

**A PERDA DE UMA CHANCE:
INDENIZAÇÃO ATRAVÉS DA PROBABILIDADE DE FATOS**

**LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD:
COMPENSACIÓN MEDIANTE PROBABILIDAD DE HECHOS**

**MISSING A CHANCE:
COMPENSATION THROUGH PROBABILITY OF FACTS**

Davi Pereira de Souza

<https://orcid.org/0009-0007-3692-3674>

Centro Universitário de Barra Mansa - UBM, Curso de Direito
Barra Mansa – Rio de Janeiro - Br
Acadêmico
E-mail: davips79@gmail.com

Ana Maria Dinardi Barbosa Barros

<https://orcid.org/0000-0001-8738-2731>

Centro Universitário de Barra Mansa - UBM, Curso de Direito
Titulação: Mestre
Cargo: Professora
Barra Mansa – Rio de Janeiro - Br
E-mail: annadinardi@hotmail.com

ARTIGO CIENTÍFICO
Submetido em: 23/04/2023
Aprovado em: 15/05/2023

RESUMO

O tema abordado nesse artigo é uma nova forma de interpretação da responsabilidade civil: a teoria da perda de uma chance nascida na França. O surgimento da referida teoria é uma evolução da responsabilidade civil devido a quantidade de fatos que ocorrem na sociedade, prejudicando a vida de uma pessoa, privada da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo. Sendo assim, o objeto desse trabalho consiste em analisar os principais aspectos e aplicabilidade dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro diante da inexistência de previsão legislativa. A metodologia usada foi a pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias, artigos científicos, jurisprudências entre outros.

Palavras-Chave: Perda de uma chance. Ordenamento jurídico brasileiro. Responsabilidade civil. Dano. Culpa.

RESUMEN

El tema abordado en este artículo es una nueva forma de interpretar la responsabilidad civil: la teoría de la pérdida de una oportunidad nacida en Francia. El surgimiento de esta teoría es una evolución de la responsabilidad civil debido a la cantidad de hechos que ocurren en la sociedad, perjudicando la vida de una persona, privada de la oportunidad de obtener una determinada ventaja o de evitar un daño. Por lo tanto, el objeto de este trabajo es analizar los principales aspectos y la aplicabilidad de esta teoría en el ordenamiento jurídico brasileño frente a la falta de previsión legislativa. La metodología utilizada fue la investigación bibliográfica en fuentes doctrinales, artículos científicos, jurisprudencia, entre otros.

Palabras clave: Pérdida de una oportunidad. ordenamiento jurídico brasileño. Responsabilidad civil. Daño. Falla.

Palavras Clave: Pérdida de una oportunidad. ordenamiento jurídico brasileño. Responsabilidad civil. Daño. Falla.

ABSTRACT

The theme addressed in this article is a new way of interpreting civil liability: the theory of loss of a chance born in France. The emergence of this theory is an evolution of civil liability due to the number of facts that occur in society, harming a person's life, deprived of the opportunity to obtain a certain advantage or to avoid damage. Therefore, the object of this work is to analyze the main aspects and applicability of this theory in the Brazilian legal system in the face of the lack of legislative provision. The methodology used was bibliographic research in doctrinal sources, scientific articles, jurisprudence, among others.

Keywords: Loss of a chance. Brazilian legal system. Civil responsibility. Damage. Fault.

1 INTRODUÇÃO

Quando a chance é subtraída da parte, ela perde a oportunidade de atingir um resultado da qual tem interesse ou também em evitar que algo indesejado ocorra. Mesmo sendo incerto seu resultado, o fato é que com a supressão dessa oportunidade, ela não existirá.

Com a evolução dos pressupostos da responsabilidade civil, existe uma necessidade da prova do dano e a demonstração do nexos causal entre a conduta e o dano. Isso gera obstáculos em determinar a indenização quando alguém, por uma ação dolosa ou culposa, que impede a expectativa de outra pessoa em atingir um determinado objetivo, que seria em obter uma vantagem ou de não ter um prejuízo.

Porém, nem sempre o sucesso é efetivado, não podendo se comprovar a existência de um dano e, por isso, é negada qualquer indenização, o que gera uma sensação de injustiça.

São fatos como esses que se tornam argumentos para a responsabilidade civil fundamentar onde o direito moderno denomina "teoria da perda de uma chance" ou "teoria da perda de chance", a qual não é explícito Código Civil.

Nesse caso, temos um fundamento fático junto ao sentimento de frustração em virtude decorrente de um comportamento ilícito, injusto e censurável praticado por alguém que interrompe o fluxo natural dos eventos, impedindo que a parte possa obter determinada vantagem ou de ser evitar algum prejuízo.

Nesse artigo abordamos a teoria, trouxemos seu histórico e trabalhamos os pressupostos da responsabilidade civil, tais como conduta, nexos causal, dano, abordamos a perda da chance como possibilidade de auferir uma vantagem, a perda da chance pela omissão do agente, trouxemos o que seria a chance, o dano moral e o dano material relacionados a perda e a quantificar a indenização pela perda da chance e o problema da reparação integral da chance perdida.

2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

2.1 BREVE HISTÓRICO

A teoria surgiu em 1965, numa decisão da Corte de Cassação Francesa, sobre o recurso que responsabilizava a conduta de um médico que teria diagnosticado erradamente o paciente, acarretando a perda das chances de se curar de uma doença. (GONDIM, 2005, p. 21/22).

Foi com esse paradigma que surgiram diversas decisões nesse sentido, como a proferida em 1969, sendo analisado o caso de um paciente operado de apendicite, que veio a falecer. Comprovou-se que o médico teria agendado a cirurgia sem qualquer exame pré-operatório, o que poderia evitar o falecimento desse paciente. (GONDIM, 2005). Outro fato, em 1979, foi o julgamento em que uma senhora faleceu logo no fim de uma intervenção cirúrgica, ocasionada por convulsões devido ao uso de anestesia local a base de xilocaína. A indenização foi pelo fato do cirurgião ter pleno conhecimento que a anestesia poderia causar convulsões, tendo o dever

de convocar um anestesista para acompanhá-lo na cirurgia. A indenização então não seria pela morte do paciente, mas sim pela possibilidade da chance de sobrevivência. (GONDIM, 2005). Com isso, a Corte de Cassação Francesa adotou essa teoria baseada na conduta culposa do agente e o dano causado à vítima, independente da configuração do nexa causal. Sendo assim, a teoria originou-se, inicialmente, no campo médico, baseado na dificuldade de configuração do nexa de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

No Brasil, temos como paradigmático deste tema o REsp 788.459/BA do ano de 2005 do programa "Show do Milhão", ao qual a autora alegava ter perdido a chance de ganhar um milhão de reais em razão da pergunta final não ter resposta correta. O acórdão condenou a ré ao pagamento de indenização aplicando a teoria da perda de uma chance, por ter ficado demonstrado que a autora teria perdido a oportunidade de ganhar no programa e levar o prêmio por culpa da ré que elaborou pergunta sem resposta. (BRASIL, 2005)

Transcrevo aqui parte do acórdão, do Ministro Fernando Gonçalves que entendeu que o caso era de perda de uma chance:

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão".(...)Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma probabilidade matemática"de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$_TTREP_1446 (cento e vinte e cinco mil reais). (BRASIL, 2005)

Temos o fato que ocorreu com o maratonista Vanderlei Cordeiro de Lima que liderava a maratona olímpica de 2004, faltando seis quilômetros do final, o atleta foi surpreendido por um homem que o lançou contra o público, acarretando a perda de preciosos segundos e de sua

concentração na prova, sendo ultrapassado por outros dois atletas que vinham logo atrás. Essa distância que o separava colabora de certa forma, em afirmar que Vanderlei ganharia a prova se não fosse esse incidente. É inegável que essa conduta interrompeu a trajetória normal da prova antes que a vitória se concretizasse, retirando de Vanderlei, a expectativa de vencer a maratona. (ARAI, 2021)

Para Sérgio Cavalieri Filho a chance perdida reparável deverá ser caracterizada em prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado e não hipotético. Será preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. Logo, a vantagem esperada pelo lesado não poderá consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário seriam beneficiados os oportunismos, e não seria reparado as oportunidades perdidas. (CAVALIERI, 2012)

Diante o conceito de responsabilidade civil, a teoria da perda de uma chance abrange não só os danos causados à pessoa, mas também o desaparecimento da probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro. É a modalidade autônoma de dano, que permite a reparação em decorrência da subtração da possibilidade séria e real que tinha a vítima de obter, futuramente, um benefício, evitar ou minimizar determinada situação prejudicial, independentemente da certeza absoluta do resultado final. (DIAS, 2021)

Sendo assim, foi entendida como aplicação correta da teoria da perda de uma chance, analisando não só a seriedade da chance, mas como também analisar a complexidade da problemática apresentada pela teoria.

2.2 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A teoria da perda de chance se insere no campo da responsabilidade civil junto com os danos materiais e morais.

A doutrina tradicional ou teoria clássica da responsabilidade civil aponta três pressupostos ou elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade civil. São eles: a ação ou omissão culposa do agente, o dano e o nexo de causalidade entre a ação e prejuízo sofrido pela vítima. (ARAI, 2021)

A responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro foi construída numa regra geral subjetivista onde os pressupostos são fundados na conduta, nexo causal, culpa e dano. Essa sistemática pode ser vista no art. 927, *caput*, do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2002)

No entanto, essa estrutura nem sempre foi ou é suficiente para responder as variáveis situações no sistema processual, o que daria origem à teoria do risco e a própria

responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, do CC e arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo). (BRASIL, 1990)

2.3 CONDUTA

A conduta corresponde numa ação (positiva) ou omissão (negativa), sendo voluntária (dolosa) ou involuntária (culpa: negligência, imprudência ou imperícia), de forma ilícita ou por ato lícito nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, assim como em situações pelo dever de indenizar decorrente de atividades lícitas praticadas em estado de necessidade, conforme art. 188, II, do CC/2002, sendo o autor obrigado a indenizar o dono da coisa, como art. 929 do CC/2002. (BRASIL, 2002)

A chance numa situação natural dos fatos propiciaria a oportunidade de no futuro ter certo resultado positivo. A perda de chance corresponde na interrupção desse caminho natural dos fatos em virtude dessa conduta antijurídica do agente que privaria essa oportunidade. (ARAI, 2021)

Na perda de chance a conduta é o comportamento humano que retira da parte a chance que ela teria.

2.4 NEXO CAUSAL

O problema na aplicação da teoria da perda de chance seria o fato de se demonstrar o nexo causal entre a conduta do agente e o dano.

Seria preciso que este dano seja causado pela conduta do agente, existindo entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, o ato praticado deverá ser a causa do dano, aonde o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado disso.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.49):

É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do nexo causal.

Analisando o nexo causal, temos também o envolvimento de critérios como oportunidade, equidade, certeza do direito e justiça social, motivo pelo qual a responsabilidade por ato ilícito consiste em definir, dentre outros eventos danosos, quais deveriam ser transferidos do ofendido para o autor do dano, conforme o entendimento de justiça e da equidade dominante na sociedade.

Porém, independente da teoria que seja adotada, o fato ao ser apresentado ao juiz, caberá a este, analisando o caso concreto e junto às provas, interpretá-las, verificando se houve a privação do direito alheio, sendo o resultado danoso, e se existe o nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano cometido. (ARAI, 2021)

2.5 DANO

Dano, no ordenamento jurídico, é o prejuízo patrimonial (material) sobre um bem ou o interesse já existente (dano emergente) ou ainda um bem ou interesse que se vislumbra no futuro (lucro cessante). Existe também o prejuízo causado à personalidade, à imagem ou na estética denominados como dano moral ou extrapatrimonial.

Logo, aplicando a teoria da diferença, o prejuízo a ser apurado corresponderia na diferença entre o valor atual do patrimônio da parte e aquilo que teria caso não houvesse ocorrido o fato ilícito. Para a perda de chance, a dificuldade em mensurar o prejuízo decorre do fato de que não seria possível afirmar qual seria o patrimônio da parte sem a conduta ilícita do agente, pois o resultado favorável está sujeito a uma análise de caso a caso.

No âmbito da responsabilidade civil, o que seria indenizável pela perda de uma chance é a probabilidade efetiva de obter um resultado legitimamente esperado e que foi impedido pelo comportamento ilícito e injusto do agente causador do dano. A frustração do benefício poderia acontecer no futuro (dano futuro). É possível também a frustração da possibilidade de se evitar um prejuízo que se efetivou (dano presente). (ARAI, 2021)

O dano da perda de chance se verifica pela oportunidade ceifada em obter no futuro o benefício que se pretendia, ou de se evitar o prejuízo que ocorreu.

Com a teoria da perda de chance seria garantido à parte na reparação da expectativa frustrada indevidamente pelo agente causador.

Existe ainda a corrente doutrinária que coloca a perda de uma chance como terceiro gênero de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Cabendo analisar o deverá ser feita em cada caso, com critério equitativo e distinguindo a mera possibilidade da probabilidade. De qualquer forma, a indenização deve corresponder à própria chance, que o juiz apreciará no caso concreto, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance, cuja natureza é sempre um problemática na sua realização. (CAVALIERI, 2012)

2.6 A PERDA DE CHANCE TRAZENDO A PROBABILIDADE EM ATINGIR UMA VANTAGEM ESPERADA

Segundo o ilustre Flávio Tartuce (2014, p. 294):

A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. A partir dessa ideia, como expõem os autores citados, essa chance deve ser séria e real.

Logo, a parte espera alcançar vantagem determinada, no entanto, durante essa trajetória é interrompido por ação dolosa ou culposa do agente causador que frustra a possibilidade de atingir esse objetivo. Não há certeza se o resultado seria atingido. Porém, ainda que esse resultado fosse aleatório, devido à conduta antijurídica a parte fica definitivamente impossibilitada. Sendo o resultado certo e não aleatório, a hipótese não seria de indenização por perda da chance, mas de reparação do resultado frustrado.

Seria necessária a relação de causalidade entre a conduta que interrompeu o processo de acontecimentos e a probabilidade, existindo o nexa causal com o resultado final, não sendo o caso de apenas de uma chance.

Dessa forma, o nexa causal deverá existir nessa problemática dando causa a extinção do objetivo que se desejava alcançar e a possibilidade do resultado ocorrer.

2.7 A PERDA DE CHANCE ATRAVÉS DA OMISSÃO DO AGENTE CAUSADOR DO DANO

A análise da conduta não é feita pela interrupção do processo, mas pela interrupção que permitiu a ocorrência de um dano.

O percurso normal dos acontecimentos acarretaria no dano. Logo, a conduta é verificada a partir da não interrupção do processo, levando ao resultado que se pretendia evitar. Isso ocorre devido à inércia do agente que poderia evitar o prejuízo, ou deixando de comunicar de forma adequada e, com isso, a parte perde a oportunidade de tomar certa possível para o caso devido informação necessária para impedir o erro.

Mesmo não havendo a certeza de que a interrupção do processo evitaria o dano, o fato é que com o seu acontecimento nunca se saberá se realmente seria afastado o prejuízo.

Estamos então diante da omissão do agente que deixou de agir para impedir um dano que acabou de ocorrer. Deverá ser analisado o grau dessa probabilidade ao dano que poderia ser evitado, caso fossem adotadas providências que interromperiam o desenvolvimento normal dos acontecimentos.

2.8 A CHANCE

A chance perdida pela parte deverá ser provável o seu alcance, caso não fosse a conduta do agente que impediu o acontecimento futuro. A oportunidade impedida deverá ser provada através da probabilidade de que o benefício poderia surgir. Será necessário avaliar a probabilidade dessa ocorrência do resultado almejado, devendo ser descartado o dano hipotético, eventual. (ARAI, 2021)

Essa probabilidade deverá avaliada quando existe grau de certeza. O julgador deverá estabelecer que a possibilidade perdida constituísse uma probabilidade concreta. A oportunidade, como elemento indenizável, implicaria a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade. Temos o exemplo de quando os tribunais indenizam a morte de filho menor com pensão para os pais até quando este atingiria certa idade, e da probabilidade que ele poderia casar e constituir a própria família.

Com isso, é aplicada tal modalidade de reparação de dano e da teoria da perda de uma chance, se adotando esse raciocínio com elementos de certeza e de probabilidade no julgamento.

2.9 A PERDA DE CHANCE COM RELAÇÃO AO DANO MORAL

O dano da perda de chance se insere ao campo dos danos extrapatrimoniais, ligado à personalidade, decorrendo pela frustração de um interesse da parte, sendo de forma patrimonial ou extrapatrimonial, vindo a pesar a dignidade humana.

Embora a perda de chance possa também imputar na violação de um bem extrapatrimonial, existem distintas situações. Sendo o dano moral decorrente da violação da personalidade da vítima e na perda de chance da probabilidade real de atingir uma vantagem futura e certa ou de se evitar o prejuízo. Logo, teremos situações fáticas em razão da perda de chance além de prejuízos causados ao bem patrimonial, que também podem acarretar danos de natureza extrapatrimoniais, levando sofrimento e dor pela perda na possibilidade em alcançar o resultado esperado. Com isso, não é somente uma fixação de indenização pela perda da chance propriamente dita, como também pelos danos morais sofridos. (ARAI, 2021)

Todos os conceitos tradicionais de dano moral deverão ser revistos com relação a Constituição Federal de 1988. As Constituições elaboradas anteriormente diante a atual sobre questão social, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fazendo dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Com efeito, a par dos direitos patrimoniais, traduzidos numa expressão

econômica, o homem tornou-se titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os direitos da personalidade, ocupando posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, artigos 12 e 22). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana. (CAVALIERI, 2012)

2.10 A PERDA DE CHANCE COM RELAÇÃO AO DANO MATERIAL

Caberá à parte o ônus de provar a probabilidade de que caso não houvesse a interferência do agente causador poderia atingir o resultado pretendido ou evitar que o prejuízo ocorresse. O grau dessa probabilidade influenciará no montante da indenização a ser concedida. A chance perdida corresponderá num bem economicamente avaliável de forma autônomo diverso do resultado aspirado, mas tendo alguma relação com o fato. A natureza desse bem se aproximaria de um dano emergente e não de um lucro cessante.

Logo, o dano emergente compreende no prejuízo causado ao patrimônio ou aos direitos existentes que pertenceriam à vítima desde a ocorrência do fato. O lucro cessante corresponderia aos benefícios que a vítima deixou de obter por causa do ato ilícito, mas que ainda não tinha direito desde a data da lesão.

Ganhar é algo seria incerto, mas com a possibilidade de vencer, a chance existiria, sendo em maior ou menor proporção, quando teria ocorrido o fato em razão do qual ela foi subtraída. Portanto, não se trataria de um lucro cessante vindo de uma possível conquista a qual foi interrompida, mas de certo modo o dano emergente em razão da atual possibilidade dessa vitória que foi impedida.

A chance corresponde a um bem jurídico tendo a parte perdido quando ocorreu a prática do ato ilícito, ou seja, esse bem já faria parte de seu patrimônio e sua subtração corresponderia a um dano atual e presente, ou seja, um dano emergente, o que justificaria sua indenização. Sendo o lucro cessante corresponde àquilo que proporcionalmente foi deixado de ganhar, isso prova a inequívoca relação da causa a esse dano. Portanto, haverá prejuízo no patrimônio futuro e certo, devendo ser provado na ação indenizatória. Todavia, na perda de chance não haveria essa certeza, mas a probabilidade de se atingir determinado resultado. Sendo considerado lucro

cessante a parte terá que comprovar que a vantagem esperada seria, pelo menos, razoavelmente obtida caso não fosse à participação da conduta do agente causador do dano. (ARAI, 2021)

Contudo, fica difícil de enquadrar essa perda como dano emergente, pois esse tipo de dano tem relação com aquilo que a parte efetivamente perdeu e que poderia ser demonstrado economicamente, pois mesmo que a chance seja de fato uma possibilidade real não existiria certa representação monetária propriamente dita.

2.11 QUANTIFICAR A INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CHANCE E O PROBLEMA DA REPARAÇÃO INTEGRAL DA CHANCE PERDIDA

O dano pode ser reparado de duas formas: uma seria restabelecendo a vítima à situação anterior ao dano causado e, na sua impossibilidade, o ressarcimento pecuniário equivalente ao prejuízo sofrido. Então seria necessário apurar a extensão do dano, ou melhor, o prejuízo sofrido pelo patrimônio da vítima ao se estabelecer o montante compensatório da indenização.

A reparação de chances perdidas envolveria a certeza de uma probabilidade. A primeira seria constatada quando da identificação do prejuízo a reparar; e a outra no momento de mensurar o prejuízo.

No caso da chance perdida, a reparação apresentaria grande dificuldade de ser quantificado, por se tratar de uma probabilidade, sendo difícil considerar a sua reparação como restituição in natura, com isso, o ressarcimento em pecúnia seria a forma mais comum de reparação ao dano. (GONDIM, 2010)

Em decorrência disso, o valor da indenização teria uma relação com a própria chance real ao que foi ceifada, não sendo mera esperança subjetiva, nem mesmo por se confundir com o equivalente ao benefício esperado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da perda de chance está se tornando uma resposta do ordenamento jurídico brasileiro, como uma forma de responsabilizar aquele quem causou o dano, devido a sua conduta praticada. Pelo princípio da reparação integral do dano, arts. 403 e 944 do Código Civil, a parte tem a possibilidade de ser restituída da oportunidade ceifada, mesmo não sendo possível afirmar que o poderia ser efetivamente alcançado. (BRASIL, 2002). A indenização não é por ter atingido o resultado almejado, mas pela perda da possibilidade em sua efetivação.

Entretanto, deve se observar que na aplicação dessa teoria se verifica alguns limites, tendo em vista que não é qualquer possibilidade perdida passiva de indenização pela parte, devendo ser demonstrado que não se trata apenas de uma suposição, mas provar da

probabilidade concreta de ter perdido a vantagem ou de evitado o prejuízo. Não sendo provado essa possibilidade, o pedido de indenização deve ser indeferido.

Ainda não temos consenso doutrinário e jurisprudencial com relação a parâmetros da natureza da perda de chance. Por isso, doutrina perda de chance perdida pode ser considerada como um patrimônio anterior da vítima, sendo um bem material ou imaterial perdido em razão da conduta imputável ao agente. Nesse caso, a chance perdida é um dano emergente.

Existe entendimento de que a perda da chance implicaria para a vítima certa frustração com relação da possibilidade de ter algum ganho financeiro, aproximando de lucros cessantes. Alguns ainda sustentam que estamos numa situação de dano moral e outros de uma espécie autônoma de dano extrapatrimonial.

Para aferir o valor de uma indenização é necessário fazer a prova da real probabilidade da vantagem esperada no futuro ou então demonstrar que haveria grande possibilidade de ser evitado o prejuízo sofrido, caso não fosse à interferência do agente que praticou a conduta ilícita (culposa ou dolosa).

Contudo, mesmo a perda de chance não sendo expressamente admitida pelo Código Civil, cabe ao Poder Judiciária avaliar caso a caso de fatos apresentados na justiça, para que seja analisado e reconhecido como uma espécie de dano vista pela doutrina e pela jurisprudência, o que poderá afastar injustiças decorrentes da aplicação do modelo tradicional de caracterização da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

ARAI, Rubens Hideo. Perda de chance (responsabilidade civil). In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord.). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/472/edicao-2/perda-de-chance-%28responsabilidade-civil%29>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. STJ. REsp 788459 / BA. 11/08/2005. Recurso Especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. **Diário da Justiça**. Seção 1. 13/03/2006. p. 334. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006. Acesso em: 15 dez. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da Perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. 2005, ano 94, v. 840, out. 2005. Disponível em: <http://www.gondimadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Teoria-da-perda-de-uma-chance.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. 2010, 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2010. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/23451/dissertacao%20perda%20chance.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jan. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. v.2.

Como referenciar este artigo

BARROS, Ana Maria Dinardi Barbosa; SOUZA, Davi Pereira de. A perda de uma chance: indenização através da probabilidade de fatos. **Revista Científica do UBM**, Barra Mansa, v.00, n.00, p. 000-000, mês/2020. ISSN 1516-4071