

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

Juliana França Garcia¹

Tatiana Mana Bellasalma e Silva²

RESUMO: O presente trabalho monográfico tem a intenção de apresentar e demonstrar a aplicação, bem como o entendimento da responsabilidade civil contemporânea aplicada nos casos em concreto na teoria da perda de uma chance, no caso em que quando há danos causados por terceiros que fazem o prejudicado perder uma oportunidade, ou seja, uma chance. Será apurado quais são os critérios de fixação utilizados para a valoração da indenização. Pretende ainda, discorrer acerca do entendimento dos tribunais superiores sobre o tema. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, com apresentação e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Aplicação; perda de uma chance; indenização.

ABSTRACT: The present monographic work has the intention of presenting and demonstrating the application, as well as the understanding of contemporary civil liability applied in the specific cases in the theory of the loss of a chance, in the case where when there are damages caused by third parties that make the injured person lose an opportunity, that is, a chance. It will be determined which are the fixation criteria used for the valuation of the indemnity. It also intends to discuss the understanding of the higher courts on the subject. To this end, a bibliographic research was carried out, with the presentation and comparison of doctrinal theses to achieve the desired objectives.

Key- Words: Civil responsibility; Application; Missed a chance.

¹Bacharel em Direito e Especialista em Direito Processual e Material do Trabalho, ambos pela Faculdade Metropolitana de Maringá-paraná e Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. E-mail: jufrancagracia@hotmail.com

²Mestre em Direito pelo UNICESUMAR, especialista em processo civil pela UNIVEM, graduada em Direito pela UEM. Professora dos cursos de graduação em Direito do UNIFCV e UNIFATECIE. Coordenadora do NPJ do UNIFATECIE. Advogada. Endereço eletrônico: bellasalmaesilva@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Dentro do contexto das teorias da responsabilidade civil, bem como, da responsabilidade civil contemporânea, a teoria da perda de uma chance, foi das que, talvez, tenha sofrido maior resistência na sua aceitação e aplicabilidade.

A Teoria da Perda de uma Chance é admitida atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, e também reconhecida pelos Tribunais Superiores, tendo sido, inclusive, pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o entendimento que o dano é de fato existente pela perda de uma chance que dita como certa.

A referida teoria foi se desenvolvendo e se aperfeiçoando por meio do trabalho de criação de alguns doutrinadores, sendo que sua aceitação na jurisprudência só ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro após um longo caminho percorrido de acordo com o surgimento de casos concretos.

A base principiológica, bem como, a base legal, é a responsabilidade civil que garante que quando há dano causado por alguém, este deve ser reparado. Dessa forma, a responsabilidade civil está diretamente ligada à teoria da perda de uma chance, seja ela objetiva ou subjetiva, por omissão ou comissão da conduta humana.

A Teoria da Perda de uma Chance ganhou espaço em razão do aumento do descuido da conduta humana, sendo objetiva ou subjetiva, em que incitou os Tribunais Superiores a entenderem e pacificarem tal entendimento, aplicando aos casos em concreto e fixando um *quantum* indenizatório para suprir, no mínimo, o grau do dano causado a quem sofreu, por culpa exclusiva de terceiro e/ou, até mesmo, suprimindo a necessidade na integralidade do pedido, dependendo de cada caso.

Na presente pesquisa empregou-se o método teórico bibliográfico, consistente na análise de obras e artigos científicos que versam sobre o tema.

1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Responsabilidade Civil, trazida no nosso ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil de 2002, especificamente, nos seus artigos 186 e 927, dispõe que aquele que causar dano a outrem, deverá repará-lo:

Art. 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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo³.

Pode-se aferir do dispositivo legal que em se causando dano, este deverá ser reparado. Importa mencionar, ainda, que a doutrina, bem como, a legislação, trata da responsabilidade civil sob duas vertentes: contratual e a extracontratual; a primeira advém de um contrato, ou seja, diante do seu inadimplemento, o agente deve reparar o dano a outra parte conforme estipulação em contrato, por outro lado, a responsabilidade extracontratual não tem vínculo contratual com a vítima, mas tem vínculo legal, uma vez que, por conta do descumprimento de um dever legal, o agente por ação ou omissão, com nexo de causalidade e culpa ou dolo, causará a vítima um dano.

Pablo Stolze, conceitua que:

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais⁴.

Ainda nesse sentido, conclui Pablo Stolze:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos

3 BRASIL, Lei 10.406 de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 31.10.19.

4 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v, III, 4. ed., rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. .1 e 2.

danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados⁵.

Assim, torna-se oportuno dizer que, a legislação e a doutrina, trazem requisitos para identificar a responsabilidade civil, ou seja, os elementos ou chamados, também, pressupostos gerais da responsabilidade civil, que são os seguintes: conduta ou ato humano, nexos de causalidade e o dano ou prejuízo.

Insta ressaltar, precipuamente, que a culpa não é um elemento geral da responsabilidade civil e, sim, um elemento acidental⁶ e que a conduta ou ato humano, traz uma ideia de voluntariedade, podendo ser positiva ou negativa, ou seja, ação ou omissão.

Para Maria Helena Diniz⁷, ação é o fato gerador da responsabilidade, podendo ser lícita ou ilícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá de uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se⁸.

Por sua vez, o nexo de causalidade é o vínculo ou liame que une a conduta humana ao resultado danoso. As teorias explicativas do nexo de causalidade são as seguintes:

A responsabilidade civil não pode existir se a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou. O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se (...) nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa⁹.

Pablo Stolze, já traz uma comparação com direito penal:

Assim como no direito penal, a investigação deste nexo que liga o resultado danoso ao agente infrator é indispensável para que se possa concluir pela

5 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v, III, 4. ed., rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p..3

6 LEITE, Marcia de Oliveira. **A Responsabilidade Civil e os Danos Indenizáveis**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civil-danos-indenizaveis>. Acesso em: 30.10/2019.

7 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v. 7, 21.ed., rev.e atual.de acordo com a Reforma do CPC. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38.

8 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v. 7, 21.ed., rev.e atual.de acordo com a Reforma do CPC. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38 e 39.

9 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v. 7, 21.ed., rev.e atual.de acordo com a Reforma do CPC. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

responsabilidade jurídica deste último. Trata-se, pois, do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano¹⁰.

Por fim, o dano é a lesão a um interesse jurídico tutelado, seja ele material ou moral, necessária sua existência para a configuração da responsabilidade civil. Mesmo nos casos de responsabilidade contratual, o comportamento da parte inadimplente que deixa de cumprir a obrigação convencionada carrega em si a presunção de dano.

Para que um dano seja indenizável é preciso alguns requisitos: violação de um interesse jurídico material ou moral, certeza de dano, mesmo dano moral tem que ser certo e deve haver a subsistência do dano¹¹.

Segundo Stolze,“(…) poderíamos então afirmar que, seja qual for a espécie de responsabilidade sob exame (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja, sua pedra de toque”¹².

Nesse sentido, Maria Helena Diniz, por sua vez, diz que “(…) dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo¹³”.

Assim, o dano é elemento essencial para fins indenizatórios, sem sua constatação, não há o que ser reparado, ou seja, não é possível exercer o instituto da responsabilidade civil,

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

O Direito Civil do século XXI é constitucionalizado, detém forte carga solidarista e um profundo viés despatrimonializante. O eixo gravitacional dessa mudança tem como epicentro axiológico o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República

10 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v. III, 4. ed., rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p.85.

11 LEITE, Marcia de Oliveira. **A Responsabilidade Civil e os Danos Indenizáveis**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civil-danos-indenizaveis>. Acesso em: 30.10.2019.

12 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v. III, 4. ed., rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p.35.

13 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v. 7, 21.ed., rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), cujo maior reflexo, no estuário civilista, tem sido a constante humanização de todos os seus institutos¹⁴.

Quando a dignidade humana se capilariza nos meandros da seara cível, faz produzir, na esfera dogmática, os chamados direitos de personalidade, particularmente voltados a reger a dignidade nas relações entre particulares. De fato, nada obstante tenha nascido ainda um tanto quanto tímido na regência legal da matéria, nosso Código Civil, de todo modo, ao cuidar desses tais direitos, deixou bem evidente sua irrefragável opção pela proteção da dignidade humana.

Essa forma de encarar a realidade, erigida na base de um matiz principiológico, faz com que a proteção da pessoa humana seja vista e percebida enquanto fomentadora de uma série amplamente descerrada de direitos, uma genuína cláusula aberta de promoção da dignidade humana. Com esse expediente, a parcimônia legal revelada no trato do tema se torna coisa de menor valia, problemática de pouca monta, já que a visão de um sistema arrimado na Constituição, especialmente na esteira do que diz seu artigo 5º, § 2º, sinaliza pela ampliação da proteção da pessoa, nos mais variados aspectos de sua personalidade, ainda que nem todas as situações de risco à sua dignidade estejam legalmente disciplinadas. Noutra forma de dizer: a proteção à dignidade humana passa a prescindir por completo do vetusto fator exclusivo da prévia tipicidade¹⁵.

A responsabilidade civil, debaixo desse novo paradigma, funcionaliza-se, adentrando mesmo em uma nova dimensão jurídica. Nessa guindada dogmática, esse instituto deixa de ser visto apenas como um simples instrumento técnico de solução de conflitos individuais, para assumir, definitivamente, a relevante função de poderoso instrumento ético de integral tutela da pessoa humana e de máxima convergência com o solidarismo constitucional¹⁶.

Com tal colocação, pretende-se dizer que não é só a propriedade e o contrato que detêm função social, sendo certo que, de modo muito mais abrangente, em verdade, atualmente, todo e qualquer instituto jurídico está materialmente vinculado aos objetivos constitucionais de promoção da dignidade humana e construção do bem-estar social.

14MARANHÃO, Ney. **Responsabilidade Civil Contemporânea:** Influência Constitucional e Novos Paradigmas. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/21818/responsabilidade-civil-contemporanea-influencia-constitucional-e-novos-paradigmas/3>. Acesso em 17.11.2019.

15MARANHÃO, Ney. **Responsabilidade Civil Contemporânea:** Influência Constitucional e Novos Paradigmas. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/21818/responsabilidade-civil-contemporanea-influencia-constitucional-e-novos-paradigmas/3>. Acesso em 17.11.2019.

16MARANHÃO, Ney. **Responsabilidade Civil Contemporânea:** Influência Constitucional e Novos Paradigmas. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/21818/responsabilidade-civil-contemporanea-influencia-constitucional-e-novos-paradigmas/3>. Acesso em 17.11.2019.

Nessa perspectiva, a responsabilidade civil ganha importância singular enquanto eficaz ferramenta de proteção da dignidade humana.

2.1 DA CONDUTA HUMANA – OMISSIVA E COMISSIVA

Repisa-se, a conduta é um dos elementos da responsabilidade civil e se divide em conduta omissiva e comissiva. Nesse contexto, fala-se muito em conduta omissiva e/ou comissiva do Estado, até porque, é onde temos uma prática mais corriqueira, se é que podemos dizer assim, isso não significa que não temos a omissão cometida por indivíduos comuns.

A conduta omissiva, remete ao Direito Penal, podendo consistir num fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Quando o agente faz alguma coisa que estava proibido, fala-se em crime comissivo; quando deixa de fazer alguma coisa a que estava obrigado, te-se um crime omissivo¹⁷.

Sob a vertente do Direito Civil, o agente deixaria de fazer alguma coisa, causando um dano a outrem, mas não necessariamente constituiria num crime, ou seja, casos em que se o agente tivesse realizado tal ato, o dano não ocorreria, como por exemplo: o caso da cuidadora que não cumpriu com seu dever, infringindo sua ética profissional deixando de medicar o paciente com um medicamento diário que o mesmo não pode deixar de tomar, no entanto, poderia causar um dano irreparável, ou ainda, um bombeiro que se distrai com uma turista e deixa uma criança se afogar, podendo ou não causar um dano irreparável. Independentemente do resultado, o dano já ocorreu através de uma conduta omissiva.

¹⁷LEITE, Vitor Emanuel Castro. **Fato Típico:** Conduta. Disponível em <https://castro96.jusbrasil.com.br/artigos/541194610/fato-tipico-conduta> Acesso em 18.11.2019.

2.2 DO NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo causal é um dos pressupostos da responsabilidade civil, juntamente com a conduta e o dano. Em verdade, trata-se de questão de suma importância, pois dirá ao julgador se o dano gerado a terceiro pode, ou não, ser encarado como resultado da conduta (ação ou omissão) praticada por um agente.

Cuida-se de estabelecer critérios técnicos para que se saiba se um resultado pode ser imputado ao agente em razão de sua conduta. Caso não houvesse essa ferramenta, não seria possível estabelecer qualquer vínculo entre uma determinada ação ilícita e o dano sofrido pela vítima, pois não seria possível relacionar o resultado à conduta¹⁸.

Nessa linha, a causa de um resultado será aquela conduta sem a qual, efetivamente, o resultado não teria acontecido. Caso uma conduta pudesse ser eliminada da cadeia causal sem interferir, de qualquer forma, no resultado, como se verá adiante, não poderá ser considerada como causa daquele resultado.

Ainda, como ensina Sérgio Cavalieri Filho: “o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa (...), mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal¹⁹.”

Importa ressaltar que enquanto o direito penal adota a teoria da equivalência dos antecedentes, a maior parte da doutrina e da jurisprudência civil nacionais adota a teoria da causalidade adequada, por entendê-la de melhor aplicação no âmbito da responsabilidade civil.

2.3 DO DANO

Nas sociedades mais primitivas os danos causados eram retribuídos por meio de vingança, que tendiam a ser físicas e desproporcionais. Com o decorrer da história, houve uma evolução dessas punições, partindo destas vinganças físicas desproporcionais, passando

18CARIN, Samuel. **Direito Civil**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47382/teoriassobreonexodecausalidadenaresponsabilidade-civil-e-no-direito-penal-um-dialogo-possivel>. Acesso em 1.11.2019.

19CAVALIERI FILHO, Sérgio....

por vinganças físicas e proporcionais, até a concepção das punições pecuniárias e proporcionais como forma de se retribuir e reparar os danos causados.

Este processo evolutivo culmina com o surgimento da Responsabilidade Civil; na época da Revolução Industrial, com a frequência dos acidentes de trabalho, como esmagamento e amputação de membros, inclusive, surge a necessidade de uma garantia social, alguma forma de se responsabilizar as indústrias pelos danos que ocorressem aos trabalhadores, até então, desamparados. Com a pressão de movimentos sociais dos trabalhadores da época, começou a se moldar a responsabilidade civil como resposta a estes danos que ocorriam e que, até então eram ignorados ou insuficientemente reparados, quando muito. O conceito se desenvolveu, o tema é tópico essencial no Direito Civil, cuidado da matéria de reparação de danos causados²⁰.

Atualmente, podemos conceituar a responsabilidade civil como sendo uma forma jurídica de se obrigar alguém a reparar dano causado a outrem, mediante a verificação de certos requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Maria Helena Diniz considera este instituto como “a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”²¹.

Quando um fato causa um dano, este dano, por regra, deve ser reparado. Não basta, contudo, para a verificação da responsabilização civil, que o ato meramente ocorra e que cause o dano – existem elementos que precisam estar presentes para que se configure um dano que deve, de fato, ser reparado. Desta forma, são listados os elementos da Responsabilidade Civil; a “ação”, o “dano”, o “nexo de causalidade” e a “culpa” (que em alguns casos pode ser irrelevante para se existir a responsabilidade civil, como será analisado posteriormente).

A “ação” diz respeito a um ato praticado no mundo concreto que causa um efeito sensível. O “dano” é um mal ou prejuízo causado por um ato praticado. O “nexo de causalidade” é a relação lógica e perceptível entre a prática do ato e o resultado deste. Por sua vez, a “culpa” é uma imputação feita a alguém que pratica um ato de certa forma reprovável, sendo que existem diversos tipos de culpa.

20COUTO, Rafael. **Os Elementos Necessários para Caracterização da Responsabilidade Civil**. Disponível em <https://rafaghovatto.jusbrasil.com.br/artigos/325947447/os-elementos-necessarios-para-caracterizacao-da-responsabilidade-civil>. Acesso em 17.11.2019.

21COUTO, Rafael. **Os Elementos Necessários para Caracterização da Responsabilidade Civil**. Disponível em <https://rafaghovatto.jusbrasil.com.br/artigos/325947447/os-elementos-necessarios-para-caracterizacao-da-responsabilidade-civil>. Acesso em 17.11.2019.

Trata-se, portanto, do ato que gera o dano, é o “fato gerador” da responsabilização civil. É um ato que, de alguma forma, prejudica alguém. Ressalta-se que existem as excludentes de responsabilidade – existem atos que, mesmo que causem dano, não geram a obrigação de se reparar este dano causado. Pode-se citar como exemplos o exercício regular de direito, o estrito cumprimento do dever legal, o caso fortuito ou força maior, a culpa exclusiva da vítima, entre outras hipóteses. Caso se verifique alguma destas excludentes, não há de se falar em responsabilização civil. As excludentes são previstas em lei.

O instituto do ‘dano’ é nada mais que o resultado da ação, o prejuízo de uma pessoa, seja aquele perceptível no mundo concreto, na esfera íntima ou psicológica e até mesmo no âmbito físico, corporal do indivíduo lesado. O dano pode ser “material”, “moral” e “estético”.

2.3.1 Do dano material

O ‘dano material’ é aquele que reflete no mundo real, concreto, factível, normalmente se relaciona a pecúnia, podendo também se tratar de algum outro tipo de restituição. É o dano que pode ser constatar com certa ou até mesmo com total objetividade. Subdivide-se em “dano emergente” e “lucros cessantes”²².

É dano emergente aquele que pode, facilmente, verificar no mundo concreto; é a destruição de um bem, a perda de valores guardados numa mala extraviada, a ofensa à integridade física, no sentido das despesas causadas, a desvalorização de um bem imóvel por fato causado por terceiro enfim, é todo o dano possível de se verificar de forma objetiva, que diga respeito a valores perceptíveis no mercado.

Em contrapartida, os lucros cessantes correspondem ao que se deixou de ganhar; são aqueles lucros, proveitos, rendimentos que provavelmente seriam auferidos pela vítima, caso não tivessem sofrido o dano. Imaginemos um vendedor autônomo que, ao ser

22COUTO, Rafael. **Os Elementos Necessários para Caracterização da Responsabilidade Civil**. Disponível em <https://rafaghovatto.jusbrasil.com.br/artigos/325947447/os-elementos-necessarios-para-caracterizacao-da-responsabilidade-civil>. Acesso em 17.11.2019

atropelado por erro absoluto do condutor do veículo, é internado e passa dias sem poder realizar seu ofício²³.

É evidente que este sofrera danos emergentes, como a hospitalização e gastos com remédios, mas também, este autônomo deixou de trabalhar certa quantidade de dias, deixando assim de lucrar o que habitualmente lucraria. Nesta hipótese, além dos danos emergentes, verifica-se os lucros cessantes, pois é razoável e presumível que o indivíduo fosse ter um certo lucro proveito de seu trabalho habitual, nos dias em que esteve internado.

É importante destacar que, para ocorrer a hipótese de lucro cessante, o ganho deve ser provável, considerando que os eventos da vida se desenrolariam em seu curso normal, não cabendo aqui conjecturas improváveis e fantasiosas acerca de toda e qualquer possibilidade que se perdeu por causa do dano²⁴.

2.3.2 Do dano moral

O dano moral é dano abstrato – não é possível se notar no mundo concreto de forma objetiva, não pode ser facilmente constatado pelos preços do mercado. O dano moral compreende tudo aquilo que atinge o indivíduo em seu íntimo, em seus aspectos psicológicos, o ofendendo, fragilizando-o mentalmente, o sensibilizando, etc. O dano moral age essencialmente na “psique” da vítima.

Pode-se exemplificar este dano em algumas hipóteses tais quais: a destruição de um bem pessoal de muita valia para uma pessoa, por ter sido presente de ente querido que falecera, independentemente de seu valor de mercado; o transtorno psicológico – além do financeiro – causado por uma internação médica; o constrangimento de uma piada; o vazamento de imagens ou informações íntimas; ofensas proferidas, dentre infinitas hipóteses.

Vale ressaltar a subdivisão entre dano moral direto e indireto. É direto o dano moral que atinge os direitos de personalidade (que serão analisados futuramente); pode-se encaixar aqui a ofensa, bem como, o vazamento de informações supramencionado. O dano moral

23COUTO, Rafael. **Os Elementos Necessários para Caracterização da Responsabilidade Civil**. Disponível em <https://rafaghovatto.jusbrasil.com.br/artigos/325947447/os-elementos-necessarios-para-caracterizacao-da-responsabilidade-civil>. Acesso em 17.11.2019

24COUTO, Rafael. **Os Elementos Necessários para Caracterização da Responsabilidade Civil**. Disponível em <https://rafaghovatto.jusbrasil.com.br/artigos/325947447/os-elementos-necessarios-para-caracterizacao-da-responsabilidade-civil>. Acesso em 17.11.2019,

indireto é aquele que decorre de um dano que atinja um bem material – é o exemplo do bem material precioso pelo seu valor afetivo, emocional, subjetivo, independente de seu valor de mercado que é destruído por alguém.

Além do dano moral que pode ser sofrido pelo indivíduo, existe o dano moral coletivo. Este é aquele que atinge um grupo de pessoas com afinidades, características, interesses em comum. São exemplos os danos ao meio ambiente, ao consumidor coletivamente considerado, ao patrimônio comum artístico, etc.²⁵.

2.3.3 Do dano estético

O dano estético é modalidade mais recente no direito brasileiro, sendo anteriormente parte integrante do direito moral e deste – bem como do dano material – estar de certa forma mesclado, ao ponto que o tema pode ser um tanto confuso. Nesta espécie de dano pode-se constatar no mundo factível – mais especificamente no corpo de uma pessoa – os resultados de uma ação indenizável: é o caso de ferimentos, cicatrizes, deformidades causadas a alguém.

Assim, quando a integridade física da pessoa é ofendida, pode-se ter o dano material por danos emergentes (tratamentos, despesas médicas), lucros cessantes (incapacidade para o trabalho habitual, perda de oportunidades); dano moral, por ofensa a honra, abalo do estado psicológico da pessoa, trauma psicológico; e dano estético, caso do dano resulte deformidade, pois a deformidade – especialmente se aparente, causa um agravamento do dano à honra da vítima.

Destarte, o dano estético tem íntimas raízes com o dano material e moral, porquanto provavelmente surge de um acidente ou agressão que comumente causa evidentes danos materiais, além dos possíveis abalos morais, resultando ainda em injúrias físicas que marcam a vítima²⁶.

25COUTO, Rafael. **Os Elementos Necessários para Caracterização da Responsabilidade Civil**. Disponível em <https://rafaghovatto.jusbrasil.com.br/artigos/325947447/os-elementos-necessarios-para-caracterizacao-da-responsabilidade-civil>. Acesso em 17.11.2019

26COUTO, Rafael. **Os Elementos Necessários para Caracterização da Responsabilidade Civil**. Disponível em <https://rafaghovatto.jusbrasil.com.br/artigos/325947447/os-elementos-necessarios-para-caracterizacao-da-responsabilidade-civil>. Acesso em 17.11.2019

3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance é uma construção doutrinária aceita no ordenamento jurídico brasileiro como uma quarta categoria de dano, dentro do tema responsabilidade civil, ao lado dos danos materiais, morais e estéticos. Embora bastante utilizada na prática forense, ainda é tema de controvérsias²⁷, isso porque se trata de um dano de difícil verificação. O dano que se origina a partir de uma oportunidade perdida está lidando com uma probabilidade, uma situação que possivelmente aconteceria caso a conduta do agente violador não existisse. Por isso, aproxima-se dos danos eventuais que não são passíveis de indenização.²⁸

Apesar disso, a teoria da perda de uma chance possibilita a reparação de danos nos casos em que há nitidamente a inibição, por culpa de outrem, de um fato esperado pela vítima, impedindo-a também de aferir um benefício consequente daquela ação (ou evitar uma desvantagem). Deste modo, a vítima garante a obtenção da reparação por parte do causador do dano, haja vista uma expectativa ter sido frustrada por ele.

A teoria da perda de uma chance foi desenvolvida na França (*perte d'une chance*) na década de 60 e também bastante estudada pelos italianos. Além da França e Itália, esta teoria também é verificada em diversos julgados americanos e ingleses provenientes do sistema *common law*. Um famoso julgado inglês em que foi aplicada a teoria é conhecido como *Chaplin V. Hicks*, no qual a autora da ação estava participando de um concurso de beleza e já se encontrava entre as 50 finalistas, quando teve sua chance de vencer interrompida pelo réu que não permitiu sua participação na última etapa da competição. Neste caso aplicou-se a teoria da perda de uma chance para configurar o dano e estabelecer o dever do réu em ressarcir a autora, cuja quantificação se deu mediante a proporção de chances que a vítima possuía de ganhar o concurso²⁹.

27FERRARA, Gabrielle Gazeo. **Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance:** quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chance+quando+uma>. Acesso em 17/11/2019.

28FERRARA, Gabrielle Gazeo. **Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance:** quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chance+quando+uma>. Acesso em 17/11/2019.

29FERRARA, Gabrielle Gazeo. **Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance:** quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chance+quando+uma>. Acesso em 17/11/2019.

No Brasil, o caso emblemático deste tema foi o REsp 788.459/BA, do ano de 2005², no qual a autora alegava ter perdido a chance de ganhar 1 milhão de reais no programa "Show do Milhão", em razão da pergunta final não ter resposta correta. O julgado considerou a teoria da perda de uma chance para condenar a ré ao pagamento de indenização, porquanto restou demonstrado que a autora de fato havia perdido a oportunidade de vencer o programa e levar o prêmio por culpa da ré que elaborou pergunta sem resposta³⁰.

A teoria da perda de uma chance, portanto, constitui situação em que a prática de um ato ilícito ou o abuso de um direito impossibilita a obtenção de algo que era esperado pela vítima, seja um resultado positivo ou não ocorrência de um prejuízo, gerando um dano a ser reparado.

Assim como os danos materiais, morais e estéticos, a perda de uma chance também exige a presença de um dano, ocasionado por uma conduta culposa do agente (ato ilícito e/ou abusivo) para formar o nexo causal e gerar a obrigação de indenizar, porém, o que o difere dos outros tipos de danos, nos quais o dano é concreto ou no mínimo facilmente perceptível, é o fato de ser de difícil verificação e quantificação.

Para auxiliar na análise do caso concreto e diferenciação do dano decorrente da perda de uma chance do dano eventual, hipotético, importante que seja examinada a probabilidade da ocorrência desse resultado final que era pretendido, ou seja, é necessária uma nítida compreensão de que aquela chance que se alega perdida³ pela vítima seria muito provável de se alcançar se não fosse a conduta do agente que violou a expectativa. O improvável ou quase certo devem ser descartados.

Fala-se também na doutrina sobre a percepção de que a chance perdida era séria ou real. A existência de um valor econômico desta chance perdida contribui para que o dano seja cognoscível. Além disso, o dano deve apresentar-se como um prejuízo certo para a vítima, isto é, a chance perdida deve repercutir de alguma forma em sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial. Necessário, portanto, que se vislumbre claramente um dano em razão da expectativa frustrada.

Vislumbra-se a teoria da perda de uma chance em diversas circunstâncias e ramos do Direito. No Direito do Trabalho, por exemplo, a teoria foi aplicada em caso de

30FERRARA, Gabrielle Gazeo. **Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance**: quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chance+quando+uma>. Acesso em 17/11/2019.

empregado que teve oportunidade de trabalho perdida porque seu último empregado reteve indevidamente sua CTPS.

É possível localizar a aplicação da teoria da perda de uma chance em circunstâncias especiais de descumprimento contratual, como no caso de um julgado proveniente do STJ³¹, no qual, com base na teoria da perda de uma chance, uma empresa de coleta de células tronco embrionárias de cordão umbilical foi condenada a indenizar recém-nascido por não ter comparecido ao hospital para proceder a coleta. Para a Corte Superior, o recém-nascido perdeu definitivamente a chance de prevenir tratamento de patologia num futuro, tendo em vista que hoje a medicina moderna avança nos estudos para utilização de células tronco como meio de cura de diversas doenças.

Também em relação ao tema inadimplemento contratual, com base na perda de uma chance, empresa de sistemas de bloqueio de veículos à distância foi condenada a indenizar cliente que teve veículo furtado. Ainda que se trate de uma obrigação de meio a da empresa contratada. Entendeu-se que, ao deixar de realizar o bloqueio do veículo quando avisada sobre o furto, configurou-se situação na qual houve a perda da chance do contratante do serviço recuperá-lo³².

Não menos interessante foi o caso em que a perda de uma chance foi utilizada para indenizar consumidora em razão de falha na prestação do serviço de reservas de hotéis pela internet³³. No caso, a consumidora iria prestar certame em outra cidade, mas não teve a

31 AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E MORAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INAPLICABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Hipótese em que a parte autora pleiteia indenização por danos materiais com fundamento na perda de uma chance, **sob o argumento de que a recusa da agravada em renovar sua matrícula atrasou em um ano a conclusão do curso de enfermagem, retirando-lhe a oportunidade de obter situação futura melhor, como conseguir um emprego e progredir no trabalho.** 2. A chamada teoria da perda da chance, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o **dano seja real, atual e certo**, dentro de um juízo de probabilidade, **e não de mera possibilidade**, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável (REsp 1.104.665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe de 4.8.2009). 3. O direito à indenização, nessas circunstâncias, **somente existiria diante de situação de real e séria possibilidade de êxito, o que não é o caso dos autos**, tendo em vista que o pedido, consoante observado pelas instâncias ordinárias, está baseado em conjecturas, uma vez que o emprego da autora, logo que saísse da faculdade, era evento futuro e incerto. 4. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no REsp: 1364526 MS 2012/0254859-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 21/05/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/06/2019).

32 FARIA, Raphael – Perdeu a chance de algo? O que fazer? – Disponível em: <https://raphaelgfaria.jusbrasil.com.br/artigos/422168311/perdeu-a-chance-de-algo-o-que-fazer#:~:text=Tamb%C3%A9m%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20temameio%20a%20da%20empresa%20contratada>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

33 FERRARA, Gabrielle Gazeio - Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance: quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar – Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/245438/aspectos-gerais-sobre-a-teoria-da-perda-de-uma-chance--quando-uma-oportunidade-perdida-e-causa-de-indenizar> Acesso em 20 de outubro de 2020.

reserva do seu hotel efetivada conforme contratado e no dia do concurso não havia mais vagas nos hotéis da região, por isso não pôde realizar a prova. No caso, o Tribunal entendeu que foi frustrada a chance de prestar o concurso para o qual havia se preparado e tinha chances de aprovação e diante disso condenou a empresa a reparar o dano.

Por fim, vale destacar que até mesmo o Estado pode ser responsabilizado com base nesta teoria, como no caso de paciente que falece em decorrência da demora do Estado no cumprimento de decisão judicial que determinava a entrega de medicamento imprescindível à manutenção da sua saúde. A omissão do Estado eliminou a possibilidade de sobrevivência da vítima, ou seja, das chances de permanecer viva.

Enfim, observa-se a ampla utilização da teoria na prática forense, sendo diversas as hipóteses em que é possível caracterizar a perda de uma chance, no entanto, ainda assim há aqueles que entendem não existir dano advindo da perda de uma chance, pois não seria diferente de um dano hipotético. Para estes, no caso de uma chance perdida os danos decorrentes desta situação seriam os já aceitos danos patrimoniais e/ou morais.

De qualquer forma, importante considerar que o ser humano é um sujeito de expectativas. Todos são submetidos, diariamente, a diversas e complexas relações que, por muitas vezes, geram expectativas, isto é, projetam-se sonhos, desejos e vontades e espera-se que eles se realizem. Este tipo de ocorrência não pode ser desprezada pelo Direito, pois tanto a expectativa em si, quanto a sua conseqüente frustração, são capazes de produzir efeitos no mundo do direito e em tais situações que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada³⁴.

Assim sendo, a teoria da perda de uma chance auxilia na obtenção de uma reparação nos casos que decorrem do sentimento de frustração, de uma oportunidade perdida, sendo de relevância importância destacar que no momento de aplicar esta teoria, o dever de reparar o dano caracterize-se somente após a análise apurada do caso concreto, considerando principalmente a razoabilidade e probabilidade da ocorrência do resultado que a vítima buscava e que alega ter sido perdida.

34FERRARA, Gabrielle Gazeo. **Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance**: quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chance+quando+uma>. Acesso em 17/11/2019.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

A Teoria da Perda de uma Chance cada vez mais ganha adeptos e força na doutrina brasileira e nos tribunais pátrios. Tendo em vista tal realidade, o presente artigo busca tecer alguns comentários acerca de dois assuntos essenciais na aplicação prática da teoria: a seriedade da chance e o arbitramento da indenização. Além de tais considerações de ordem prática, o presente trabalho também pretende abordar o tema da natureza jurídica do dano, assunto que dissemina grandes discussões no mundo acadêmico³⁵.

É comumente afirmado pelos defensores da teoria da perda de uma chance que o dano pela perda de uma chance é reparável. No entanto, não são todas as chances que tem relevância para o direito. A doutrina brasileira é uníssona em estabelecer o caráter da seriedade da chance como requisito para a sua indenização.

A chance para ser indenizável deve ser séria e real. Para que a oportunidade perdida seja considerada reparável, ela deve representar uma razoável probabilidade de obter a vantagem esperada, não uma mera possibilidade.

Silvio de Salvo Venosa, ao compartilhar do mesmo pensamento, afirma que “a certeza do dano, em se tratando de avaliação futura, guarda certa relatividade, mas não pode ser meramente hipotética³⁶”, e conclui que “se a possibilidade é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda da oportunidade³⁷”.

Desta forma, sendo a chance séria e real a sua perda será considerada um dano indenizável, todavia, caso a oportunidade perdida seja uma mera possibilidade de obter a vantagem almejada, o ofendido não terá direito a nenhuma indenização. Pensar diferente levaria a banalização da teoria da perda de uma chance, tendo em vista que em casos extremos iria existir a reparação por chances insignificantes, que na maioria das vezes iria representar um sonho ou um desejo.

Jeová Miguel Filho, ao apontar que as chances que não representam uma razoável probabilidade de obter o resultado favorável não devem ser indenizáveis, afirma que “(,,,) do

35FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

36VENOSA, Silvio de Salvo. **A responsabilidade objetiva no código civil**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI916,11049A+responsabilidade+objetiva+no+novo+Codigo+Civil>. Acesso em 17 de nov. de 2019

37VENOSA, Silvio de Salvo. **A responsabilidade objetiva no código civil**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI916,11049A+responsabilidade+objetiva+no+novo+Codigo+Civil>. Acesso em 17 de nov. de 2019

contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas”³⁸.

Embasado na Doutrina Italiana, principalmente nos ensinamentos de Maurizio Bocchiola e Sérgio Savi³⁹ estabelece um grau mínimo de probabilidade para que as chances sejam consideradas sérias e reais. Para este autor as chances são sérias e reais se apresentarem uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obterem a vantagem esperada.

Nesse sentido ele preleciona que:

Não é, portanto, 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 (...)⁴⁰.

Sergio Cavalieri Filho também comunga deste pensamento, e assegura que:

A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso maior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis⁴¹.

Todavia, não parece a melhor solução para uma chance ser considerada séria e real, a fixação de um grau de probabilidade que será aplicada genericamente em todos os casos. Tal formulação iria gerar diversas injustiças se aplicada em alguns casos concretos.

Em muitos casos a probabilidade da vítima obter o resultado almejado será menor do que 50% (cinquenta por cento) nem por isso deixará de ser uma chance séria e real⁴².

Como exemplo, cita-se uma seleção de emprego em que um candidato foi impedido injustamente de participar da sua última fase. Nesta fase, só existia mais três candidatos, e assim, a probabilidade do candidato prejudicado obter a vantagem esperada (a vaga no emprego) era de 25% (vinte e cinco por cento)⁴³.

38FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

39JMN JurisCalc – Marlene e Manoel Nunes – Teoria da perda de uma chance: surgimento, conceito e parâmetros de aplicação – Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68559/teoria-da-perda-de-uma-chance-surgimento-conceito-e-parametros-de-aplicacao> Acesso em 20 de outubro de 2020.

40 JMN JurisCalc – Marlene e Manoel Nunes – Teoria da perda de uma chance: surgimento, conceito e parâmetros de aplicação – Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68559/teoria-da-perda-de-uma-chance-surgimento-conceito-e-parametros-de-aplicacao> Acesso em 20 de outubro de 2020.

41 FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012

42 FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

43 FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

Em tal exemplo, fica claro que apesar da chance do candidato prejudicado ser menor do que 50% (cinquenta por cento) ela é uma chance séria e real, que não representa uma mera possibilidade, mas sim, uma razoável probabilidade de ser obter o sucesso. No entanto, caso a regra da fixação de um percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) fosse aplicada em tal caso, tal chance não iria ser considerada séria e real, deixando a vítima sem qualquer indenização, gerando dessa forma uma grande injustiça⁴⁴.

Rafael Peteffi está entre os que não aceitam a fixação de um percentual fixo para a análise da seriedade das chances, e tecendo comentários á Doutrina Italiana afirma o seguinte:

Paradoxalmente, a Corte de Cassação italiana parece adotar postura diametralmente oposta, considerando que o requisito de seriedade e certeza chances perdidas somente seria alcançado se a vítima provasse que possuía, pelo menos, 50% de probabilidade de alcançar a vantagem esperada, isto é, que a ação do agente aniquilou 50% das chances da vítima alcançar desiderato. Parece-nos bastante compreensível que o direito italiano tenha ficado isolado nesse entendimento, já que existem inúmeros casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo. Nessas hipóteses, não teríamos nenhum argumento sólido para negar o provimento destas ações de indenização⁴⁵.

Destarte, a fixação de uma probabilidade mínima de 50% (cinquenta por cento), ou qualquer outro percentual, para ser aplicada em todos os casos concretos, não se apresenta como a melhor solução para a análise da seriedade das chances. A melhor solução será aquela em que o aplicador do direito em cada caso concreto, deverá analisar suas nuances, e inspirado no princípio da razoabilidade, afirmar se a chance da vítima representa uma chance séria e real, ou uma mera possibilidade sem relevância para fins indenizatórios⁴⁶.

Desta forma, a chance para fins indenizatórios deve ser séria e real, e tal caráter será auferido através de uma análise do caso concreto realizada pelo magistrado, a luz do princípio da razoabilidade.

44FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos.** Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

45PETEFFI, Rafael da Silva, A Responsabilidade pela Perda de uma Chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais – Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais> Acesso em 20 de outubro de 2020.

46PETEFFI, Rafael da Silva, A Responsabilidade pela Perda de uma Chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais – Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais> Acesso em 20 de outubro de 2020.

Claro, portanto, que sendo a chance séria e real, a vítima fará jus a uma reparação, resta saber como será arbitrado o valor desta indenização.

Diante da grande controvérsia que paira sobre a natureza jurídica do dano pela perda de uma chance, para se chegar a conclusão a qual dos pensamentos assiste razão, faz-se necessário um confronto entre cada uma das correntes doutrinárias com as peculiaridades do dano pela perda de uma chance. A começar pela parcela da doutrina que afirma que o dano pela perda de uma chance teria a natureza de lucro cessante, entendimento seguido por renomados autores tradicionais como Aguiar Dias e Carvalho Santos⁴⁷.

O Código Civil, define art. 402, lucro cessante, como sendo aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Para se ter um claro alcance da norma citada deve-se interpretar o termo “razoavelmente”, e socorrendo-se dos ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho, razoável “(...) é aquilo que o bom-senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos”⁴⁸.

Destarte, lucro cessante é aquilo que a vítima lucraria diante do normal desenrolar dos fatos, no entanto, em virtude da conduta do ofensor não mais lucrar.

Sergio Cavalieri Filho ao comentar o trabalho que o aplicador do direito deve fazer ao se deparar com uma hipótese de lucro cessante afirma o seguinte:

Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito⁴⁹.

Desta forma, percebe-se claramente que a análise do desenvolvimento normal dos fatos passa a ser uma condição para o reconhecimento do lucro cessante.

É neste ponto que os casos de lucro cessante diferem dos casos de perda de uma chance. Na perda de uma chance, a vítima encontra-se em um processo aleatório, que ao seu final há uma vantagem esperada. Destarte, a álea é intrínseca aos casos de perda de uma chance⁵⁰.

47FILHO, Jeova Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18 de nov. de 2019.

48BRASIL, Lei 10.406 de 2002, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. – Acesso em: 31.10.2019.

49FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

50FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019

Importa frisar, ainda, que não há de se falar de desenvolvimento normal dos fatos, tendo em vista que em um determinado momento no desenrolar dos acontecimentos há uma bifurcação, que tanto pode fazer com que a vítima obtenha a vantagem esperada, como pode fazer com que ela não logre êxito.

Em síntese, tanto é normal no decorrer dos fatos que a vítima obtenha a vantagem esperada, tanto é normal que ela não obtenha. No caso do jovem que realiza um concurso público, tanto é normal no desenrolar dos fatos que ele passe neste concurso, como também é normal a sua reprovação.

Destarte, resta claro que o dano causado pela perda de uma chance não se enquadra como lucro cessante, tendo em vista que a álea que o é intrínseca retira aquela condição do normal desenrolar dos fatos inerente ao lucro cessante.

Ademais, nos casos de lucro cessante é necessário que se faça prova de que a vítima obteria o lucro almejado. Por exemplo, um profissional liberal que se acidenta em virtude de um ato ilícito de terceiro, para que faça jus aos lucros cessantes deve fazer prova de que naquele tempo em que ficou afastado ele receberia determinados valores. Tal prova falando-se em lucro cessante, é muitas vezes fácil de produzir, todavia, nos casos de perda de uma chance exigir tal prova seria o mesmo que inviabilizar a indenização por tal dano. No caso do advogado que perde o prazo para interpor o recurso, não tem como a vítima produzir provas de que obteria o resultado almejado (a vitória na demanda), tendo em vista os vários fatores aleatórios que podem influenciar o seu resultado⁵¹.

Desta forma, entender o dano pela perda de uma chance, como sendo um lucro cessante, faria com que fosse necessário a produção de provas da obtenção da vantagem almejada, que por via de consequência, inviabilizaria a responsabilização pela perda de uma chance.

Na seara do dano material há ainda uma corrente doutrinária que afirma ser o dano pela perda de uma chance um dano emergente. Entre os que defendem este ponto de vista está Adriano De Cuspis⁵², e na Doutrina Brasileira, seguindo os ensinamentos do doutrinador italiano, encontra-se Sérgio Savi⁵³. Para estes autores por ter a chance um valor próprio

51FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019

52FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019

53HORA, Raphael Moreira –Responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro e sua aplicação nos tribunais pátrios. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista->

distinto do dano final, o dano pela perda de uma chance se assemelha a qualquer outro caso de dano emergente.

Segundo Sérgio Savi⁵⁴, sendo a chance uma propriedade anterior da vítima, a conduta do ofensor que a subtrai, retira da vítima uma importância que esta teria no momento em que o fato danoso se verifica, havendo um nexo casual claro entre a conduta do ofensor e o dano, e desta forma não existira qualquer diferença entre a perda de uma chance e os outros casos de dano emergente.

Ocorre, contudo, que os argumentos tecidos pelos renomados autores em favor da natureza jurídica de dano emergente só se aplicam a uma das modalidades de perda de uma chance.

Os casos de perda de uma chance se subdividem em duas modalidades: os casos em que o processo aleatório chega ao seu final, e os casos em que o processo aleatório é interrompido antes do seu final.

Pois bem, os argumentos tecidos pelos renomados autores só se aplicam aos casos em que o processo aleatório é interrompido antes do seu final. Nos casos em que o processo aleatório chega ao seu fim, para que haja a responsabilização pela perda de uma chance é necessário que ocorra o dano final, e assim, nestes casos o dano pela perda de uma chance é dependente do dano final⁵⁵. É por causa dessa dependência que a natureza jurídica de dano emergente não se enquadra aos casos em que o processo aleatório chega ao seu fim.

Os casos de dano emergente não ficam a depender da ocorrência de um evento futuro. No momento do ato ilícito ele se concretiza, independentemente de qualquer acontecimento posterior. Diferentemente ocorre nos casos em que o processo aleatório chega ao seu final, onde o dano pela perda de uma chance fica a depender da ocorrência de um evento futuro, que no caso é o dano final. Sem o dano final, não haverá o dano pela perda de uma chance⁵⁶.

171/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance-no-direito-brasileiro-e-sua-aplicacao-nos-tribunais-patrios/ Acesso em 20 de outubro de 2020.

54HORA, Raphael Moreira –Responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro e sua aplicação nos tribunais pátrios. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance-no-direito-brasileiro-e-sua-aplicacao-nos-tribunais-patrios/> Acesso em 20 de outubro de 2020.

55FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

56FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019

Destarte, por causa dessa dependência que há entre o dano final e o dano pela perda de uma chance, a natureza jurídica de dano emergente não se enquadra aos casos em que o processo aleatório chega ao seu fim.

Conseqüentemente a classificação como dano emergente ao dano pela perda de uma chance não parece ser a mais correta, tendo em vista que só leva em consideração uma das modalidades de dano pela perda de uma chance, e tanto uma como outra modalidade devem ser aplicadas.

No mais, a perda de uma chance não gera só efeitos patrimoniais, mais também efeitos extrapatrimoniais, claro, portanto, que a chance em si considerada tem o seu valor econômico, mas fácil ainda é a consideração do valor psicológico e emocional da chance.

Em alguns casos quando se perde uma chance os efeitos dessa perda podem refletir tanto na esfera patrimonial, tanto na esfera extrapatrimonial, como em ambas as esferas.

Um bom exemplo que demonstra que o dano pela perda de uma chance pode causar efeitos tanto na esfera patrimonial, quanto na esfera extrapatrimonial, é o do jovem violonista. O jovem já ganhou vários prêmios e é visto no meio musical como a promessa de um grande músico, no entanto, em virtude de um acidente de trânsito causado por um terceiro, o jovem violonista perde, permanentemente, o movimento de um dos braços. Impossibilitado de um dos braços, o jovem violonista perde a chance de seguir com a sua carreira, e tal perda refleti tanto na esfera patrimonial do jovem, quanto na esfera extrapatrimonial.

Não podendo mais seguir com a sua carreira o jovem violonista não mais irá se tornar um grande músico, e conseqüentemente, não irá receber os valores que um músico de expressão receberia⁵⁷. Por outro lado, o jovem músico viu todas as suas metas, objetivos e sonhos serem destruídos de uma hora para outra, tal fato, mais do que natural, pode gerar, angústia, dor, sofrimento e transtornos psicoemocionais.

Destarte, resta claro que o dano pela perda de uma chance não só repercute na esfera patrimonial da vítima mais também pode gerar efeitos na esfera extrapatrimonial.

Via de conseqüência tal fato serve também para afastar os argumentos daqueles que afirmam que o dano pela perda de uma chance tem a natureza jurídica de dano moral.

57FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

Antônio Jeová dos Santos defende a perda de uma chance trata-se de um dano moral e enumera diversos casos de perda de uma chance, e após conclui o seguinte⁵⁸:

Tem-se como perda de uma chance passível de indenização, a título exclusivamente não patrimonial, o acidente que deixa a pessoa inepta para o sexo. Esse fato retira o prazer e a possibilidade de relacionamento, íntimo com pessoa de quem se goste, e impede o surgimento de prole. A extirpação de um braço impede o desenvolvimento de atividades esportivas. Não mais poderá a vítima praticar esportes, fazendo surgir funda angústia. A ausência de visão impedirá o prazer da leitura, por exemplo, retirando do ofendido a capacidade de desenvolver-se intelectualmente e espiritualmente.

Ocorre que como supra exposto, o dano pela perda de uma chance pode causar efeitos só na esfera extrapatrimonial, só na esfera patrimonial, ou em ambas as esferas. Um exemplo em que fica claro que o dano pela perda de uma chance não se trata de um dano moral, é o caso do advogado que perde o prazo para interpor uma apelação em uma demanda em que se discute a cobrança de uma dívida.

A perda da chance de ver o recurso reconhecido e provido só afeta a esfera patrimonial da vítima, não tendo nenhum efeito sobre a esfera extrapatrimonial.

Destarte, tanto a natureza jurídica de dano emergente, quanto a natureza jurídica de dano moral, não são compatíveis com o dano causado pela perda de uma chance, tendo em vista que a perda de uma chance não só gera efeitos patrimoniais ou extrapatrimoniais, podendo refletir tanto em uma esfera quanto em outra.

Deste modo, pelas peculiaridades que apresenta, e por poder gerar efeitos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais, o dano pela perda de uma chance trata-se de um novo tipo de dano.

Sílvio de Salvo Venosa defende que o dano pela perda de uma chance é um novo tipo de dano: “(...) pode ser considerada uma terceira modalidade de indenização, ao lado do lucro cessante e dos danos emergente, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento”⁵⁹.

O raciocínio do renomado autor está correto quando enquadra a perda de uma chance como sendo uma nova modalidade de dano, entretanto, ao afirmar que a perda de uma chance estaria ao lado do lucro cessante e dos danos emergentes, dá a entender que o dano pela perda

58FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019

59FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

de uma chance estaria dentro do gênero “dano material”, e como visto anteriormente, o dano pela perda de uma chance pode gerar efeitos extrapatrimoniais.

Por poder gerar danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais, o correto seria enquadrar à perda de uma chance numa categoria autônoma, adversa a dicotomia existente entre dano material e dano moral. Assim, os danos seriam classificados de acordo com as seguintes modalidades: (A) dano material, que se subdivide em dano emergente e lucro cessante; (B) dano moral; (C) e perda de uma chance.

Desta forma, resta claro que pelas peculiaridades que a envolvem, e por poder gerar efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais, a perda de uma chance não se enquadra em nenhuma das modalidades clássicas de dano, tratando-se na verdade de uma nova modalidade, que não pertence à dicotomia existente entre dano material e dano moral⁶⁰.

3.3 CRITÉRIO DE FIXAÇÃO PARA INDENIZAÇÃO

Nos casos de perda de uma chance, o dano causado pela conduta do ofensor não foi a perda da vantagem esperada, mas sim, a perda da própria chance em si considerada. Destarte, nos casos de perda de uma chance, a indenização deve ser pela perda da oportunidade, e não pela perda da vantagem almejada⁶¹.

Sérgio Savi após estabelecer que a chance por si só considerada tem o seu valor, conclui que é “o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade⁶²”.

No mesmo sentido é o entendimento de Miguel Kfoury Neto, ao afirmar que “a reparação, no entanto, não é integral, posto que não se indeniza o prejuízo final, mas sim, a

60FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos.** Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

61FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos.** Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

62JMN JurisCalc – Marlene e Manoel Nunes – Teoria da perda de uma chance: surgimento, conceito e parâmetros de aplicação – Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68559/teoria-da-perda-de-uma-chance-surgimento-conceito-e-parametros-de-aplicacao> Acesso em 20 de outubro de 2020.

chance perdida”⁶³. Desta forma, se o dano causado pelo o ofensor foi a perda de uma chance, é por ela que ele deve ser obrigado indenizar, não pela perda da própria vantagem.

Portanto, a chance tem o seu próprio valor econômico, distinto do valor da vantagem almejada, e por representar uma expectativa da obter o resultado favorável, logicamente o seu valor será inferior à vantagem esperada.

Assim, a indenização pela perda de uma chance sempre será inferior ao valor da vantagem almejada. O valor do resultado útil esperado sempre será o limite para as indenizações pela perda de uma chance. Nunca poderá existir condenação a título de dano pela perda de uma chance, superior ou igual ao valor da vantagem esperada⁶⁴.

Nesse sentido Serio Cavaliere Filho após afirmar que a indenização pela perda de uma chance deve corresponder ao seu valor, e não ao valor da vantagem esperada, estabelece que “a chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização”⁶⁵. Desta forma, em todos os casos concretos haverá um limite para a indenização pela perda de uma chance, que será o valor da vantagem almejada ou o valor do prejuízo final sofrido. Destarte, resta claro que a indenização pela perda de uma chance tem o seu limite definido pelo valor da vantagem esperada, resta saber como será determinado o *quantum* desta indenização.

O cálculo para se chegar indenização pela perda de uma chance, será a incidência da probabilidade da chance obter êxito sobre o valor da vantagem esperada. Por exemplo, um sujeito perdeu a chance de ganhar um prêmio de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Como ele concorria a tal prêmio com mais 3 pessoas, sua probabilidade de ganhar o prêmio era de 25% (vinte cinco por cento)⁶⁶. Dessa forma, a indenização que ele terá direito será de R\$ 125.000,00 (cento e vinte cinco mil reais), pois é o resultado do cálculo da probabilidade que

63JMN JurisCalc – Marlene e Manoel Nunes – Teoria da perda de uma chance: surgimento, conceito e parâmetros de aplicação – Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68559/teoria-da-perda-de-uma-chance-surgimento-conceito-e-parametros-de-aplicacao> Acesso em 20 de outubro de 2020.

64JMN JurisCalc – Marlene e Manoel Nunes – Teoria da perda de uma chance: surgimento, conceito e parâmetros de aplicação – Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68559/teoria-da-perda-de-uma-chance-surgimento-conceito-e-parametros-de-aplicacao> Acesso em 20 de outubro de 2020.

65FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

66FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

ele tinha de ganhar o prêmio (vinte cinco por cento) sobre o valor da vantagem esperada (quinhentos mil reais)⁶⁷.

Carlos Roberto Gonçalves ao abordar a forma de se quantificar o dano pela perda de uma chance também afirma que o cálculo “deverá partir do resultado útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada”⁶⁸.

Destarte, a indenização pela perda de uma chance será fixada pela probabilidade da chance obter êxito sobre o valor da vantagem esperada.

Em alguns casos será mais difícil a fixação do *quantum* da indenização, pois ou valor da vantagem esperada não é um valor determinado, ou a probabilidade da chance obter o resultado não é tão clara. Nesses casos, o magistrado deverá por equidade, e pautado pelo princípio da razoabilidade, conferir a indenização que mais se adéque ao caso concreto, estabelecendo um valor à vantagem esperada, ou determinando qual a probabilidade que a chance tinha de obter o resultado útil almejado.

Desta forma, os parâmetros para a indenização pela perda de uma chance são os seguintes: (1) a indenização sempre será inferior a vantagem esperada; (2) o *quantum* dessa indenização será calculada através da probabilidade da chance obter resultado sobre o valor da vantagem almejada; (3) nos casos em que o valor da vantagem esperada não for determinado, ou a probabilidade da chance não aparecer simplesmente através de um operação matemática, o magistrado por equidade, e pautado pelo princípio da razoabilidade, estabelecerá o valor da vantagem esperada, e determinará a probabilidade da vítima obter o resultado, conferindo dessa forma a indenização que mais se adéque ao caso concreto⁶⁹.

Essas são as regras gerais aplicáveis em qualquer caso de perda de uma chance. Em muitos casos o aplicador do direito só precisará socorrer a tais parâmetros para determinar a indenização no caso concreto. No entanto, algumas situações apresentarão singularidades, onde o magistrado para chegar ao *quantum* da indenização terá que utilizar uma regra especial⁷⁰.

67FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos.** Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

68FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos.** Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

69FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos.** Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

70FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos.** Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

Existem algumas situações de perda de uma chance onde a obtenção da vantagem esperada dependerá de mais de um fator aleatório. Em tais casos, a vítima só teria obtido a vantagem almejada, se tivesse logrado êxito em todos os eventos aleatórios. Por exemplo, uma determinada pessoa foi proibida injustamente de participar de um concurso público. Este concurso era constituído de duas fases eliminatórias. Assim, para que a vítima obtivesse a vantagem esperada (passar no concurso e obter um determinado cargo público), teria que lograr êxito no primeiro evento aleatório (passar na 1º fase do concurso), como também no segundo evento aleatório (passar na 2º fase do concurso)⁷¹.

Nessas situações onde há mais de um fator aleatório, a chance da vítima obter a vantagem esperada decresce, e tal diminuição deverá refletir na indenização. Diante de tal problemática, Joseph King Jr. criou uma regra específica, que leva em consideração todos os eventos aleatórios no momento da quantificação do dano⁷². Para este autor, o aplicador do direito deverá pegar as probabilidades de êxito em cada evento aleatório e multiplicá-las, o resultado de tal operação é que deverá incidir sobre o valor da vantagem esperada.

No caso do exemplo dado acima, caso a probabilidade de êxito na 1º fase do concurso fosse de 80% e na 2º fase fosse de 50%, o percentual de probabilidade que iria incidir sobre a vantagem esperada seria de 40% (80% x 50%)⁷³.

Desta forma, nos casos em que há mais de um evento aleatório, para que a indenização seja majorada corretamente, o cálculo criado por Joseph King Jr. deve ser utilizado. Assim, todas as vezes em que a chance da vítima depender de mais de um fator aleatório, as probabilidades de êxito em cada evento aleatório devem ser multiplicadas, e só então, a probabilidade resultante de tal operação deverá incidir sobre o valor da vantagem almejada⁷⁴.

Neste tópico foi abordada uma situação singular onde há a necessidade da aplicação de uma regra específica para a quantificação do dano pela perda de uma chance, pois o presente tem objetivo de abordar todas as possibilidades acerca do tema.

71FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos.** Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

72FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos.** Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

73FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos.** Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

74FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos.** Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

CONCLUSÃO

Conclui-se, sobretudo, que resta evidente que não são todas as chances que serão indenizadas, mas só aquelas sérias e reais. Aquelas que se apresentem com probabilidades ínfimas de êxito não devem ser reparadas, sob o risco de se estar reparando sonhos, desejos e até mesmo casos de oportunismo.

Desta feita, o presente não pretende afirmar que a perda de uma chance não dever ser indenizada, muito pelo contrário, o que se pretende afirmar é que a chance deve se apresentar séria e real no caso concreto para que a vítima faça jus à devida indenização.

E no tocante a indenização, haverá casos em que a sua fixação pelo juiz será mais fácil, apresentando-se muitas vezes como um mero cálculo matemático, e em outros não. Nessas situações mais difíceis o juiz deve valer da equidade para arbitrar o valor justo ao caso sob exame.

Contudo, o que deve ser sempre levado em consideração é que a indenização é pela perda da chance e não pela vantagem esperada. Tendo isso em vista, a indenização nunca deverá ter o valor da vantagem final esperada. Na verdade, o valor do resultado útil esperado apresenta-se como um limite para a justa indenização pela perda de uma chance.

Por fim, com o devido respeito ao que adotam entendimento contrário, a razão parece estar com aqueles que entendem o dano pela perda de uma chance como um dano autônomo, distinto dos demais danos já existentes, configurando uma nova espécie de lesão, haja vista a sua capacidade de gerar repercussões na esfera patrimonial e extrapatrimonial da vítima.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei 10.406 de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 31.10.2019.
CARIN, Samuel. **Direito Civil.** Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47382/teoriassobreonexodecausalidadenaresponsabilidade-civil-e-no-direito-penal-um-dialogo-possivel>. Acesso em 17,11.2019.

COUTO, Rafael. **Os Elementos Necessários Para Caracterização da Responsabilidade Civil.** Disponível em <https://rafaghovatto.jusbrasil.com.br/artigos/325947447/os-elementos-necessarios-para-caracterizacao-da-responsabilidade-civil>. Acesso em 17.11.2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**, v. 7., 21. ed.rev.e atual.de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIA, Raphael – Perdeu a chance de algo? O que fazer? – Disponível em: <https://raphaelgaria.jusbrasil.com.br/artigos/422168311/perdeu-a-chance-de-algo-o-que-fazer#:~:text=Tamb%C3%A9m%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20temameio%20a%20da%20empresa%20contratada>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

FERRARA, Gabrielle Gazeo – **Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance:** quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+d+a+perda+de+uma+chance+quando+uma>. Acesso em 17.11.2019.

FILHO, Jeová Miguel da Silva. **Temas Diversos**. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49286/aspectos-praticos-e-academicos-sobre-ateoria-da-perda-de-uma-chance-seriedade-quantum-indenizatorio-e-natureza-juridica-do-dano>. Acesso em 18.11.2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. III: Responsabilidade Civil. , 4.ed.rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

HORA, Raphael Moreira –Responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro e sua aplicação nos tribunais pátrios. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance-no-direito-brasileiro-e-sua-aplicacao-nos-tribunais-patrios/> Acesso em 20 de outubro de 2020.

JMN JurisCalc – Marlene e Manoel Nunes – Teoria da perda de uma chance: surgimento, conceito e parâmetros de aplicação – Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68559/teoria-da-perda-de-uma-chance-surgimento-conceito-e-parametros-de-aplicacao> Acesso em 20 de outubro de 2020.

LEITE, Marcia de Oliveira. **A responsabilidade civil e os danos indenizáveis**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civil-danos-indenizaveis>. Acesso em: 30 de out. de 2019.

LEITE, Vitor Emanuel Castro. **Fato Típico: Conduta**. Disponível em <https://castro96.jusbrasil.com.br/artigos/541194610/fato-tipico-conduta>. Acesso em 18 de nov. 2019.

MARANHÃO, Ney. **Responsabilidade Civil Contemporânea:** influência constitucional e novos paradigmas. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/21818/responsabilidade-civil-contemporanea-influencia-constitucional-e-novos-paradigmas/3>. Acesso em 17.11.2019.

PINTO, Gustavo Neves, **Responsabilidade Civil Subjetiva**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/66861/responsabilidade-civil-subjetiva>. Acesso em 19.11.2019.

FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **A Responsabilidade Objetiva no Código Civil**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI916,11049A+responsabilidade+objetiva+no+novo+Codigo+Civil>. Acesso em 17.11.2019.