

PERDA DE UMA CHANCE

Carlos Josias Menna de Oliveira*

A Responsabilidade Civil se torna cada dia mais abrangente e seus braços alcançam incontáveis situações. A medida que evoluímos, e quanto mais a dinâmica da atividade no planeta se expande, mais o cenário se altera e mais riscos surgem. Inevitável, quanto maior a oportunidade de riscos mais se alarga a possibilidade de incidir responsabilidade, quer de natureza civil quer de natureza penal.

Em regra, no que concerne ao tema jurídico, toda e qualquer incidência de responsabilidade nasce de tímidas investidas para que sejam reconhecidas, e mira inicialmente o dano em si e a seguir a sua extensão para perquirir como pode ser resolvida pela via da reparação de modo que ofensor e ofendido sejam justamente punidos e dignamente compensados. Ao longo do tempo vão se firmando e se ajustando os entendimentos, fixando-se conceitos e critérios, até que haja a mais adequada proximidade com a Justiça.

Foi assim, ilustrativamente, com o dano moral. Durante muito tempo, ainda que reconhecida sua existência, se dizia que não se podia conceder porque não era possível ser encontrado o "quantum" justo. Este pensamento vigorou até que se passou a refletir sobre o quadro e surgiu a indagação: "Que malfadada justiça é esta que reconhece a existência do dano mas não concede a compensação porque não sabe fixá-la?". O dano moral passou a ser aceito como passível de reparação, mas como sendo imperiosa a reparação.

A segunda parte era mais difícil. Como fixá-lo apropriadamente? Seguindo a linha nem sempre muito feliz do direito alienígena – para aplicação ao nosso padrão – as primeiras indenizações fixadas pela Justiça chegaram a assustar o meio jurídico até mesmo pelo fato de que algumas se tornavam inexecutáveis, aliando-se a isto a aleatoriedade de critérios. O tempo é sempre o senhor da razão, e com a sucessão de julgamentos estes parâmetros foram se adequando à nossa realidade e hoje é possível dizer que há critérios justos e conhecidos, em geral, nas indenizações oriundas deste tipo de dano conforme o fato, a infração, ofensor e ofendido.

A Perda de uma oportunidade de alcançar uma vantagem e ou de evitar um mal maior, um prejuízo, passou anos sem reconhecimento por argumento semelhante ao que era esgrimido para negar o dano moral. O conservadorismo da doutrina não se preocupava com danos de outra natureza que não fosse o da obtenção da vantagem, tinha que haver um dano final.

Dessa forma foi que, com a mesma timidez do Dano Moral e os demais que passaram a ocupar a Justiça na ações indenizatórias, a Perda de Uma Chance surge aos poucos como reconhecida, mas enfrenta ainda algumas dificuldades de ser acatada a existência e na fixação dos critérios de solução, oscilando entre justos e injustos e, pior, muitos incompreensíveis ao técnico.

A possível obtenção de um lucro ou de se evitar uma perda por ato de outrem, antes de mais nada é o preâmbulo para se chegar ao fim: um valor ou uma forma de reparação.

As situações são inúmeras onde é possível examinar a possibilidade da existência: perda de emprego, ascensão profissional, destruição de uma possibilidade de êxito numa causa judicial, por perda de prazo do advogado ou semelhante, e enfim, as causas que podem gerar a Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance são várias.

O certo é que, para que esta perda efetivamente seja considerada há que estar presente a razoabilidade de êxito ou favorecimento ao ofendido não fosse o ato infracional que supostamente teria impedido sua concretização.

A Perda de Uma Chance não pode contemplar uma fantasia do ofendido que vislumbrava ser o maior Guitarrista do mundo ou a melhor jogador de futebol do planeta etc. Há que visar a possibilidade real ou muito próxima dela, não o fato que embasa perseguir sua procedência.

Sérgio Cavalieri Filho leciona:

"Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento." (Sérgio Cavalieri Filho "in" Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012. P.75).

O fato é que o reconhecimento da existência da Perda de Uma Chance não é tão simples de ser

identificado em alguns casos, e tal qual o Dano Moral de início o critério de fixação do reparo, pecuniário ou não, tem sido outro tomento na definição – certamente mais aflitivo e problemático que o primeiro.

Uma hipótese de Responsabilidade Civil Profissional que me chega e vai exatamente no sentido deste dilema, ilustro à reflexão:

- Situação cujo êxito teria chances absolutamente zeradas de ser alcançado;
- Manobra legal utilizada única e exclusivamente para retardar o efeito do reparo determinado;
- Erro de procedimento do profissional abrevia o fim desta possibilidade de retardo;
- Perito fixa a Perda de Uma Chance em 25% do impossível êxito imaginado.

Se a existência da Perda da Chance no caso já é discutível (não se perde uma chance impossível, ela tem que ser razoável) o percentual completamente aleatório traz um imenso prejuízo pois mirou o “start” de fixação num inviável 100% para dele ser extraída uma parte. Percebem? Ainda que se entendesse por deferir alguma indenização pela perda da chance do retardo buscado esta, teria que se dar mirando o atraso do cumprimento que se perseguia, não o êxito que nunca seria alcançado. A chance era o retardo, não mais que ele.

Contextos do tipo tem causado preocupações fortes, e é revelador que o Judiciário ainda engatinha no tema.

As distorções serão corrigidas com o andar das causas, muito provavelmente, e sendo sincero não creio que haverá grandes dificuldades nisto se se for buscar nos critérios já existentes para o Dano Moral o socorro necessário.

Até lá haverá gemidos e ranger de dentes, por injustiças como no passado.



*Carlos Josias Menna de Oliveira - OAB/RS 16.126
É advogado, professor diplomado e Acadêmico da Academia Nacional de seguros e Previdência – ANSP.

Esta publicação online se destina à divulgação de textos e artigos de Acadêmicos que buscam o aperfeiçoamento institucional do seguro. Os artigos expressam exclusivamente a opinião de seus autores.



Expediente:
Presidente: João Marcelo dos Santos
Diretor de Comunicações: Rafael Ribeiro do Valle
Produção: Oficina do Texto | Jornalista responsável: Paulo Alexandre

Academia Nacional de Seguros e Previdência
Avenida Paulista, 1294 - 4º andar, conjunto 4B
Bela Vista - São Paulo - SP - CEP 01310-915
Telefones (11) 3661-4164 ou (11) 3333-4067
www.anspnet.org.br

©2018 Academia Nacional de Seguros e Previdência. Todos os direitos reservados.