sentido, pontua Amaral (2015, p. 60):

A adoção dessa teoria é um reflexo de conscientização de que o direito, como a ciência social, por encontrar-se umbilicalmente ligado à sociedade, lida com situações imprevisíveis, como também o são as condutas humanas, devendo a ciência jurídica oferecer respostas para os problemas advindos dessa instabilidade.

E como decorrência natural do reconhecimento e recepção da chance frustrada como legítimo interesse violado, passível de proteção jurídica, torna-se necessário a compreensão de sua terminologia e conceito jurídico. Assim é que Amaral (2015, p. 65), em sua obra – fruto de sua tese de doutorado – esclarece que a perda de uma chance (*perte d'une chance*) “traduz-se na subtração de uma possibilidade, probabilidade ou esperança, e ainda de expectativas do indivíduo de auferir um lucro ou uma vantagem, como também de evitar a ocorrência de um evento danoso.”

Ao discorrer sobre a temática, Noronha (2010) reafirma que a chance perdida – seja de obter uma vantagem futura ou evitar um prejuízo efetivamente ocorrido – caracteriza um dano que será reparável quando reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil. Nesse sentido, acentua:

Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque

esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração de oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou (NORONHA, 2010, p. 695).

Ambas as modalidades de perda de uma chance, segundo o autor, possuem como ponto de referência inicial um momento do passado, em que existia a oportunidade agora frustrada, de maneira que a partir de então é que se passa a fazer projeções sobre o que viria a ocorrer, se não fosse o fato antijurídico verificado.

De todo modo, pode-se dizer que o cerne para a compreensão da teoria reside justamente na identificação do elemento indenizável, o qual se concentra na oportunidade perdida, e não no dano final experimentado pela vítima.

Nessa toada é que Amaral (2015), ao citar o jurista Sérgio Savi, chama atenção para o fato de que comumente a vítima pleiteia indenização fundada em um dano certo, isto é, geralmente o dano final sofrido, em relação ao qual torna-se impossível fazer prova do nexo de causalidade, quando em verdade seu pedido deveria ser embasado na oportunidade que lhe foi subtraída. Desta forma, esclarece:

Pela teoria da perda da chance, o autor do dano é responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima (em relação ao dano final, à vantagem esperada), mas pelo fato de tê-la privado da obtenção da oportunidade, da chance de buscar um resultado útil, constituindo o valor total do resultado final almejado o parâmetro para avaliar o montante da indenização (AMARAL, 2015, p. 67).

Esquadrinhando o tema, Silva (2013) menciona, como exemplos clássicos de aplicação da teoria, os casos de jogos de azar, na hipótese do cavalo de corrida que é impedido de correr e perde a chance de ganhar um prêmio, ou os casos de perda de chance em matéria contenciosa, como na atitude culposa de um advogado que perde o prazo de um recurso e faz com que seu cliente não tenha a chance de ver seu direito reconhecido em instância superior.

Por sua vez, Carnaúba (2013) ressalta a complexidade que norteia a teoria da perda de uma chance quando aplicada ao caso concreto, a qual demanda técnicas minuciosas de análise, sem as quais certamente poderiam ocorrer injustiças em sua aplicação.

Segundo o jurista, inúmeras são as contradições existentes entre o Direito e a álea, as quais só podem ser respondidas com a utilização de técnica dogmática. De toda sorte, salienta que “a ordem jurídica jamais poderia valer-se da incerteza para esquivar-se de uma decisão, razão pela qual a responsabilidade deve conter regras compatíveis com o acaso, capazes de

dirimir questões afetas à realidade factual” (CARNAÚBA, 2013, p. 10).

3 PREMISSAS PARA O ESTUDO DA REPARAÇÃO DE CHANCES PERDIDAS NO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese o advento da responsabilização civil pela perda de uma chance tenha se dado em cenário internacional, o direito pátrio passou a recepcionar a técnica em razão do número crescente de demandas levadas aos tribunais brasileiros em que a vítima sofria uma lesão na sua esfera de interesses sobre determinado evento aleatório (AMARAL, 2015, p. 60).

Contudo, para se utilizar corretamente da teoria, há certas premissas inerentes ao instituto que devem ser previamente analisadas e delineadas pelo operador do direito, a fim de evitar uma interpretação equivocada – ou não tão acertada – justamente em virtude da linha tênue que distingue a perda de uma chance dos demais conceitos jurídicos já existentes no âmbito da responsabilidade civil.

3.1 CLASSIFICAÇÃO DO DANO PROVENIENTE DA PERDA DE UMA CHANCE

Árduo se revela o embate doutrinário no que tange à delimitação da natureza jurídica da perda de uma chance dentro das categorias dogmáticas existentes no ordenamento jurídico. O questionamento repousa em torno do enquadramento da chance perdida como espécie de dano patrimonial (dano emergente ou lucro cessante), dano extrapatrimonial (dano moral), ou, ainda, como uma terceira espécie de dano indenizável, gozando, portanto, de autonomia em relação aos demais.

No entanto, consoante elucida Amaral (2015), parcela ínfima da doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, não obstante reconheçam o caráter ressarcitório da chance, negam o seu caráter patrimonial, definindo a natureza do dano como sendo extrapatrimonial, mais precisamente, um dano moral. Cita, como exemplo de defensor desta linha de pensamento, o autor Antônio Jeová dos Santos, que compreende a perda de uma chance como um dano moral futuro, passível de indenização quando a chance fosse séria e provável.

Por seu turno, Carnaúba (2013) conclui que a chance perdida não deve pertencer necessariamente a esta ou àquela categoria, na medida em que representará um dano patrimonial ou moral à vítima a depender do caráter patrimonial ou extrapatrimonial do resultado que poderia ter sido obtido por meio dela.

Com efeito, o que se extrai da doutrina majoritária é que o dano pela perda de uma

chance pode ser, a depender dos interesses envolvidos no caso concreto, tanto patrimonial quanto extrapatrimonial. A principal divergência reside, no entanto, justamente nas hipóteses em que o interesse envolvido é patrimonial, onde surgem interpretações distintas quanto ao seu enquadramento como dano emergente, lucro cessante ou, ainda, como terceira espécie de dano indenizável.

Ao adentrar a subdivisão tradicional dos prejuízos patrimoniais abarcados pela legislação pátria, observa-se que as perdas e danos abrangem não apenas o que o credor efetivamente perdeu – os danos emergentes – como também o que razoavelmente deixou de lucrar – os chamados lucros cessantes.

Assim, partindo dessas categorias já existentes no ordenamento jurídico, parcela considerável da doutrina entende o dano pela perda de uma chance como sendo uma espécie de dano emergente. Neste sentido, Amaral (2015) esclarece que os adeptos deste entendimento defendem a chamada teoria ontológica, a qual pressupõe a desvinculação da chance do resultado final, atribuindo a ela valoração independente, de modo que sua subtração do campo de interesse do indivíduo configuraria, por si só, um dano indenizável.

Sob este prisma, ao abordar questão afeta à natureza jurídica da álea, Carnaúba (2013) compartilha de tal entendimento, aduzindo que o prejuízo é aferido com base na depreciação efetiva do *status quo ante*. Destarte, a chance, por ser tratada como um bem material ou imaterial pertencente à vítima, e que foi destruída por ato imputável ao réu, passa a ser considerada um patrimônio anterior do interessado, caracterizando, portanto, espécie de dano emergente. Neste diapasão, discorre:

A técnica da reparação de chances indeniza não a perda da vantagem ou da melhora desejada, mas a privação da oportunidade de obter essa vantagem. Ora, se aquelas perdas configuravam uma frustração ou um ganho, essa constitui, sempre, uma piora efetiva imposta à vítima. A reparação de chances pressupõe que a vítima dispunha de uma oportunidade no momento do acidente e que seu desaparecimento representa uma deterioração dessa situação anterior. Trata-se, portanto, de um dano emergente (CARNAÚBA, 2013, p. 168).

No mesmo norte, Cavalieri Filho (2014), ao citar o jurista Sérgio Savi, conclui que a perda de uma chance deve ser considerada também como subespécie de dano emergente, distinguindo o resultado perdido da chance de consegui-lo. Segundo o autor, procedendo-se desta forma, “a indenização da perda de uma chance não se afastaria da regra da certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, seria efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 102).

À vista disso, Amaral (2015) reconhece que a chamada vertente ontológica, predominante no cenário estrangeiro, parece ser a que melhor compreende a noção da chance, quando se trata da violação de direitos patrimoniais:

A possibilidade de auferir vantagem ou evitar prejuízo já é parte integrante do patrimônio do sujeito no momento do evento danoso que a subtrai definitivamente. É dano atual e certo. Foi deveras retirado do patrimônio do lesado no momento do ato, pois já o integrava, o que significa que a chance preexiste ao evento danoso. Essa subtração constitui dano emergente, pois se comparado o patrimônio existente em momento anterior e posterior ao evento danoso, constata-se que o sujeito está privado completamente da possibilidade da qual desfrutava anteriormente, de modo que não mais poderá reavê-la (AMARAL, 2015, p. 132).

Não obstante, em sentido oposto, a doutrina tradicional por vezes observa que a perda da chance implica para a vítima uma frustração quanto a uma possível melhora ou ganho, aproximando-se, assim, dos chamados lucros cessantes.

Esclarece Amaral (2015) que esta linha doutrinária, denominada tese etiológica da chance, em contraposição à tese ontológica, associa a chance à perda do resultado final que o lesado pretendia e teria supostamente conseguido, não fosse a conduta do lesante. Sob esta perspectiva, o dano pela perda da chance seria enquadrado como lucro cessante.

Os defensores desta vertente acreditavam que a perda da chance pudesse ser indenizável apenas quando o lesado provasse que, se não fosse o evento danoso, ele provavelmente realizaria a esperança e as perdas prováveis. Nas palavras da autora, “prova esta extremamente difícil – se não impossível – já que a perda da chance não significa a perda da coisa, mas a perda da esperança da coisa” (AMARAL, 2015, p. 104).

Arelado a este posicionamento, encontra-se José Aguiar Dias – citado pelo jurista Savi (2009) – o qual encontra dificuldades na quantificação do dano decorrente da chance perdida, e isso se dá pelo fato de inserir a perda da chance no conceito de lucro cessante, o que o faz esbarrar na certeza do dano final.

Neste viés, denota-se que a concepção da perda da chance como hipótese de lucro cessante, embora atraente no primeiro olhar, é tese praticamente abandonada pela doutrina brasileira.

Isso porque, o contraste existente entre o lucro cessante e o dano derivado da perda de uma chance mostra-se inequívoco:

No lucro cessante, o nexos de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo final é inegável. A despeito de, por vezes, esse dano não ter se concretizado no momento de sua apreciação pelo magistrado por ocasião da prolação da sentença, ele certamente ocorrerá, considerando o curso natural e ordinário dos acontecimentos. Por outro lado,

entre a chance perdida e o resultado final não há qualquer certeza. Há uma maior ou menor probabilidade da ocorrência do evento, contudo, de modo algum a perda da vantagem final pode ser atribuída à conduta do agente (AMARAL, 2015, p. 129).

Neste contexto, por residir no terreno das probabilidades, há quem entenda ser impossível adequar o dano proveniente da chance perdida às noções preestabelecidas do dano emergente e lucro cessante.

Nos ensinamentos de Venosa (2017), a problemática repousa justamente na possibilidade de incerteza do dano final, o que enquadraria a perda de uma chance como terceiro gênero de indenização, ao lado dos danos emergentes e dos lucros cessantes, em razão de o fenômeno não se amoldar perfeitamente nem a um nem a outro segmento.

Para Amaral (2015), isso ocorre porque, sob essa concepção, a perda da chance não resulta em uma diminuição efetiva do patrimônio do lesado, de um bem já adquirido, nem se representa na hipótese de uma perda de vantagem futura e certa, mas sim na perda da possibilidade, da esperança de alcançar um crescimento patrimonial.

Segundo a autora, os defensores desta vertente reconhecem a chance como parte atual do patrimônio, o que seria considerado dano emergente, mas também lhe atribuem a característica da incerteza, demonstrada pela possibilidade de ocorrência, o que denotaria o lucro cessante.

Desse modo, pela reunião dessas características, não seria viável, para esse pensamento, enquadrar o dano pela perda da chance em qualquer uma das espécies já existentes, caracterizando, portanto, uma terceira espécie de dano indenizável, o qual transitaria em uma zona intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante.

Adepto da mesma vertente também se encontra Carrá (2015), o qual faz uma ressalva quanto à distinção do dano pela perda de uma chance das demais modalidades:

Não se deve confundir a perda da chance com o dano efetivo, embora de ocorrência ou aparição futura. Neste último caso, não há lugar para se falar em perda de chances, pois o que se indeniza é o dano visivelmente constatado, não obstante sua aparição existencial venha a se dar em momento posterior. Indeniza-se com fundamento na regra padrão. Assim, o que se indeniza na responsabilidade por perda de chance, outra coisa não é senão a própria chance perdida em sua expectativa probabilística (CARRÁ, 2015, p. 249).

Conforme demonstrado, a delimitação da natureza jurídica do dano pela perda de uma chance é matéria um tanto quanto controvertida entre os doutrinadores brasileiros. Tudo, em verdade, está intimamente atrelado ao interesse que for violado no caso específico, de modo que a partir de então é que a perda da chance passa a se concretizar na esfera jurídica, tomando

a forma necessária e se adequando à realidade factual.

3.2 A CHANCE SÉRIA E REAL

Para ensejar o dever de indenizar e adquirir relevância jurídica a nível ressarcitório, a oportunidade perdida pelo sujeito deve gozar de certo grau de consistência e probabilidade, quando confrontada com o resultado pretendido. Noutras palavras, meras expectativas aleatórias sobre determinado evento não se mostram dignas, portanto, de qualquer tipo de reparação.

Nas lições de Silva (2013), a teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Isso quer dizer que para a demanda do réu ser digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva.

Para ilustrar o tema, o autor cita o exemplo de um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantém as esperanças de sobreviver. Neste caso, objetivamente e aos olhos da ciência jurídica, não existiria qualquer chance apreciável de cura.

Sob o enfoque de Venosa (2017), quando a possibilidade for vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. Assim, a chance deve ser devidamente avaliada quanto à existência de certo grau de probabilidade, isto é, um prognóstico de certeza.

Dessa forma é que se pode dizer que a chance perdida deve passar por uma criteriosa apreciação do julgador, ante a forte tendência de vulgarização do termo. Como bem pontuado por Carnaúba (2013), a proteção concedida às expectativas aleatórias não pode se tornar um subterfúgio às demandas aventureiras: é necessário impor barreiras conceituais a esta técnica, como forma de garantir sua contenção. Neste contexto, elucida:

A plasticidade do termo chance constitui porta aberta aos interesses pouco importantes, pois a vítima poderia, sempre, encontrar supostas chances perdidas em razão de um evento danoso. Chances que por vezes não passam de meros sonhos do demandante, ou então de seu oportunismo revestido em prejuízos (CARNAÚBA, 2013, p. 124).

Para solucionar este impasse, o aludido autor destaca a solução encontrada por tribunais italianos: condicionar a reparação de chances a uma porcentagem mínima, abaixo da qual a chance não constituiria um interesse juridicamente protegido. Por vezes, houve decisões da Corte italiana no sentido de não conceder indenização quando a oportunidade perdida representasse menos de 50% de chance de obtenção do resultado ou não obtenção do resultado.

Este posicionamento, amparado em probabilidades matemáticas, também compartilhado pelo doutrinador Savi (2009)³, enfrenta certa resistência da doutrina majoritária. Para Carnaúba (2013), a adoção de um patamar mínimo de probabilidades é uma solução simplista e inadaptada, além de poder gerar discriminações injustificáveis:

Pensemos nas hipóteses em que a vítima foi impedida de participar de um concurso. Na maioria dos casos, o candidato está apostando contra as probabilidades – suas chances de ser aprovado são muito menores do que as chances de reprovação. Devemos, por essa razão, considerar que o interesse em questão não é relevante, negando-lhe a reparação? Tal solução nos parece injusta. Por certo, tratava-se de uma expectativa pouco provável, mas essa diminuta responsabilidade se refletirá quando da liquidação do prejuízo, gerando uma indenização de menor monta. Não se pode ignorar que algumas oportunidades, conquanto inferiores a 50% podem representar interesses particularmente importantes para aqueles que as detêm (CANAÚBA, 2013, p. 124).

De todo modo, a despeito de algumas divergências doutrinárias no que tange ao aspecto conceitual de chance séria e real, pode-se dizer que em qualquer vertente doutrinária até então abordada, a referida chance não deve possuir características hipotéticas ou meramente eventuais para ser merecedora da tutela jurisdicional, cabendo ao julgador utilizar de devida cautela no momento de sua análise.

Independentemente do critério utilizado, Carnaúba (2013) esclarece que os juízes, quando condicionam a reparação de uma chance ao seu caráter real e sério, nada mais querem além da prova concreta de que a vítima estimava aquela chance e que, assim, essa perda representa uma lesão efetiva a um interesse seu. O objetivo, portanto, dos tribunais, é descartar os falsos interesses, inexplicavelmente descobertos pela vítima apenas no momento em que propôs a ação de reparação.

3.3 CONSIDERAÇÃO DA ÁLEA QUE AFETA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO

Muito se discute acerca dos parâmetros utilizados no momento da quantificação do dano pela perda da chance, face à ausência de critérios específicos tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias. No entanto, algumas questões afetas ao tema devem ser pontuadas.

Num primeiro momento, vale lembrar que a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexos causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada. Por essa razão, Silva (2013)

³ Para o autor, “não é qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito do recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente.” (SAVI, 2009. p. 81).

estabelece regra primordial a ser obedecida, segundo a qual a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.

Tal preceito também é enaltecida por Carnaúba (2013) ao discorrer sobre o assunto:

O valor da chance é sempre inferior ao da vantagem pretendida e, por razão evidente: a possibilidade de obter uma vantagem jamais poderia ter a mesma importância que a própria vantagem. Assim, se o magistrado pretende conceder uma indenização equivalente à vantagem final esperada, então não há que se falar em perda de chance: o objeto da indenização seria o próprio resultado, e não a chance de obtê-lo (CARNAÚBA, 2013, p. 178).

Debruçando-se sobre o tema, Amaral (2015) entende que a ação de reparação pela perda de uma chance compreende dois momentos distintos: a prova constituída pelo nexo de causalidade entre a conduta antijurídica e a interrupção do processo aleatório em que se encontrava o lesado, consubstanciado na própria chance de obter uma vantagem futura, e o montante da indenização, isto é, a avaliação do *quantum debeatur*.

Nesse contexto, esclarece que a prova do nexo de causalidade entre a ação antijurídica e a interrupção do processo aleatório será feita de acordo com a teoria da causalidade adequada ou conditio *sine qua non*. Assim bastará que o lesado prove que a conduta imputável ao réu interrompeu o processo no qual se encontrava e retirou, definitivamente, todas as possibilidades de obtenção da vantagem futura.

Já no tocante à quantificação do dano, a autora salienta que deve ser realizada com base nas possibilidades de sucesso que o indivíduo possuía no momento do evento danoso, na ocasião em que a chance fora subtraída pelo agente (AMARAL, 2015).

Para elucidar a dúvida que paira em torno da mensuração do dano pela perda da chance, Carnaúba (2013), de maneira pouco diversa, esclarece ser imprescindível a utilização de um cálculo das expectativas matemáticas decorrentes dessa chance perdida:

Esse cálculo há de ser feito em duas etapas: num primeiro momento, determina-se qual seria o ganho auferido ou a perda evitada, se a vítima tivesse obtido o resultado aleatório esperado. Depois, esse valor será multiplicado pela porcentagem de chances que a vítima perdeu em função do ato imputável ao réu. O resultado dessa conta será o montante a ser indenizado em razão da perda da chance (CARNAÚBA, 2013, p. 180)⁴.

4 O autor esclarece que por razões de simplificação, parte-se do pressuposto de que há apenas dois resultados possíveis: a obtenção ou a não obtenção da vantagem desejada. Contudo, haverá casos nos quais vários resultados são possíveis, como por exemplo, no lance de dados, que poderá dar origem a seis resultados diferentes. Nesse tipo de situação, será necessário efetuar a média ponderada dos resultados, para que se alcance o valor da chance perdida. (CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. 2013. p. 180.)

Referida equação deve ser empregada, segundo seu entendimento, mesmo nos casos em que a vantagem aleatória não tenha valor econômico, isto é, ainda que a chance em questão tenha natureza de dano moral. Nesses casos, pondera que caberá ao juiz aplicar os critérios ordinários de mensuração do dano moral quando da realização da primeira etapa do cálculo e, posteriormente, reduzir esse valor inicial, com base nas porcentagens envolvidas (CARNAÚBA, 2013).

Com efeito, é cediço que em sede de responsabilidade civil, a tarefa mais árdua do julgador consiste em conferir à vítima a indenização mais adequada equivalente ao prejuízo sofrido. De todo modo, independentemente das peculiaridades do caso concreto, é necessária a utilização de um bom juízo de razoabilidade.

Seguindo esta linha de raciocínio, nos ensinamentos de Venosa (2017), outro ponto que deve ser levado em consideração no momento da fixação do *quantum* indenizatório é, sem dúvida, o nível econômico das partes envolvidas. Assim, frisa que o bom senso deve reger as decisões judiciais, sob pena de gerar enriquecimento ilícito, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Denota-se, portanto, ser de fundamental importância o estudo adequado dos principais elementos que norteiam o instituto da perda de uma chance na seara da responsabilidade civil. Uma equivocada compreensão de suas premissas básicas pode conduzir a uma errônea aplicabilidade e, conseqüentemente, ressarcibilidade da vítima, negando-se a quantia que deveria, por direito, ter sido abarcada pela indenização ou, por vezes, concedendo-lhe além do que teria direito, sem ao menos tratar das probabilidades em jogo e sua relação com o então resultado final pretendido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da responsabilidade civil, tal como é conhecido pelos olhares atuais, é decorrente de grande transformação experimentada pela sociedade moderna, onde a busca incessante pela constatação da culpa e responsabilização do causador do dano cedeu lugar para a preocupação com a vítima e seus interesses, transferindo o foco para aquele que suportou determinado prejuízo em razão da conduta de outrem.

Neste cenário, propício para o surgimento de novos danos indenizáveis, é que a teoria da perda de uma chance conquistou o seu espaço, permitindo a responsabilização civil do agente que frustrar a chance de alguém de obter determinada vantagem ou evitar um prejuízo. A

reparação civil desta chance perdida, contudo, jamais deve ensejar o ressarcimento da vítima em razão de não ter fruído da posição jurídica que pretendia alcançar.

Nascida em terreno europeu, a teoria pode ser aplicada em inúmeras situações distintas, desde que presentes os seus pressupostos perante a real chance perdida e probabilidades em relação à vantagem esperada ou o prejuízo a ser evitado. Dada a amplitude do tema, foram expostos ao longo deste estudo alguns dos pontos principais e norteadores sobre a temática, sem abranger sua individualização em circunstâncias específicas.

Ao adentrar a natureza jurídica do dano proveniente da perda de uma chance, observa-se a falta de unanimidade entre a doutrina brasileira. Há quem considere o dano pela chance perdida como sendo tão somente extrapatrimonial, diante da dificuldade de se atribuir valor material à oportunidade frustrada. De outro norte, não raras vezes o dano pela chance perdida é visto como um dano patrimonial, pertencendo, inclusive, à categoria dos lucros cessantes ou danos emergentes, sendo este último o posicionamento de grande parte dos doutrinadores. Não obstante, há entendimentos de que o referido dano constituiria uma terceira espécie de dano patrimonial, não se enquadrando em nenhuma categoria já existente no ordenamento pátrio.

Ademais, certo é que a chance perdida no caso concreto deve ser real e séria, uma vez que meras expectativas ou esperanças não podem, por si só, gozar de proteção jurídica e ensejar reparações civis. Neste aspecto, cabe ao julgador realizar uma criteriosa avaliação da referida chance quanto à existência de certo grau de probabilidade e seriedade dos interesses envolvidos no caso em questão.

Por fim, e não menos importante, os parâmetros a serem utilizados na quantificação do dano também exigem cautela e devida atenção do julgador. Antes de mais, é incontroverso entre os estudiosos do assunto a impossibilidade de se conferir indenização à vítima seguindo o mesmo patamar que se fixaria caso o objeto da reparação civil fosse a não obtenção da própria vantagem em si. O valor referente à chance frustrada, portanto, sempre deverá ser inferior ao valor que teria a vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.

Dito isso, há entendimentos no sentido de que é necessário, ainda, diante da dificuldade de se estabelecer um valor à oportunidade perdida, a utilização de cálculos matemáticos e probabilísticos no momento de quantificação do dano.

Portanto, é cediço que o tema comporta inúmeras controvérsias, motivo pelo qual se mostra imprescindível o desenvolvimento de reflexões acerca do assunto na seara da responsabilidade civil. Se por um lado o desafio do operador do direito é não permitir que

prejuízos efetivamente suportados pelas vítimas em virtude de uma chance frustrada permaneçam sem ressarcimento, de outro é não sustentar demandas fundadas em oportunismos e meras esperanças subjetivas como dignas de tutela jurídica.

5 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. vol. 13. São Paulo: Método, 2013.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil ou preventiva por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.