



RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: UMA REVISÃO DA LITERATURA¹

Ana Luisa de Souza Melo

Bacharel em Direito pela PUC Goiás e Pós-Graduada em
Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes – RJ.

Carmem da Silva Martins

Professora Orientadora – PUC Goiás

RESUMO: Este artigo examina os moldes da teoria da perda da chance que pondera sobre a reparação de prejuízo decorrente da prática de ato injusto que privou a vítima da oportunidade/chance que compunha a sua esfera patrimonial. Como foco, optou-se por desenvolver estudo sobre cada ponto basilar de tal teoria e questionar razões pelas quais sua aplicabilidade ainda é tímida nos tribunais brasileiros. Dentro desta perspectiva de análise, utilizou-se como metodologia principal a revisão de literatura, com vistas à melhor compreensão do tema e a identificar lacunas que dificultam a difusão da teoria. Como resultado encontrou-se que a escassez de demandas deve-se em razão de noções errôneas, parca produção doutrinária, inexistência de um sistema de critérios, inexistência de consenso e descredibilidade entre os operadores. Sugere-se, para tanto, investir em auxílio doutrinário, na sistematização de critérios e na uniformização de posicionamentos.
Palavras-chave: teoria perda da chance; oportunidade; aplicabilidade.

INTRODUÇÃO

Este artigo teve como objetivo desenvolver estudo sobre a teoria perda de uma chance, assim como questionar possíveis razões pelas quais sua aplicabilidade ainda é tímida nos tribunais brasileiros. Partiu-se do pressuposto de que há lacunas na teoria.

O interesse por este tema surgiu em razão da teoria constituir-se de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro que tem apresentado dificuldades na sua difusão. Com base na descrição pormenorizada do tema, na apresentação do contexto histórico, na análise de julgados e dados, bem como na identificação de posicionamentos doutrinários, realizou-se a análise dos fatores negativos que impedem o maior desenvolvimento da sua aplicabilidade prática.

Estruturado em etapas, a primeira descreve a metodologia adotada; a segunda apresenta o cenário histórico que proporcionou o desenvolvimento da teoria e correlaciona-o com a necessidade dos tempos modernos e com o novo Direito Civil brasileiro; a terceira

¹ Artigo Originário do Trabalho de Conclusão de Curso da primeira autora pela, PUC-GO (MELO, 2014).



aborda a teoria no aspecto das conceituações, com o intuito de esclarecer confusões frequentes de apresentar noções corretas e sugerir posicionamentos que melhor a desenvolve; na sequência, o tema sob o prisma da sua realidade prática é organizado; em seguida, além de dados, opiniões de doutrinadores sobre as prováveis causas que dificultam a sua aplicabilidade e destacar as controvérsias e divergências entre os que lidam diretamente com a questão é descrito; e, por fim, as conclusões que podem ser extraídas deste estudo.

METODOLOGIA

Para melhor progressão do tema, o estudo fez uso, prioritariamente, do método dedutivo com foco em observar as lacunas existentes nos preceitos da teoria perda da chance, ou pelo menos a maioria delas, no sentido de gerar enunciados sobre prováveis causas do receio pelos operadores do Direito em utilizarem-se da teoria (MARCONI; LAKATOS, 2005). A pesquisa também é caracterizada como de natureza exploratória, pois objetiva levantar a pouca teoria existente para melhor compreensão do tema, um método que assume várias formas, dentre ela a revisão da literatura (HAIR JR *et al.* (2005). A pesquisa bibliográfica fornece um estudo teórico, embasado na doutrina e na jurisprudência, acerca dos pilares da perda da chance, trazendo aspecto técnico para o trabalho. A partir da pesquisa bibliográfica, realizaram-se levantamentos para atender aos objetivos do estudo, por meio da identificação das fontes de regulamentação da teoria; análise da motivação na elaboração da teoria; realização de estudo crítico das polêmicas que rodeiam o tema; seleção e análise de casos concretos e de suas decisões jurisprudenciais; identificação de artigos publicados em revistas especializadas, acórdãos de tribunais, textos publicados na internet.

Espera-se que esses métodos sejam de grande valia, na medida em que poderão fornecer informações importantes na.

Após o levantamento da pesquisa bibliográfica, realizou-se a análise das informações existentes com vistas à identificação de problemas que barram a efetivação da teoria perda da chance no Brasil para apontar claridade aos problemas e, conseqüentemente, convencer os operadores do Direito a aderirem à aplicação da teoria, cujos resultados encontram-se descritos em sequência.



RESPONSABILIDADE CIVIL E O NOVO CENÁRIO

Com foco em relatar a gênese e a expansão da teoria perda de uma chance em conjunturas internacionais e enfatizar o novo contexto histórico que vivencia o instituto da responsabilidade civil no Direito brasileiro, este item apresenta o cenário em que tal teoria se firmou no Brasil.

Originariamente, a teoria perda de uma chance teve berço francês e desenvolvimento não somente na França como também na Itália. Maior dedicação ao tema ocorreu na França, de forma que a primeira decisão italiana favorável à indenização da perda de chance é recente (ano 1983), a partir de quando a teoria passou a ter aplicabilidade pelos tribunais italianos. Em termos de Brasil, houve certa resistência em admiti-la, de forma que o “primeiro acórdão brasileiro a mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance é de 1990 (...)”, ainda que se tenha decidido pela sua não configuração (SAVI, 2012, p. 47).

Com a introdução do modelo social da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), novos valores foram agregados ao Direito Civil trazendo reforma em muitos dos seus antigos institutos. O novo paradigma constitucional, à luz da ampla proteção da pessoa humana e da integral reparação dos danos a ela causados, não mais priorizou a repressão do ato ilícito, mas tão somente a reparação total da vítima. Nesse contexto de proteção a qualquer forma de dano injusto ganhou espaço no Direito brasileiro a teoria. Entretanto, destaca-se que a própria sociedade contribuiu para a adoção da teoria pelos tribunais pátrios, posto que ela ansiava auxílio jurisdicional para situações contemporâneas inusitadas. Tal resistência foi vencida pelo contexto em que se encontrava o Direito brasileiro anos depois e a admissão da teoria no ordenamento pátrio foi consequência natural dessa evolução histórica (SILVA, 2013).

PONDERAÇÕES SOBRE A TEORIA PERDA DA CHANCE

Foi considerando que a vida das pessoas é cercada por chances dissipadas, projetos desfeitos, perda da ocasião e que terceiros, muitas das vezes, são os responsáveis por essa perda é que originou a teoria perda da chance, com o intuito de garantir a responsabilização desses terceiros e a reparação das vítimas. A teoria origina-se para ser aplicada “(...) em situações nas quais alguém possuía uma chance efetiva de obter uma vantagem ou evitar um



prejuízo, mas teve a chance frustrada, pois a oportunidade esvaiu-se em razão de um dano” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p.509). A doutrina italiana traz exemplos clássicos de incidência da teoria, alguns deles:

A título ilustrativo, vale encalamstrar três hipóteses: i) candidato a um concurso público que, antes da última etapa do certame, é atropelado quando se encaminhava para o prédio onde se realizaria a prova; (...) iii) transportadora que não entrega um cavalo de corrida, obstando a participação do animal em um grande prêmio, no qual era favorito. (...) a empresa de Correios que extravia um quadro que participaria, com grandes chances, de um concurso de artes (...) (FARIAS, 2009, p. 91).

A inovação está no alcance do que é reparável, mais especificamente no novo tipo de dano passível de indenização. E esse prejuízo (dano) causado a outrem decorre da prática de ato injusto pelo autor que priva a vítima de uma oportunidade ou chance, seja porque foi impedida de obter uma vantagem, seja porque fora impelido de evitar um prejuízo. Trata-se, portanto, de:

(...) comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades (ROSÁRIO, 2009, p.169).

A REALIDADE SOBRE A APLICABILIDADE DA TEORIA

Quando em destaque a realidade atual da aplicabilidade da teoria, a primeira afirmação a ser feita é que “o tema da responsabilidade civil por perda de uma chance vem tornando cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro” (SAVI, 2012, p.46). Isso porque as pesquisas jurisprudenciais trazem números matemáticos nesse sentido.

Tal conclusão é evidenciada pela sequência de três pesquisas realizadas nos últimos anos para a publicação da obra “Responsabilidade civil por perda de uma chance” do escritor Savi (2012). Em uma primeira pesquisa (março de 2002) foram encontrados sobre o tema 14 (quatorze) acórdãos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS, um acórdão no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ e quatro acórdãos no Superior Tribunal de Justiça – STJ. Dois anos mais tarde, em 2004, nova pesquisa apontou nestes mesmos tribunais 18 (dezoito) novos casos. Em 2009 e 2012, constatou-se “dezenas de decisões a



respeito do assunto em praticamente todos os Tribunais de Justiça do país” (SAVI, 2012, p. 47).

Savi (2012) chama a atenção para o fato de que apesar desses números trazerem entusiasmo no sentido de se acreditar que vem ocorrendo uma maior disseminação da teoria, essa euforia é momentânea, posto que em segunda análise esses números na verdade alertam para a dificuldade existente quanto à difusão total, já que o número de demandas ainda é tímido.

Outra realidade observada é a dos pedidos inadequados requerendo indenização. Não só os números denunciam. Os casos concretos também evidenciam a falta de intimidade dos magistrados para com a teoria. Isso porque são perceptíveis os erros grotescos cometidos pelo judiciário ao solucionar casos de perda da chance. “Alguns julgados, apesar de reconhecerem a responsabilidade civil por perda de uma chance, equivocam-se no momento de quantificar o dano sofrido pela vítima.” (SAVI, 2012, p.65).

Por outro lado, “(...) os tribunais estaduais pátrios ainda encontram dificuldade para harmonizar os conceitos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.” (SAVI, 2012, p. 47). Talvez, essa deficiência se dê em função de “(...) haver pouco trabalho doutrinário para aperfeiçoar os conceitos”, apresentando os magistrados “(...) as mesmas dificuldades encontradas pela doutrina.” (SAVI, 2012, p. 46).

Outro aspecto da realidade refere-se à conclusão de Savi (2012) que identificou, na análise dos julgados sobre o tema nos Tribunais Estaduais do Rio Grande do Sul, no sentido de que “na maioria das vezes, apenas aplicam corretamente a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance quando o fazem para negar a indenização em casos em que as chances perdidas não podiam ser consideradas sérias e reais” (SAVI, 2012, p.69).

Quando em observância os dados (números) e casos concretos o remate é no sentido de que não subsiste familiaridade entre os operadores de Direito e a teoria. Inserem-se neste grupo a figura dos magistrados, operadores estes que possuem o dever de prezar pela maestria e aplicabilidade do Direito.

Inúmeros são os debates e polêmicas identificados em doutrina sobre o tema e que podem trazer correlação com a recusa em aplicar a teoria. Dentre as diversas críticas tem-se o repúdio ao parâmetro subjetivo no arbitramento da indenização. Alguns doutrinadores são aversos à discricionariedade do juiz para fixar o *quantum* indenizatório. Deve-se concordar



que para o magistrado não é tarefa fácil, mas isso não pode ser motivo determinante para se negar a aplicação da teoria. Seria radicalizar. Fato é que a proposta “sobre a quantificação do dano” está “em total conformidade com o nosso direito positivo”, de forma que não poderia prevalecer a desconfiança e a incredibilidade sobre o instituto (SILVA, 2013, p. 240).

Quanto aos critérios para a aplicação da “teoria da perda de uma chance”, não é mistério que a polêmica gira em torno da não consolidação de condições gerais de aplicação. Silva (2013) é defensor da sistematização dos critérios, sobre a alegação de que a teoria não teria desenvolvido todo o seu potencial.

Por fim, quanto ao tema extremamente divergente, tem-se a natureza jurídica da perda da chance. Cada qual doutrinador defende o seu posicionamento, de forma que até os dias de hoje não foi estabelecido consenso. O que é lamentável aos olhos de Silva (2013), posto que uma uniformização já poderia ter ocorrido de forma a resolver definitivamente um aspecto que tem gerado repulsa.

DIFICULDADES NA SUA DIFUSÃO

Enfim, o momento de solucionar a problematização que norteia este artigo: por que a teoria que é aceita nos tribunais brasileiros tem sido utilizada de forma tímida pelos operadores do Direito?

Para responder à questão, inicialmente, adotou-se como método a colheita de entendimentos doutrinários a respeito. Entretanto como as hipóteses levantadas por eles não abarcam todas as possibilidades existentes serão levantadas nesse item demais suposições. Frisa-se que o raciocínio que se busca nesse trabalho não é apresentar entendimento íntimo, mas sim aclarar conclusões implícitas dos doutrinadores.

A primeira presunção encontrada na doutrina é a de Couto e Silva (*apud* SILVA, 2013). Ele “acredita que a “timidez” na sua aplicação se deva ao fato do nosso Código Civil conter uma enumeração casuística de bens protegidos (arts. 1537 a 1554), que limita a criação de novas espécies de reparação.” (p. 16). Entretanto, tal presunção não deveria prosperar, vez que é unânime que “no ordenamento brasileiro não se encontra qualquer dispositivo que possa tornar-se óbice para a aplicação da teoria da perda de uma chance” (MARTINS-COSTA, 2003 *apud* SILVA, 2013, p.239-240).



Possivelmente, uma das causas para a antipatia e para a atuação desorientada de parte da nossa jurisprudência “vem a ser a parca produção doutrinária sobre o tema, importante fator para orientar a produção de modelos preceptivos” (SILVA, 2013, p. 15). O pouco auxílio doutrinário na construção de preceitos e “(...) a falta de estudos mais aprofundados sobre a perda de uma chance ocasionou aplicações ‘originais’, resultando equívocos e utilizações que desvirtuam a essência da teoria.” (SILVA, 2013, p.240).

Há quem atribua à dificuldade de difusão da teoria a não consolidação de requisitos para a sua aplicação, posto que sem essa base sólida a utilização perfeita do instituto é dificultada. Aponta Silva (2013) que podem ser observadas decisões despreocupadas em estabelecer condições gerais de aplicação da teoria, isso porque o tratamento dado à teoria é “puramente tópico”. Frisa-se que seria necessário que as decisões observassem uma forma generalizada a seguir em casos futuros, contribuindo para desenvolvimento de um sistema.

Outro empecilho que vale destacar diz respeito ao infinito debate sobre a natureza jurídica. Enquanto não findar em consenso “prolonga sua esfera de atuação às distintas decisões jurisprudenciais, fazendo com que alguns ordenamentos nacionais tomem decisões diversas para casos idênticos” (SILVA, 2013, p.17). O que significa interpretar que provavelmente a falta de concordância gera insegurança aos operadores do Direito na hora de distinguir a teoria das figuras assemelhadas, já que doutrina e jurisprudência não encontraram conformidade, fato que os levam a se absterem de utilizar do instituto.

Pelo exposto, pode-se abstrair que provavelmente a aplicação da teoria perda da chance é mínima em âmbito brasileiro, haja vista que muitos aspectos nela ainda não foram bem aceitos pelos operadores do Direito. Pode ser que ainda permaneça, em sua maioria, a ideia errônea de que o dano decorrente da perda da chance tem caráter hipotético e, conseqüentemente, a sua utilização gera estranheza. Ou, ainda, quem sabe, os que criticam o parâmetro subjetivo no arbitramento da indenização não anuem com o fato de existirem poucos instrumentos para municiar o juiz na sua aferição e, conseqüentemente, não apoiam o uso da teoria.

Talvez muitos não concordem com a coexistência de “certeza” e “incerteza” (certeza da existência da chance e a incerteza da sua concretização), porque seria aparentemente admitir um paradoxo. O aparentemente “esquisito” gera distanciamento, ainda que o “progresso



tecnológico e a ciência estatística acabaram por desmistificar o acaso e as situações aleatórias” (LEVIT *apud* SILVA, 2013, p. 238).

Provavelmente, a mitigação dos pilares clássicos da responsabilidade civil seria um dos motivos que distancia os operadores do Direito da aplicação da teoria. Isso porque uma vez flexibilizadas as concepções clássicas da responsabilidade civil, os operadores que tiverem pouco conhecimento sobre a teoria terão dificuldade para visualizá-las num caso concreto, posto que se familiarizam apenas com a responsabilidade civil clássica. Assim, os operadores não a adotarão ou porque não concordam com essa flexibilização ou porque não têm substrato para enquadrá-la num caso concreto. Somado a tudo isso, têm-se as poucas obras doutrinárias para auxiliar os operadores que buscam conhecimento e fundamentação.

Dentre as inúmeras suposições elencadas, algumas podem aparentar evidentes outras incertas, mas fato é que independente do fator atribuído não ser realmente o contribuidor para a pouca aplicabilidade da teoria, a importância de se listar fatores é que uma vez listados pode-se investir na resolução deles.

CONCLUSÕES

Ao revisar a literatura sobre a perda da chance, observaram-se falhas. Fato é que, nos moldes como a teoria fora recepcionada no Direito brasileiro, certas imperfeições e omissões no conteúdo acabam por proporcionar dificuldade na sua aplicação.

Nota-se que há uma cadeia de fatores negativos para a aplicação da teoria. Por exemplo, não há consenso quanto à natureza da perda de uma chance, bem como falta uma base conceitual sólida de preceitos para que os operadores do Direito possam se espelhar. Somam-se a isto, a parca produção doutrinária para auxílio; a inexistência de uma positivação de critérios específicos; a dissonância nos julgados; as noções e opiniões pessoais errôneas sobre a teoria. Tais fatores, certamente, tornam a utilização do instituto dificultosa.

Os números encontrados só ratificaram: a teoria da perda de uma chance vem sendo aplicada de forma tímida, haja vista o escasso número de demandas. Foi possível detectar, a partir da análise de julgados, que dentre as poucas demandas, os tribunais em sua maioria não concediam a indenização, e quando a concediam cometiam erros grotescos.

As premissas lançadas ao longo deste trabalho autorizam afirmar que a falta de familiaridade para com a teoria é geral, permeia vítima, advogado e julgador. Bem como que, a teoria ainda é objeto



de muita controvérsia e discussão, sendo que nenhuma iniciativa no sentido de pacificar fora tomada até então.

Percebe-se ainda que, caso essas barreiras não sejam quebradas mais cedo ou mais tarde, o instituto desaparecerá do ordenamento jurídico brasileiro.

É interessante para tanto investir em auxílio doutrinário, na sistematização de critérios objetivos que coíbam abusos e não gerem especulações, na uniformização de posicionamentos, enfim, em medidas para sanar as lacunas identificadas e que resultem em uma melhor aplicabilidade desta teoria.

Como limitações deste estudo encontram-se a parca teoria e os poucos julgados sobre o tema que podem ter contribuído para conclusões inverídicas sobre o tema. Assim, como proposta de estudos futuros encontra-se a realização de pesquisa de campo com vistas a identificar conclusões mais sólidas sobre a aplicabilidade da teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, há que se observar que a teoria passou a ser aceita no Brasil em razão do anseio da própria sociedade. E que, sendo dever do Direito estar em constante adaptação com a realidade social, significa que o mesmo está incumbido de proteger o que a nova sociedade almeja neste momento: zelar pela teoria da perda da chance.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p
- FARIAS, Cristiano Chaves. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 105, n 406, p. 87-102, nov.2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- HAIR JR, Joseph F.; BABIN, Barry; MONEY, Arthur H.; SAMOUEL, Phillip. *Fundamentos de Métodos de Pesquisa em Administração*. Tradução Lene Belon Ribeiro. Porto Alegre: Bookman, 2005.
- MARCONI, Marina de A.; LAKATOS, Eva M. *Fundamentos de metodologia científica*. 6ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MELO, Ana Luísa de S. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance – dificuldades na sua difusão*. Monografia (graduação) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2014.



ANAIS - Seminário de Pesquisa, Pós-Graduação, Ensino e Extensão do CCSEH – SEPE
Os desafios para a formação do sujeito e os rumos da pesquisa e da extensão universitária na atualidade - 26 a 28 de agosto de 2015.

ROSÁRIO, Grácia Cristina M. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.