SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

PROPOSIÇÕES TEÓRICAS SOBRE A PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL: UM ESTUDO CRÍTICO-COMPARATIVO DAS ESCOLAS FRANCESA, AMERICANA E ITALIANA.

PROPOSITIONS THEORY ON LOSS OF A CHANCE IN BRAZIL: A CRITICAL-COMPARATIVE STUDY OF FRENCH, AMERICAN AND ITALIAN SCHOOLS.

Fabrício Veiga Costa [1]
Dalvaney Aparecida de Araújo [2]

Resumo

A análise da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro torna-se possível a partir da compreensão das escolas italiana, francesa e americana, de modo a compreender quais dessas escolas são aplicadas no Brasil. Por isso, pretende-se verificar, sob o viés da sistemática de análise dos elementos que integram a reparação dos danos, o modo a se indenizar por perda de uma oportunidade a partir de critérios pautados em chances sérias e reais e o método de quantificação baseado no principio da proporcionalidade e projeção de um dano iminente de características concretistas.

Palavras-chave: Perda de uma chance, Responsabilidade civil, Escolas americana, italiana e francesa

Abstract/Resumen/Résumé

The analysis of the liability for the loss of a chance in Brazilian law becomes possible from the understanding of Italian, French and American schools, in order to understand which of these schools are applied in Brazil. Therefore, we intend to verify, under the bias of the systematic analysis of the elements that comprise the repair of damage, so as to compensate for the loss of an opportunity from guided criteria in serious and real chances and the quantification method based the principle of proportionality and projection of an imminent damage concretists features.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Loss of a chance, Civil responsability, Schools american, italian and french

[1] Doutor e Mestre em Direito Processual pela Pucminas. Pós-Doutor em Educação UFMG. Professor do Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna

[2] Mestranda em Direito na Universidade de Itauna

1. INTRODUÇÃO

O objetivo da presente é investigar juridicamente a Teoria da Perda de uma Chance com a finalidade de compreender, inicialmente, seus fundamentos teóricos no contexto analítico e crítico-comparativa das escolas francesa, americana e italiana para, assim, averiguar quais proposições advindas das respectivas escolas se aplicam no Brasil

Toda manifestação comportamental humana pode promover reflexos nos domínios da vida social e consequentemente no âmbito jurídico. Isso é uma constante no mundo hodierno ante a tecnologia, a globalização e a própria densidade dos povos. Essa intensificação de relações humanas remete a colisão de direitos e faz com que, a cada momento, alguém seja lesado em sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial, ensejando, pois, o dever de reparação (*a priori)* para se restabelecer um equilíbrio.

Essas ocorrências naturais de conflitos em sociedade resultam em um evento danoso que pode consistir em um comportamento voltado para a não percepção de uma vantagem esperada. Em outros termos, a uma situação em que uma pessoa se vê privada da oportunidade de auferir determinada vantagem ou de evitar um prejuízo face à conduta lesiva de outrem. Nisso consiste a perda de uma chance.

Trata-se de uma vantagem esperada advinda de uma mera hipótese de ocorrência de algo que o indivíduo acreditaria ser satisfatória. Contudo, em virtude de uma conduta lesiva de outrem nunca se saberá se ele obteria ou não essa vantagem. Situações como a falha de um diagnóstico feito por um médico ou a não interposição de um recurso por um advogado, a não participação em um evento esportivo ou concurso pela não inscrição ou ocorrência de acidente que impediram que o candidato realizasse o evento remetem à situação da perda de uma oportunidade.

Verifica-se que não se trata de reparar o dano em si e sim a perda da vantagem esperada. O processo foi aniquilado ante a interrupção do processo aleatório e não se sabe o resultado final, apenas a perda da chance. Nessa perspectiva, objetiva-se analisar o instituto a partir pressupostos das teorias americana, francesa e italiana para verificar a aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, pretende-se examinar o instituto da responsabilidade civil e suas especificidades, assim como as teorias inerentes ao nexo de causalidade e a natureza jurídica do tema em estudo, analisando os pressupostos de chances sérias e reais e a fixação do *quantum debeatur.*

Por meio da pesquisa bibliográfica foi possível construir análises temáticas, teóricas, comparativas e críticas do tema perda de uma chance, delimitando-se o objeto da pesquisa mediante a utilização do método indutivo, partindo-se de uma concepção microanalítica (teoria da perda de uma chance) em direção a uma análise macroanalítica (estudo das escolas italiana, americana e francesa e sua aplicabilidade no Brasil).

2. DESENVOLVIMENTO:

A responsabilidade exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo diversas atividades humanas e inúmeras as espécies de responsabilidade que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica para se ligar a todos os domínios da vida social (GOLÇALVES, 2011).

Nos dizeres de Savatier, a responsabilidade civil seria "(...) a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam" (SAVATIER *apud* RODRIGUES, 2006, p. 6).

Decerto que a doutrina não possui um conceito uniforme acerca da responsabilidade civil, possuindo um entendimento uníssono tão somente em relação à obrigatoriedade de reparação do dano. Especificamente acerca da contextualização da responsabilidade civil por perda de uma chance, a doutrina nacional e estrangeira ainda vem estruturando seus conceitos e análises, a primeira de forma pouco incipiente ainda.

A teoria perda de uma chance pauta-se numa suposta vantagem perdida pela vítima, em um benefício que o ofendido esperava auferir, mas, em virtude do dano sofrido, a oportunidade esvaiu-se. Daí advém essa dificuldade em se aferir a certeza do dano. Em virtude disso, em um primeiro momento, esse instituto não era aceito na doutrina italiana. Isso porque, embora consistisse em um fato, não era passível de ressarcimento, haja vista a ausência de um dano efetivo, certo e presente.

Durante muito tempo o dano advindo da perda desta oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito. Isso porque não era possível afirmar com certeza que sem o ato do ofensor a vantagem seria obtida. Ignorava-se a existência de um dano diverso da vantagem esperada. (SAVI, 2006).

A dificuldade em se aferir o dano da perda de uma chance ou mesmo de averiguar sua natureza jurídica na esfera da responsabilidade civil constitui um fator emblemático para a aplicação dessa teoria. Cada doutrina estrangeira utiliza-se de critérios diferentes para analisar o instituto e principalmente permear os entornos do dano causado.

A doutrina italiana vem considerando a perda de uma chance como dano emergente. Em sua concepção, trata-se de um prejuízo patrimonial que a vítima tem em decorrência da perda da oportunidade de se obter determinado lucro ou vantagem devido à interrupção de alguém que tenha ocasionado a perda da vantagem esperada

A esse respeito esclarece Maurizio Bocchiola que:

> Indenizando a perda de uma chance não são violadas as regras segundo as quais o dano deve ser certo para que possa ser levado em consideração pelo direito. De fato, vale repetir, em tais ocasiões não se indeniza a perda de um resultado favorável, mas uma coisa completamente diversa, isto é, se indeniza apenas a perda daquela possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem, a qual, com base na normal prova de verossimilhança exigida pela lei, resultava realmente existente no patrimônio da vítima no momento em que ocorreu a lesão. Então, se a chance já fazia parte dos bens da vítima, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente. (BOCCHIOLA *apud* SAVI, 2006, p. 22).

Já no direito francês, a posição doutrinária dominante concorda com a afirmação de René Savatier de que a utilização da perda de uma chance no terreno médico hospitalar constitui o paraíso do juiz indeciso. Assim, deve ser totalmente rechaçada uma vez que esta representa um desvirtuamento da utilização dos princípios da causalidade civil e um risco para a certeza do sistema. (SILVA, 2013).

Nesse contexto, seria um equívoco, segundo essa corrente, empregar, nos casos de perda de uma chance na seara médica, o conceito de dano autônomo, independente, devendo-se, pois, valer o intérprete da concepção de causalidade parcial.

No direito anglo-saxônico não se considera o elemento *sine qua non* como requisito suficiente para caracterizar o nexo de causalidade de acordo com as teorias. Contudo, apesar de não ser pressuposto essencial, ela é observada, recebendo o nome sob de condição *but for,* que é analisado por meio do processo da *cause-in-fact ou causation as fact.* (KING JR. *apud* SILVA, 2013).

Essa verificação da causa *bur for* é feita pelo método de exclusão, de modo que um fato pode constituir-se em uma condição *but for* e ainda assim não ser considerado como a causa do prejuízo. (PROSSER *apud* SILVA, 2013).

Explicando as teorias, Prosser, citado por Silva (2013) esclarece que a primeira advoga a favor da imitação da responsabilidade do réu partindo da teoria da causalidade relativamente aos danos previsíveis no momento do evento danoso ao passo que a segunda, ao revés, apresenta os danos diretos (e os indiretos previsíveis) como critério de limitação do alcance da responsabilidade do réu. Nesse sentido, a teoria da causalidade no direito americano esta

também imersa na discussão observada no direito brasileiro, caracterizada pelo conflito entre a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direito e imediato. .

A seu turno, a doutrina brasileira ainda é muito incipiente quanto ao estudo da teoria da perda de uma chance. Silva (2013) explicita que a dita teoria encontra-se embasada em duas categorias. A primeira de um conceito específico e independente de dano. A segunda, no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final.

Explica o autor que toda vez que o processo aleatório em que se estava a vítima é interrompido, com a perda definitiva da vantagem esperada e a total aniquilação das chances da vítima, estar-se-á diante de chances perdidas como dano específico e autônomo. Contudo, quando o processo aleatório chegou até o fim – como pode ocorrer na seara médica –, a ação do agente apenas retira algumas chances de a vítima auferir a vantagem esperada, fazendo com que esta ainda possa ser alcançada. (SILVA, 2013).

O direito brasileiro ora adota o instituto da perda de uma chance pautado nas doutrinas francesa e americana – teoria da causalidade –, ora nos moldes traçados pela doutrina italiana – dano emergente ou lucro cessante. E há ainda alguns que já trataram o insituto como dano moral.

A base teórica que se utilizará para a aplicação da teoria da perda de uma chance ou risco induzirá no resultado final do processo. Decerto que o fato das chances perdidas deverem ser sérias e reais constitui uma similitude entre as doutrinas, mas não sua interpretação, tal qual a quantificação do dano a partir de estimativas e probabilidades para uma eventual reparação advinda da perda de uma chance. (SILVA, 2013).

No Direito italiano, considera-se como chances sérias e reais aquelas que atinjam patamar de 50 %,, dependendo da especificidade do caso concreto. E, uma vez consideradas, a quantificação do dano será tratado como dano emergente ou lucro cessante.

Já os operadores de direito norte-americano costumam valer-se do da aplicação do padrão *more likely than not* nos casos inerente ao sistema causal. Por esse procedimento, caso um procedimento médico retire 51% das chances de um paciente sobreviver, estaria identificada a existência do nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano final – perda da vantagem esperada – sofrido pela vítima, tornando inaplicável, assim, a utilização da teoria. (SILVA, 2013).

Ressalte-se que chances meramente hipotéticas não serão objeto de reparação. Não há uma porcentagem específica a ser fixada, vez que se deve ponderar acerca das perspectivas favoráveis ou não em relação à chance da vítima, buscando-se uma proporção, uma estimativa. Afinal, não se indeniza o dano final e sim a perda da vantagem esperada. Daí tem-

se que a reparação pela perda de uma chance sempre será inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.

Dessa forma, por mais que a valoração da vantagem esperada seja feita com base em estudos estatísticos para se analisar a probabilidade da chance perdida e, consequentemente, delimitar uma fixação da quantificação do dano, o certo é que essa questão ainda é mais emblemática quanto se refere ao aspecto prático de aplicação do da teoria da perda de uma chance. Daí, a necessidade de estudar os parâmetros de aplicação desse instituto.

3.**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A teoria da perda de uma chance remete a perda de uma oportunidade ou da obstrução de obter êxito em uma determinada situação hipotética face à conduta lesiva de outrem. A aplicação do instituto não constitui tarefa fácil. Contudo, a difuldade de compreensão e análise da teoria não pode constituir óbice à reparação do dano perpetrado nas condições por ela desenhada.

Nessa perspectiva, o enfoque a ser feito pauta-se no fato das chances serem reais e sérias e não sobre eventual percentagem determinada para qualificá-las como tal. Isso porque serão as especificidades do caso concreto que determinarão se a perda de uma chance é suscetível de ser reparada ou não.

O *quantum debeatur* deverá ser fixado por meio dos estudos de probabilidade e estatística, na qual se especifique todos os elementos da metodologia aplicada, haja vista que se trata da reparação da chance perdida e não do evento final (vantagem esperada). Assim, o valor da chance perdida será menor do que o da vantagem esperada.

Delimitar a abrangência e a aplicação do instituto por meio de doutrinas estrangeiras exige antes do operador do Direita uma apreciação do caso concreto e de uma adaptação à realidade brasileira. Deve-se basear-se no arcabouço teórico dessas doutrinas e não a criação de uma nova teoria e aplicação equivocada de outro método como no caso do dano moral, cujo enfoque diverge dos entornos do objeto em estudo.

Desse modo, considerando a emblemática dos pressupostos – análise de serem as chances sérias e reais e a fixação valoração da vantagem esperada – e a especificidade da legislação brasileira, a delineação dos entornos de aplicação da teoria torna-se uma medida necessária como forma de salvaguardar direitos. Trata-se da oportunidade de elastecer o conceito jurídico de perdas e danos, de modo a ressignificá-lo a partir de proposições jurídicas

anteriormente desconhecidas no Brasil. Ressalta-se, portanto, que o Judiciário brasileiro ainda não sedimentou o entendimento a ser adotado, ou seja, se será a escola francesa, americana ou italiana mas, mesmo assim, conclui-se que o Judiciário tem se baseado na proporcionalidade das perdas e danos concretamente sofridos pela vítima em razão de conduta ilicitamente praticada pelo agente. Ignorar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro é o mesmo que limitar a compreensão crítico-epistemológica do conceito de responsabilidade civil e de perdas e danos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2016.

BRASIL. **Código Civil.** Vade mecum acadêmico de direito. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. 13. ed. Método, 2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** ed**.** São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da . **Responsabilidade civil pela perda de uma chance:** uma análise do direito comparado e estrangeiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.