

SiqueiraCastro*

Do dano. Perda de uma chance

Biblioteca RJ, 08/09/2020

SUMÁRIO

Doutrinas

O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.958.02.PDF	Doc1
Oportunidades perdidas, reparações possíveis: a teoria da perda de uma chance no STJ http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09082020-Oportunidades-perdidas--reparacoes-possiveis-a-teoria-da-perda-de-uma-chance-no-STJ.aspx	Doc2
Teoria da perda de uma chance http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/teoria-perda-chance.pdf?v03	Doc3
Responsabilidade civil pela perda de uma chance http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc10.pdf?d=636680468024086265	Doc4
Perda de uma chance e indenização por provável vantagem frustrada http://www.normaslegais.com.br/jur/indenizacao-por-perda-de-uma-chance.htm	Doc5
A responsabilidade civil pela perda de uma chance: análise de um caso https://www.editorajc.com.br/a-responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance-analise-de-um-caso/	Doc6
O dano decorrente da perda de uma chance de cura http://www.lex.com.br/doutrina_27010222_O_DANO_DECORRENTE_DA_PERDA_DE_U_MA_CHANCE_DE_CURA.aspx	Doc7
Perda de uma chance – Dano moral https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2018/informativo-de-jurisprudencia-n-372/perda-de-uma-chance-2013-oferta-de-emprego-2013-atraso-em-disciplina-da-graduacao-2013-dano-moral	Doc8
A responsabilidade civil pela perda de uma chance: interfaces do instituto frente aos avanços doutrinários e jurisprudenciais https://www.rkladvocacia.com/responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance-interfaces-do-instituto-frente-aos-avancos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-2/	Doc9
A teoria da perda da chance como solução para o “Se” indenizável http://genjuridico.com.br/2015/11/18/a-teoria-da-perda-da-chance-como-solucao-para-o-se-indenizavel/	Doc10
A responsabilidade pela perda de uma chance: reflexões sobre sua natureza jurídica que ainda prevalecem https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/guaestioiuris/article/view/29462	Doc11
Responsabilidade civil: aspectos da teoria da perda de uma chance e sua distinção dos punitive damages http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7fe1f8abaad094e0	Doc12

Direito Civil

1. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas

The damages arising for the loss of a chance: complex issues

FELIPE SOARES TORRES

Especialista em Direito das Pessoas e da Família, em Proteção dos Menores, e Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra - Portugal. Especialista em Direito Público pela Esmape. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Anhanguera - São Paulo. Professor da Faculdade Boa Viagem/DEVRY. Advogado. felipee_torres@hotmail.com

AGNOCLÉBIA SANTOS PEREIRA

Graduanda em Direito pela Faculdade Boa Viagem/DEVRY. clebiasp@yahoo.com.br

Sumário:

Introdução

1. Responsabilidade civil: noções gerais

1.1 Análise histórica

1.2 Pressupostos da responsabilidade civil

1.2.1 Conduta

1.2.2 Nexo causal

1.2.3 Culpa

1.2.4 Dano

2. Perda de uma chance: uma nova perspectiva de dano

2.1 Noções gerais

2.2 A perda de uma chance como dano indenizável

2.3 Chances sérias e reais

2.4 Quantificação indenizatória das chances perdidas

3. Análise de precedentes: aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil

3.1 Pergunta do “Show do Milhão”

3.2 Perda da chance em concurso

3.3 Advogados desidiosos

Conclusão

Referências

Área do Direito: Civil

Resumo:

A teoria da perda de uma chance enquadra-se no ordenamento jurídico brasileiro como modalidade de dano emergente. Nascida na França, mais precisamente no ano de 1889, quando a Corte de Cassação francesa julgou procedente o pedido de um autor de ação reparatória, concedendo a este a pretensa indenização pela perda de uma chance de obter ganho de causa por conta dos obstáculos opostos por um funcionário ministerial. A teoria ganhou força em outros julgados franceses, espraiando-se por toda Europa, especialmente no direito italiano. O objetivo deste trabalho científico é analisar os elementos problemáticos referentes a este instituto, como por exemplo, a natureza jurídica dessa modalidade de dano comparando-o com os danos de natureza moral, emergente e de lucros cessantes, procurando esclarecer a abrangência das hipóteses de sua aplicação e a que título deve-se conceder eventual indenização. A partir da conceituação de responsabilidade civil e suas características constitutivas, espera-se compreender especialmente a importância e dimensão do elemento dano como essencial para a efetivação da natureza reparatória dessa responsabilização, importância essa que se traduz na variedade de novos danos indenizáveis, a que se destaca no presente trabalho o da chance perdida. A metodologia utilizada é a qualitativa, de natureza exploratória, utilizando para tanto a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, garantindo o estudo aprofundado e exaustivo de maneira a que se permita o conhecimento em casos concretos de aplicação e efetividade da teoria em comento no Brasil.

Abstract:

The theory for the loss of a chance fits in the Brazilian legal system as emergent damage modality. Born in France, precisely in 1889, when the French Court of Cassation granted an author's reparatory action require, bestowing him an indemnification for the lost of a chance of obtaining satisfaction due to the obstacles presented by a ministerial employee. The theory in reference has gained strength in other French court houses, spreading thought all Europe, especially in the Italian law. This work's goal is to analyse the problematic elements that involve this institution, for example, the juridical nature deriving from damage modality, comparing it to emergent, moral, or loss of profit damage, seeking to clarify the comprehensiveness of the hypothesis of its application and to what title it must allow eventual indemnification. Since the conceptualization of the civil responsibility and its constitutive features, it is expected to comprehend especially the damage's relevance as essential for the element's reparatory nature. That relevance is translated into the variety of new indemnified damages, that gets spotted on this thesis of Lost Chance. A qualitative methodology, from exploratory nature, was used for bibliographic, documental and case law

research, granting the deep, exhausting study, in a sense that allows the knowledge in specific cases of application and effectiveness of the theory abovementioned throughout Brazil.

Palavra Chave: Responsabilidade civil - Dano - Chance perdida - Natureza jurídica - Jurisprudência.

Keywords: Civil responsibility - Damage - Loss of a chance - Juridical nature - Case law.

Introdução

A responsabilidade civil efetiva-se no dever de reparar as violações a um determinado conjunto de regras, sejam morais ou jurídicas, tendo como pressuposto um dever jurídico originário.

Desse dever jurídico violado é que emanam as várias espécies de responsabilidade, incidindo nos diferentes ramos do direito, tais como o civil, o penal e o administrativo, vinculando o ser humano que, com dolo ou culpa, ação ou omissão, causa danos.

Como elementos da responsabilidade civil, temos: a conduta (ação ou omissão), a culpa, o nexo de causalidade e o dano. É justamente neste último que se evidenciam os desdobramentos jurisdicionais hodiernos. O dano, como elemento basilar na obrigação de indenizar, sofreu importantes avanços ensejando a concepção de novas modalidades de lesão, dentre as quais se destaca neste trabalho aquela decorrente da perda de uma chance.

Teoria nascida na França, em 17.07.1889, colocou em evidência um novo tipo de dano ressarcível. Na época, a Corte de Cassação Francesa julgou procedente o pedido do autor de ação reparatória, e concedeu indenização pela perda de uma chance de obter ganho de causa em razão de um funcionário ministerial que impediu de todas as formas o andamento de sua ação judicial.

No estudo da teoria da perda de uma chance, destacam-se questões pertinentes à abrangência e aplicabilidade que vão desde a natureza jurídica do instituto, até mesmo à sua aferição e quantificação. Apesar de ter boa repercussão no Brasil, ainda há controvérsias acerca da natureza jurídica e da indenização da chance perdida em casos práticos. Isso acarreta a desconsideração da referida teoria por boa parte dos operadores do direito.

Atentando para o princípio da dignidade humana como base de estudo de novos danos indenizáveis, percebe-se a valorização da vítima em sua necessidade reparatória e devida tutela jurídica, confirmando o fenômeno de ampliação do que se preceitua nos limites do dano e do nexo de causalidade.

1. Responsabilidade civil: noções gerais

1.1. Análise histórica

Nas civilizações antigas, a responsabilidade é advinda de um direito arcaico, primitivo, onde preponderava a responsabilidade coletiva e objetiva: a vítima ou seu grupo reagia contra seu agressor pela ameaça ou ofensa sofrida, sem que houvesse limite ou regra para a retaliação pretendida instintivamente.

Mais adiante, segundo ensina o historiador Léon Epsztein,¹ há uma transposição para a vingança privada, onde não mais o grupo como um todo efetua a retaliação vingativa, mas, sim, a justiça com as próprias mãos: a Lei de Talião, cujo princípio consiste em pagar com a mesma moeda (do latim *talis*) o ofensor.

Utilizando-se desse princípio como base, mas já considerando ainda que de forma insipiente o instituto da compensação, surgem as leis de Eshnunna, que remontam a 1790 a.C., ou seja, alguns decênios antes do Código de Hamurabi (1790-1750 a.C.), sendo considerada como o primeiro Código acadiano, composta de um prólogo e 60 artigos que reúnem elementos dos direitos sumeriano, assírio e babilônico.

O Código de Hamurabi destaca-se pela evolução dos institutos jurídicos e de produzir o acesso à justiça para fazê-los prevalecer. Também é notório este Código por desenvolver algo muito próximo do conceito atual de jurisprudência, quando considerava a experiência anterior obtida em julgamentos tidos como justos.²

Acerca do direito romano, escreve Giselda Hironaka ressaltando a edição da Lei das XII Tábuas, considerada a base de toda a ordem jurídica romana. Organizada por dez magistrados, os *decênviro*s, produziu a transição da composição voluntária para a composição legal. Apesar de ainda distanciada do modelo indenizatório e mantendo a pena como preço da vingança, a lei era disciplinada pela intervenção do poder público, não existindo ainda nenhuma distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal.³

A Lex Áquila de data incerta, mas que remonta aos tempos da República romana, foi a legislação que apresentou a maior revolução nos conceitos jus-romanísticos em termos de responsabilidade civil. A denominação *aquiliana*, registra o referido autor, demonstra a influência desse instituto na responsabilidade extracontratual em oposição à contratual. O Código Napoleônico (1804) por sua vez foi de grande importância na construção da doutrina francesa no que concerne à responsabilidade civil. Rui Stocco⁴ salienta os reflexos no direito brasileiro, especialmente em seu contexto principiológico, axiomático e sua epistemologia a que se tem acesso. A rica jurisprudência e interpretação criativa francesa, frente às mudanças advindas da revolução industrial e da evolução social no plano das relações humanas, influenciaram grandemente o ordenamento brasileiro.

A responsabilização civil no Brasil tem uma interessante evolução, o que se observa em sua maturação e autonomia. Partindo das Ordenações do Reino até chegar ao atual Código Civil de 2002, vê-se o avanço e abrangência crescentes. Caio Mário⁵ escreve sobre as três fases dessa evolução.

A primeira fase, salienta o autor, é marcada pelas Ordenações do Reino que regiam a então colônia brasileira. Com as Ordenações Afonsinas (1500-1514), percebe-se a grande influência e utilização subsidiária das leis romanas, assim como a utilização das leis canônicas, as glosas de Arcúcio e as opiniões de Bartolo, ficando, como última tendência, a observância das opiniões do Monarca.

Nas Ordenações Manoelinas (1514-1603), observa-se uma forte gama de modificações às Ordenações Afonsinas concernentes à preponderância do direito romano sobre o canônico. As Ordenações Filipinas (1603-1919), são ajustadas ao direito brasileiro com a Lei da Boa Razão, que trouxe novos critérios para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, prevalecendo sobre o direito romano e canônico, o direito natural e das gentes, através da compilação de leis, atos e costumes.

A segunda fase prossegue o autor, vem com o Código Criminal de 1830, que instituiu em seu art. 21 a satisfação do dano pelo agente do ilícito, e no art. 22 dispunha que todas as consequências deveriam ser consideradas nessa reparação para que se efetivasse de forma completa.

Num período de cem anos, Portugal incentivou o Brasil a codificar e sistematizar o seu próprio código, tendo na Constituição de 1824 um marco, quando em seu art. 179, XVIII, deliberou que se fosse elaborado um Código Civil sob bases de equidade e justiça.

Dando início à terceira fase, Teixeira de Freitas, em 1858, discorda da dependência da responsabilidade civil da penal, dando margem a uma legislação própria, como por exemplo, quando cogita a responsabilidade do delinquente e vislumbra a necessidade de pedido de indenização por via de ação cível.

Clóves Beviláqua, aproveitando-se primordialmente dos projetos de Teixeira de Freitas, dentre outros juristas colaboradores, como A. Coelho Rodrigues e Felício dos Santos, em 1899 elabora o Código Civil de 1916. Este é criado sobre forte influência do Código Civil francês, consagrando, em seu art. 159, a teoria da culpa, responsabilidade civil subjetiva.⁶

Assim, na parte especial do Código Civil 1916 parte especial, apenas admitia-se a culpa presumida (art. 1.521), e, topicamente, em alguns casos, a culpa objetiva, como por exemplo, art. 1.527, dano causado por animal; art. 1.528, o locatário respondendo por danos causados no imóvel proveniente de incêndio, dentre outros.

Os casos de atribuição do ônus de provar à vítima eram recorrentes, dando ensejo a “um vazio jurisprudencial de alguns anos”,⁷ o que revelou o insucesso das eventuais demandas do século XX. O resultado foi à defasagem de indenizações e reparações às vítimas, o que fora amenizado através da doutrina da inversão do ônus *probandi*, que arrefeceu dificuldades de então, a chamada teoria da culpa presumida. Nessa perspectiva que a noção de risco é considerada, em substituição da culpa como elemento fundamental.

O Código de 1916 era subjetivista, por conta de todo o sistema de responsabilidade civil prevista relacionar-se à cláusula geral do art. 159. No entanto, com o desenvolvimento tecnológico, científico e demográfico, a concepção de responsabilidade civil foi ampliada, dando espaço a uma verdadeira revolução fora do Código Civil.

Fruto desses avanços e novas demandas, surge o Projeto de 1975, também conhecido como *Projeto Miguel Reale*, primando pela recepção da teoria do risco como sistema geral. Este projeto introduziu, nessa perspectiva, a imputação do dever de indenizar por atribuição meramente objetiva, dentro de uma sistemática geral, e não pontual e individual, conferindo à responsabilidade objetiva o *status* de regra, ou preceito legal geral.

Fortalece-se a tendência objetivista da responsabilidade civil através do novo Código Civil de 2002, que não abandonou a responsabilidade por culpa consoante a redação do art. 927 do CC/2002, consagrando-a na Parte Geral e repetindo-se na sistemática da responsabilidade civil propriamente dita.

1.2. Pressupostos da responsabilidade civil

O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu como regra geral da responsabilidade civil a vertente subjetivista, baseada no art. 927, *caput*, do CC/2002, que encerra os pressupostos gerais da responsabilidade civil: conduta,nexo causal, culpa e dano.

1.2.1. Conduta

Isabela Azevedo⁸ salienta que a conduta poderá ser efetivada por ação (positiva), ou omissão (negativa), sendo contrária ao ordenamento jurídico e voluntária. Esta conduta pode ser expressa como ato ilícito através de ato voluntário (dolo), ou por culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia), ou ato lícito nas hipóteses da responsabilidade civil objetiva.

Nessa perspectiva, há hipóteses em que o dever de indenizar advém de atividades lícitas, como por exemplo, a situação de atos praticados em estado de necessidade (art. 188, II, do CC/2002), em que o autor é obrigado a indenizar o dono da coisa (art. 929 do CC/2002).

1.2.2. Nexo causal

Glenda Gondim⁹ enfatiza que este pressuposto entrelaça a conduta culposa à causa de lesão existente, sendo necessária a demonstração e não apenas a presunção dessa causa e efeito. O nexos causal abrange todos os efeitos da conduta culposa e não apenas a lesão sofrida diretamente pela vítima.

A complexidade de se precisar o nexo causal reside na sua demonstração em casos concretos. Por conta disso, surgiram algumas teorias. A teoria da equivalência das causas, oriunda do direito penal, consagra que o nexos de causalidade será verificado quando, excluindo-se mentalmente a conduta do agente, não ocorresse o prejuízo sofrido, considerando-se para tanto as causas próximas ou remotas que ocasionassem o dano. Através do método indutivo de supressão da ação ou omissão do agente, verifica-se a manutenção ou desconstrução do dano.¹⁰

Dentro de uma perspectiva civilista, encontra-se a teoria da causalidade adequada, que considera o nexos causal entre a conduta adequada (ou mais forte) para a produção do prejuízo e a conduta do agente.

Mais recente entre as teorias, está a da causa eficiente, que desconsidera acontecimentos outros e entende que causa é aquela que, por si só geraria o dano, sendo considerada como conduta responsável pelo evento. Nesse diapasão, são considerados irrelevantes os eventos secundários, tidos como condições.

1.2.3. Culpa

Como já ventilado através da evolução histórica da responsabilidade civil, a culpa exerceu um papel relevante, partindo de um foco direcionado ao causador do dano em detrimento da vítima, passando pela teoria do risco, que preconizava a reparação da vítima independente da evocação de culpa, sendo pressuposto da responsabilidade civil objetiva.

O declínio da culpa representa a erosão dos filtros de reparação dos danos, tendo em vista o insucesso da teoria subjetiva frente aos novos casos postos em análise judicial.

1.2.4. Dano

A culpa do agente foi, por longo tempo, levantada como fundamento essencial para a responsabilização civil. Entretanto, com o desenvolvimento da teoria objetiva, percebeu-se que, em casos específicos, a análise da conduta do ofensor é de menor relevância, concentrando o foco para o dano em si mesmo.

Assim, dano “deixou de ser coadjuvante e passou a ter papel principal”.¹¹ A preocupação com a vítima que sofre uma lesão juridicamente relevante, ocorrida em âmbito patrimonial ou tutelada pelo direito, é o foco das novas situações existenciais de dano e novas categorias de prejuízo.

Nessa toada, encontram-se os prejuízos materiais/patrimoniais, a saber, o dano emergente, quando objeto do dano é um bem ou interesse já existente, ou lucro cessante, quando um bem ou interesse é vislumbrado no futuro. Ademais, há também o dano moral em razão de ato ilícito e injusto praticado por outrem, o dano à imagem, o dano estético e o dano pela perda de uma chance, cerne do presente

estudo.

Ensina Glenda Gondim¹² que o dano em sua conceituação doutrinária não é unânime. Há a corrente naturalista, ou normativa, onde os interesses lesados correspondem ao patrimônio da vítima, excluindo-se qualquer lesão ocasionada aos interesses subjetivos.

Assim, de forma estritamente matemática, dano seria “a diferença entre a situação patrimonial antes e depois de sua existência”.¹³

Essa visão constitui-se elemento fragilizador quando desconsidera a nova gama de danos existentes e que superam a uma mera representação aritmética. Em resposta a essa realidade, outra corrente acerca de dano se destaca.

Mediante as modificações do instituto da responsabilidade civil e ao arcabouço doutrinário e jurisprudencial pautados na Constituição de 1988, a teoria do interesse desponta como mais satisfatório ao conceito de dano. Admite-se a proteção jurídica tanto aos interesses patrimoniais quanto morais, salvaguardando, assim, a honra, os sentimentos e a personalidade do ser humano, com conseqüente reparação.

O conceito de dano é ampliado, considerando-se lesão como subtração ou diminuição de um bem jurídico, quer de ordem material (patrimonial) ou de um bem integrante da personalidade da vítima como honra, liberdade e imagem (extrapatrimonial).

A este respeito, Ricardo Aronne¹⁴ destaca a importância da constitucionalização do direito civil como um novo compromisso com os direitos fundamentais e de resgate do homem para uma verdadeira cidadania que compreende a dignidade da pessoa humana. Uma concepção não individualista, que vai além do *homo economicus* - um homem que chora, sente, sonha. Essa dignidade alicerçada não é concretude, mas renasce do núcleo constitucional dos direitos fundamentais.

2. Perda de uma chance: uma nova perspectiva de dano

2.1. Noções gerais

A teoria da perda de uma chance nasceu na França, em 17.07.1889, quando a Corte de Cassação francesa julgou procedente o pedido do autor de uma ação reparatória que foi indenizado pela perda de uma chance em obter ganho de causa, em razão da conduta de um funcionário ministerial que obstaculizou o normal andamento de sua ação judicial. A referida teoria originou-se justamente na dificuldade de configuração do nexu causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima em certas situações.¹⁵

Com a adoção da mencionada teoria, a chance perdida reveste-se de valor jurídico, pois a vítima se priva da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo ocasionado pela ação de terceiro.

Entretanto, alguns juristas não admitem a separação entre possibilidade de ganho, ou de se evitar um prejuízo e o resultado final. Sendo assim, seria inadmissível cogitar-se como dano aquele que é proveniente da perda de uma chance, pois este cairia na seara do dano hipotético, eventual, pela impossibilidade de determinar qual seria o resultado final.

2.2. A perda de uma chance como dano indenizável

O grande problema ao tratar da reparação pela chance perdida é, na realidade, a dificuldade que surge em separar a constatação da possibilidade de ganho, ou de se evitar um prejuízo, e o resultado final, não sendo, assim, admitido dano pela chance perdida, pois recai na seara do dano hipotético, ou eventual.

Por isso, aqueles que são favoráveis à teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance afirmam que a chance perdida será indenizável desde que, mais do que uma possibilidade, uma hipótese, seja essa chance permeada por uma probabilidade suficiente. A lógica que permeia a teoria estudada assegura que, para ser indenizada, a chance perdida deve ser real e séria, restando provar o nexos causal entre o ato ofensor e a perda da chance.¹⁶

A celeuma entre os doutrinadores se instaura neste campo de pesquisa justamente no que se refere à natureza jurídica do instituto em comento, existindo aqueles, em menor número, que não admitem a noção de chance perdida como dano indenizável, cabendo apenas à aplicação da chamada causalidade parcial, o que coloca em xeque a autonomia das chances perdidas.

Assim, nas palavras de Rafael Peteffi,¹⁷ o único dano reparável seria a vantagem esperada pela vítima (e definitivamente frustrada pela conduta do réu), sendo o valor concedido como indenização fruto da aplicação de uma chamada causalidade parcial entre a conduta do réu e a vantagem definitivamente perdida pela vítima.

Desse modo, sendo utilizada a noção de causalidade parcial na solução dos litígios que envolvam a perda de uma chance, tal chance seria apenas uma causa parcial que concorre para um dano final e, por isso, possuiria a mesma natureza deste, o que torna desnecessária a especificação do tipo de dano sofrido.

Para a outra parte dos doutrinadores, no entanto, a perda de uma chance é um dano específico, independente em relação o dano final, ou seja, a vantagem esperada que foi definitivamente perdida. Assim, “a função chance perdida é derivada da função vantagem esperada (dano final), e varia conforme esta, apesar de manter a sua independência”.¹⁸

Neste sentido, é imprescindível analisar que espécie de dano seria este: patrimonial ou moral, considerando-se que sejam estes os gêneros de danos existentes em nosso ordenamento pátrio.

O dano patrimonial implica numa redução patrimonial verdadeira à vítima, configurando um prejuízo econômico presente (dano emergente), ou futuro (lucro cessante).

Argumenta Roberta Veras de Lima Brito¹⁹ que, se considerada a perda de uma chance como dano emergente, referente à perda da chance de vitória e não na perda da vitória, as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexos causal entre o ato lesivo do ofensor e o dano, seriam superadas.

No entanto, o dano emergente refere-se àquilo que a vítima realmente perdeu em termos econômicos, de forma certa e demonstrável, o que não se verifica com a aplicação da teoria em tela. A chance, mesmo real e séria não resulta em acréscimo de patrimônio advinda de uma certeza absoluta.

Considerada por alguns doutrinadores como um dano indenizável, uma subespécie de dano emergente, pois a própria chance perdida teria um valor patrimonial, é necessária a desmistificação da possibilidade de indenização desse dano sendo imprescindível a demonstração pela vítima de que a possibilidade de se conseguir a vantagem esperada era de 50% (cinquenta por cento),

quantificável pela estatística e pela probabilidade.²⁰

Se a perda de uma chance for considerada como lucro cessante, deverá ser feita, de forma inequívoca, a comprovação de que o resultado esperado teria sido obtido caso não houvesse a interferência por parte do agente. Sob este prisma, torna-se difícil a prova do já mencionado dano, pois este é embasado em probabilidades. O lucro cessante tem como prejuízo aquele patrimônio futuro e certo, almejado pela vítima, devendo sempre ser provado durante a ação indenizatória.

De outro lado, equiparada ao dano moral, estaria se tratando a teoria da perda de uma chance como um instituto desnecessário, apesar de sua importância. No entanto, enquanto o dano moral deriva da violação de um bem que está ligado à personalidade, na perda da chance o dano decorre da frustração de um interesse do indivíduo, seja de cunho patrimonial ou extrapatrimonial.

Se considerada como uma espécie de dano autônomo, serão utilizados critérios específicos para a sua aplicação, diferentemente dos institutos já existentes, abrindo a possibilidade de predomínio das relações pessoais em detrimento das patrimoniais. Essa perspectiva é resultado da repersonalização do direito privado, aliado às mudanças sofridas pela sociedade geradoras de novas situações potencialmente lesivas. Ademais, para a aplicação e definição de chances sérias e reais é de suma importância a posição do magistrado, aplicando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Por força dos princípios constitucionais, a vítima de um dano injusto passou a ser o objeto da atenção do legislador. Assim, aquele que perdeu uma chance séria de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo será considerado vítima de um dano injusto e, por isso, deverá ser devidamente reparado.

2.3. Chances sérias e reais

Há de se diferenciar, nesse diapasão, as chances sérias de simples esperanças subjetivas, justamente pelo exame objetivo a que essas chances são submetidas, revestindo-se de seriedade e realidade. A este respeito, alguns doutrinadores advogam a reparação à vítima mediante demonstração de que o resultado pretendido era superior a 50% (cinquenta por cento).

Neste sentido, Sérgio Savi²¹ afirma que não é 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 (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance.

Autores como Jacques Boré e Fernando Noronha, por seu turno, como exemplifica Isabela Azevedo,²² acreditam na comparação entre as situações concretas, distinguindo entre boas e más chances, ou seja, chances que são indenizáveis e que se impõem sobre o elemento aleatório, daquelas hipotéticas e eventuais que devem ser rechaçadas.

Nessa perspectiva, Rafael Peteffi,²³ apresenta duas hipóteses quanto à existência da chance, considerando o momento da perda e a possibilidade de reparação.

Levanta inicialmente o autor a hipótese em que a vítima já esteja utilizando a chance na intenção de auferir a vantagem esperada, vindo a perdê-la. Neste caso, a existência da chance é menos questionada, atentando-se, no entanto, para a correspondência entre o cálculo da indenização e a probabilidade objetiva de sucesso das chances em questão, o que dará, ou não, respaldo necessário para a pretensa reparação.

A outra hipótese é aquela em que a vítima ainda não estava em plena utilização das chances, restando estas em estado potencial, o que relativiza a existência do dano à probabilidade que o autor teria de utilizar essas chances em momento futuro alcançando, assim, a vantagem desejada.

Nessa situação, a jurisprudência, bem mais rigorosa para auferir a indenização, considera a proximidade do momento em que ocorreu o ato danoso que extinguiu as chances, daquele em que as mesmas seriam utilizadas na obtenção do resultado almejado.

Sendo assim, prossegue o autor, quanto maior for o lapso temporal, maior será a possibilidade de outras concausas obstaculizarem o alcance da vantagem esperada, mitigando as chances perdidas e reduzindo o dano à seara hipotética.

Saliente-se, no entanto, que apesar da importância de que se reveste o lapso temporal na análise da seriedade das chances perdidas, este elemento por si só não determina essa condição. Haverá casos em que mesmo havendo a dilatação temporal haverá indenização, tendo em vista a consideração de outros fatores que determinam a seriedade das chances, o que reforça a importância e estudo do caso concreto da aplicabilidade da teoria em tela.

A visão mais recente acerca do tipo de dano a que corresponde à perda de uma chance está aquela que o classifica como dano extrapatrimonial, ou seja, como sendo uma lesão à dignidade humana.

Numa *nuance* constitucionalista do direito civil, conforme preceitua Isabela Azevedo,²⁴ uma inevitável evolução é percebida na concepção de dano, especialmente o extrapatrimonial, ensejando no reconhecimento de novos interesses. Os juristas brasileiros são desafiados em face dessa nova gama de danos à definição de métodos de aferição de merecimento de tutela, o que homenageia a discricionariedade judicial nessa tarefa sem deixá-la exclusivamente ao arbítrio dos tribunais.

Essa concepção advém da revolução por que passou o dano moral na seara da responsabilidade civil após a Constituição Federal de 1988 e, *a posteriori*, a promulgação da Lei 10.406/2002 – o novo Código Civil brasileiro, que expressamente o previu.

2.4. Quantificação indenizatória das chances perdidas

Glenda Gondim²⁵ destaca duas maneiras pelas quais o dano pode ser reparado: de forma natural, quando o *status quo* é restabelecido ou através da indenização pecuniária ao lesado. Na impossibilidade de recompor o estado anterior ao evento danoso, a compensação pecuniária é utilizada dando-se o nome de ressarcimento à substituição monetária do prejuízo. Para isso, a extensão do dano, a gravidade da conduta, o prejuízo sofrido, a lesão no patrimônio são elementos geralmente levados em conta na avaliação indenizatória.

Devido à natureza autônoma do dano sofrido pela perda de uma chance, verifica-se a impossibilidade de restabelecimento do *status quo* e até mesmo a reparação pecuniária em equivalência ao dano sofrido. Nessa perspectiva, a indenização de natureza compensatória é a que melhor corresponde à lesão sofrida.

Assim, o valor da apuração indenizatória baseia-se, não no equivalente ao benefício esperado, mas, sim, na própria chance que é a lesão realmente sofrida pelo ofendido. Dessa forma, o cálculo deve expressar a melhor adequação ao caso concreto, ainda que não esboce a melhor justiça.

Neste trilhar, o dano moral serve como base para a análise da forma de quantificação e reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance, levando-se em consideração as especificidades da

referida teoria em sua aplicação concreta.²⁶

No caso da perda de uma chance, sendo considerada à luz dos princípios da dignidade humana, os critérios da gravidade do dano e da condição pessoal da vítima revestem-se de força.

Nesse diapasão, as especificidades pessoais da vítima e os efeitos resultantes que a ação lesiva causou devem estar objetivamente motivados na decisão judicial, como também expressos no valor da pretensa reparação. Além do mais, salienta Rafael Peteffi,²⁷ “os juízes terão sempre que levar em conta a álea contida na chance perdida”.

Assim, o valor da chance perdida será sempre menor que o valor que se concederia pela perda do resultado final, caso a perda deste estivesse em relação de causalidade com a conduta do agente. No entanto, apesar dessa diferença entre a chance perdida e o dano final, esta pode ser reparada de forma integral.

3. Análise de precedentes: aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil

3.1. Pergunta do “Show do Milhão”

Julgado em 08.11.2005 pela 4.^a Turma do STJ, tendo como relator o Min. Fernando Gonçalves, o REsp 788.459/BA,²⁸ conhecido como o caso do “Show do Milhão” é considerado por muitos doutrinadores como *leading case* acerca da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance.

A autora do caso em tela alegou que a última pergunta do programa foi mal formulada, e, por isso, perdera a chance de obter o prêmio máximo do jogo, ou seja, um milhão de reais.

Foi-lhe perguntado qual percentual do território brasileiro a Constituição Federal reconhecia aos índios, dando-lhe como possíveis respostas: 22%, 2%, 4% ou 10%. A autora achou por bem não responder, por entender que não existia resposta correta, razão pela qual recebeu R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) pelas perguntas anteriormente respondidas com acerto.

Como realmente nenhuma das alternativas oferecidas encontrava respaldo no art. 231 da CF/1988, a autora ajuizou ação contra a BF Utilidades Domésticas Ltda., empresa do grupo econômico “Sílvia Santos”, responsável pelo *show* de prêmios, pleiteando o valor que deixara de ganhar por conta da questão mal formulada, ou seja, R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

A teoria da perda de uma chance foi acolhida em sentença de primeira instância, mas, erroneamente, concedeu o pedido no valor postulado. Como não se poderia afirmar que a autora realmente acertaria a resposta se a pergunta fosse formulada de maneira correta, a indenização a ser fixada deveria ser inferior ao montante final que a autora receberia, caso acertasse.

A ré interpôs recurso de apelação, tendo o TJBA negado provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença. Contra este acórdão, a ré interpôs recurso especial, alegando que a chance da autora responder corretamente a última pergunta seria de 25%.

No caso em tela, vê-se que a chance perdida foi considerada como dano material. Considerou o ministro que a conduta da ré inviabilizou a conquista do prêmio máximo pela autora e fixou a indenização com base no percentual matemático das chances que ela teria de acertar a resposta, caso a pergunta fosse bem formulada, ou seja, 25%, o equivalente a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). A incerteza de acerto da resposta pela autora impediu a condenação da ré ao pagamento integral postulado, o que ilustra perfeitamente a observância da álea contida na chance

pedida.

Entretanto, algumas críticas são levantadas no que se concerne à consideração de chance perdida. Ao se premiar com 1/4 do valor máximo, confirma-se erradamente que existiria uma chance, quando na verdade, não existia, pois todas as alternativas apresentadas à autora estavam erradas.

3.2. Perda da chance em concurso

O Recurso Cível 71002970986²⁹ do TJRS, julgado no dia 25.08.2011 pela 3.^a Turma Recursal Cível, tendo como relator o Dr. Eduardo Kraemer, publicação no Diário da Justiça do dia 29.08.2011, trata de uma ação de reparação pela perda da chance de um candidato a participar de etapa de concurso por conta do extravio de sua bagagem em transporte aéreo.

Em viagem de Porto Alegre para o Rio de Janeiro, objetivando participação em exame biopsicossocial decorrente de processo seletivo promovido pela Petrobrás, o autor teve a sua bagagem extraviada. Por conta deste incidente, o demandante não pode comparecer à seleção por não possuir os documentos e as roupas necessárias para adequada apresentação.

Em primeira instância a ré fora condenada ao pagamento de R\$ 3.760,00, a título de danos materiais, de R\$ 5.000,00, a título de danos morais, e de R\$ 11.640,00 pela perda de uma chance de assumir um cargo junto à Petrobrás.

Ao opor o recurso em tela, teve a ré sua pretensão negada, sendo mantida a sentença indenizatória, haja vista a responsabilidade objetiva da relação de consumo, ao que se destaca, entretanto, a cumulatividade das indenizações. Resta, assim, evidenciada a consideração do dano sofrido em três esferas distintas, cabendo a cada uma o *quantum* indenizatório específico.

O dano material foi facilmente fixado à luz das despesas que o autor suportou em vista a viagem perdida, do extravio de sua bagagem e de seu notebook; o dano moral, configurou-se na superação de mero aborrecimento diante da extensão do prejuízo que o autor suportou, atingindo sua dignidade; a perda da chance foi aplicada mediante a seriedade da chance em questão, uma vez que o candidato já havia sido aprovado e estar bem próximo da vantagem desejada, sendo esta abruptamente interrompida por conta da falha da prestação de serviço da ré.

O *quantum* indenizatório auferido à perda da chance, não teve critérios claros para sua fixação pecuniária, limitando-se o relator a repetir o valor já arbitrado na ação originária. Interessante, entretanto foi o entendimento acerca da natureza autônoma do dano decorrente da chance perdida, não sendo este confundido com dano material ou moral.

3.3. Advogados desidiosos

Trata-se de ApCiv 20110710042472 DF 0004173-94.2011.8.07.0007,³⁰ da 2.^a Turma Cível que teve como relator o Dr. Waldir Leôncio Lopes Junior, (publicada no DJE de 12.02.2014, p. 84).

O autor, professor que fora demitido de faculdade particular onde lecionava, contratou advogados do Sindicato dos Professores para propositura de reclamação trabalhista, pleiteando verbas rescisórias. O reclamante repassou no dia 02.06.2010 todos os documentos necessários à comprovação de seu vínculo trabalhista e a procuração conferindo os poderes para ação.

Possuidor de dois contratos, um datando o encerramento em 2008 e outro em 2009, recebeu em janeiro de 2011 um telefonema informando de que seus documentos estavam à sua disposição, pois sua ação não tinha, até aquele momento, sido distribuída, podendo contratar outro serviço

advocático.

O autor ficou surpreso ao ser informado pelo novo profissional contratado, que seu contrato referente à função de coordenador estava prescrito desde outubro de 2010, visto que a ação, na época sob os cuidados do Sindicato dos Professores, não fora ajuizada em tempo hábil. A desídia fora configurada, segundo o autor, pois ainda havia 04 (quatro) meses para a prescrição.

A parte ré alegou a carência do direito de ação do autor, pois estava baseado na procedência de uma ação que não foi proposta e que não havia dano material alguma a ser reparado, pois não havia perdas comprovadas. Alegou também que os advogados contratados pelo autor prestam apenas consultoria aos professores sindicalizados, o que não configuraria vínculo com o sindicato propriamente.

No julgamento do recurso interposto pelo autor, o relator acatou os pedidos da inicial. Foi atribuída ao Sindicato a responsabilização pelos serviços comprovadamente contratados pelo autor com vista à propositura de ação trabalhista, tendo a entidade legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

O relator evocou a teoria da perda de uma chance para basear a natureza do dano sofrido pelo autor, mediante a obrigação de meio prestada pelos advogados. As reais chances de êxito no processo, perdidas por conta da desídia do profissional do direito, nessa perspectiva, são analisadas.

Concluiu o relator da perfeita adequação da teoria da perda de uma chance, quando o autor perdeu a oportunidade de ver sua causa examinada por ação ou omissão dos advogados constituídos. A indenização nesse caso relaciona-se na perda da chance de vitória e não na vitória, ainda incerta.

Ainda que prescrita a ação, através da CTPS ficou clara a prestação de serviços educacionais pelo autor num período de 8 meses, o que configurava em grande chance de êxito, caso a ação houvesse sido ajuizada tempestivamente.

Assim, em relação ao *quantum* indenizatório referente à perda da chance, o relator analisou o dano material abarcado pelo autor através das verbas rescisórias devidas, considerando a lesão sofrida pela perda da chance como dano material a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Foi então a chance perdida arbitrada em base de 70% do valor das verbas trabalhistas pleiteadas, como razoável para a reparação pela lesão sofrida, além de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), como reparação pelo dano moral suportado pelo demandante.

Conclusão

Palmilhado esse curto caminho, resta evidente a importância e atualidade da teoria estudada. A reflexão proposta neste estudo acadêmico parte do conceito da responsabilidade civil, destacando o dano como propulsor da teoria em comento, pois é nele que se expressa o *animus* que configura a lesão sofrida, ou conduta omissiva, que concretiza a chance perdida frente às possibilidades vividas.

A presente pesquisa propôs uma apresentação teórica, envolvendo doutrina e jurisprudência. Nessa perspectiva, a observação dos limites ao reconhecimento desse instituto é essencial, tomando como referencial a prestação jurisdicional conferida pelos magistrados frente a casos concretos que envolvam esse tema.

Não há um entendimento jurisprudencial pacífico quanto à aplicação da teoria, o que enseja a dificuldade no que diz respeito à classificação da perda da chance. Este seria um reflexo da

divergência doutrinária existente, onde não se podem encontrar parâmetros uniformes para que haja uma perfeita utilização do instituto.

Para entender a indenizabilidade da chance perdida é imprescindível a fixação de sua natureza jurídica. A depender da corrente doutrinária adotada, o instituto em comento pode ser considerada como dano autônomo, resultante do alargamento do dano indenizável, ou uma causa parcial que concorre para o dano final, e, por isso, parcialmente indenizável.

Entende-se a perda da chance como dano autônomo e indenizável, sendo, portanto necessário definir que espécie de dano o instituto estaria a referir-se; ou seja, estabelecer se a chance perdida é um dano patrimonial ou moral.

Assim, a chance perdida, desde que séria e real, e abrigada à luz do princípio da dignidade humana, configura-se como expoente de todo um processo de repersonalização do direito privado, em que as relações pessoais predominam frente às patrimoniais. Por conseguinte, o valor da apuração indenizatória baseia-se não no equivalente ao benefício esperado, mas, sim, na própria chance que é a lesão realmente sofrida pelo ofendido, considerando-se, nesse sentido o momento da perda e a possibilidade de reparação.

A perda de uma chance reclama uma classificação como uma espécie de dano extrapatrimonial autônomo, o que implica na utilização de critérios específicos e adequados à sua avaliação, o que resulta em maior efetividade às decisões judiciais e, conseqüentemente, à segurança jurídica almejada na solução das lides enfrentadas.

Nesse diapasão, a fim de estabelecer uma quantificação equitativa da chance perdida, garantindo-se conseqüentemente uma indenização justa, os critérios de reparação a gravidade do dano e as condições pessoais da vítima, além da existência e grau da álea, são ressaltados.

Como fruto da intensificação da judicialização nas relações sociais, as demandas hodiernas, como as das chances perdidas, têm reclamado ao magistrado maior responsabilidade e análise mais acurada frente às recentes demandas jurisdicionais de reparação. Nesta perspectiva, aplica-se o neoconstitucionalismo emergente que confere uma nova concepção aos valores fundamentais, mitigando os paradigmas teóricos e consolidando a força normativa dos precedentes expressa na produção jurisprudencial.

Dessa forma, estende-se aos operadores do direito o convite à reflexão mais apurada e investigativa. Conscientes do papel de mediadores entre a lei e a vida, os magistrados podem em muito auxiliar na condução e aplicação dos institutos emergentes em nosso ordenamento pátrio, o que se aplica à teoria da perda de uma chance em sua configuração atual.

Referências

AZEVEDO, Isabela Melo Rêgo. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise à luz do princípio da dignidade humana*. Recife: Nossa Livraria, 2011.

BRASIL. STJ, REsp 78.459/BA (205/0172410-9), 4.^a T., j. 08.11.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 10.11.2014.

_____. TJDF, ApCiv 20110710042472 DF 0004173-94.2011.8.07.0007, da 2.^a T. Cível. rel. Dr. Waldir Leôncio Lopes Junior, DJE 12.02.2014, p. 84. Disponível em: [http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116340603/apelacao-civel-apc-20110710042472-df-0004173-

9420118070007]. Acesso em: 13.11.2014.

_____. TJRS, RI 71002970986, da 3.^a T. Recursal Cível Comarca de São Leopoldo, j. 25.08.2011, rel. Dr. Eduardo Kraemer. Disponível em: [<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20382957/recurso-civil-71002970986-rs>]. Acesso em: 15.11.2014.

BRITO, Roberta Veras. A responsabilidade civil por perda de uma chance. *Revista da Esmape - Escola Superior de Magistratura de Pernambuco*, vol. 12, n. 26, jul.-dez. 2007. t. II.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed., 2. tir., São Pulo: Malheiros, 2006.

_____. Responsabilidade civil constitucional. *Revista da Emerj*, vol. 4, n. 16, p. 65, 2001. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br]. Acesso em: 13.08.2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

EPSZTEIN, Léon. *A justiça social no antigo oriente médio e o povo da Bíblia*. São Paulo: Ed. Paulinas, 1990.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed., rev., São Paulo: Saraiva, 2003.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. *Revista dos tribunais*, ano 94, n. 840, p. 22, São Paulo: Ed. RT, out. 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. DINIZ, Maria Helena (coord.). *O direito civil no século XXI*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUNIOR, Reginaldo de Jesus Cordeiro. Responsabilidade civil e perda de uma chance. *Revista da Esmam - Escola Superior de Magistratura do Estado do Maranhão*, vol. 07, n. 7, São Luiz.

LOPEZ, Tereza Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. 101. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67701/70309]. Acesso em: 15.08.2014.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos materiais e morais*. 4. ed., ver. e atual., Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 1992.

NASCIMENTO, Silvia Renata Segatto Santos, et al. *Teoria da perda de uma chance*. Disponível em: [<http://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptPT&q=teoria+da+perda+de+uma+chance&btnG=&lr=>]. Acesso em: 23.04.2014.

NUNES, Kamila. *Responsabilidade civil: definição, posição legislativa e aspectos históricos (2010)*. Disponível em: [<http://intertemas.unitoledo.br>]. Acesso em: 19.06.2014.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. *A codificação do direito*. ano 7, n. 60, p. 2-3, Teresina: Jus Navigandi, 01.11.2002. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/3549>]. Acesso em: 16.07.2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Os novos danos. Danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. *R454 Revista da Ejuse*, n. 18, Aracaju: Ejuse/TJ, 2013.

PETEFFI, Rafael. *A Responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para sua aplicação. Questões controvertidas, Série Grandes Temas do Direito Privado*. vol. 05, São Paulo: Método, 2006.

SAMPAIO. Da natureza jurídica do instituto da perda de uma chance. *Jornada de direito administrativo*. TRF-1.^a Reg. Escola de Magistratura Federal da Região, São Luís/MA, 2010.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9704-9703-1-PB.pdf]. Acesso em: 17.06.2014.

Pesquisas do Editorial

- RESPONSABILIDADE CIVIL: TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE, de Glenda Gonçalves Gondim - RT 840/2005/11
- A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO, de Gilberto Andreassa Junior - RDPriv 40/2009/177
- RESPONSABILIDADE POR PERDA DE CHANCES, de Fernando Noronha - RDPriv 23/2005/28
- A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: A TÉCNICA NA JURISPRUDÊNCIA FRANCESA, de Daniel Amaral Carnaúba - RT 922/2012/139
- A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO, de Glenda Gonçalves Gondim - RT 922/2012/611

Notícias

ESPECIAL

09/08/2020 06:55

Oportunidades perdidas, reparações possíveis: a teoria da perda de uma chance no STJ

Um paciente que, em vez de permanecer internado, recebe alta indevidamente e acaba morrendo. Um participante de *reality show* que, por erro do programa, é eliminado e deixa de concorrer ao prêmio final. Um investidor que tem suas ações vendidas antecipadamente, sem autorização, e perde a oportunidade de fazer um negócio melhor.

Em comum, essas situações envolvem a possibilidade de indenização com base na teoria da perda de uma chance. Adotada no âmbito da responsabilidade civil, essa teoria considera que quem, de forma intencional ou não, retira de outra pessoa a oportunidade de um dado benefício deve responder pelo fato.

De aplicação normalmente complexa, a teoria da perda de uma chance é continuamente analisada em diversos contextos e tem tido ampla aceitação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Probabilidade

No julgamento do **REsp 1.291.247**, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino explicou que a teoria foi desenvolvida na França (*la perte d'une chance*) e tem aplicação quando um evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

Segundo o ministro, o precedente mais antigo no direito francês foi um caso apreciado em 17 de julho de 1889 pela Corte de Cassação, que reconheceu o direito de uma parte a ser indenizada pela conduta negligente de um funcionário, o qual impediu que certo procedimento prosseguisse e, assim, tirou da parte a possibilidade de ganhar o processo.

Na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. Repara-se a chance perdida, e não o dano final.

REsp 1.291.247

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino



A Justiça francesa entendeu que a perda da chance para a parte demandante não foi apenas um prejuízo hipotético – embora não houvesse certeza acerca da decisão que seria tomada pelo tribunal no julgamento daquele caso.

"Em função disso, a jurisprudência francesa passou a reconhecer a existência de um dano certo e específico pela perda de uma chance, determinando o arbitramento da indenização em conformidade com a maior ou menor probabilidade de sucesso", afirmou.

De acordo com o ministro, a característica essencial da perda de uma chance é a certeza da probabilidade. "A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível", destacou.

Dano intermediário

Para o ministro Luis Felipe Salomão, a perda de uma chance é técnica decisória criada para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante de lesões a interesses aleatórios.

No julgamento do **REsp 1.540.153**, o ministro observou que a teoria não se aplica na reparação de "danos fantasiosos", e não serve para acolher "meras expectativas". No entender do ministro, o objetivo é reparar a chance que a vítima teria de obter uma vantagem.

"Na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano

emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado", explicou Salomão.

Responsabilidade do Estado

De acordo com o ministro Mauro Campbell Marques, a perda de uma chance implica um novo critério de mensuração do dano causado, já que o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo necessário fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo (**REsp 1.308.719**).

"A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá o montante da indenização", observou.



Segundo ele, a teoria da perda de uma chance tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas *stricto sensu*, mas também na responsabilidade civil do Estado.

"Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do artigo 37, **parágrafo 6º**, da Constituição Federal, é certo que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar determinado benefício", explicou.

Células-tronco

Para a Terceira Turma do STJ, tem direito a ser indenizada – com base na teoria da perda de uma chance – a criança que, em razão da ausência do preposto da empresa contratada por seus pais, não teve coletadas células-tronco embrionárias do seu cordão umbilical no único momento em que isso seria possível: a hora do parto.

No julgamento que tratou da possibilidade de reconhecimento de danos morais para o recém-nascido prejudicado (**REsp 1.291.247**), os ministros entenderam ter ficado configurada a responsabilidade civil pela perda de uma chance – o que dispensa a comprovação do dano final.

"É possível que o dano final nunca venha a se implementar, bastando que a pessoa recém-nascida seja plenamente saudável, nunca desenvolvendo qualquer doença tratável com a utilização de células-tronco retiradas do cordão umbilical. O certo, porém, é que perdeu definitivamente a chance de prevenir o tratamento dessas patologias, sendo essa chance perdida o objeto da indenização", explicou o relator do caso, ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Ações

Em 2018, a Quarta Turma aplicou a teoria da perda de uma chance (**REsp 1.540.153**) para estabelecer a responsabilidade de um banco pelo prejuízo que um

investidor teve ao ser privado de negociar suas ações por valor maior, após elas serem vendidas sem sua autorização.

Segundo o processo, o investidor contratou o banco para intermediar seus pedidos de compra e venda de ações na bolsa de valores. Porém, sem consultá-lo, o banco vendeu as ações, o que lhe trouxe prejuízo, pois o impediu de negociar os papéis em condições melhores.

O relator do recurso, ministro Luis Felipe Salomão, explicou que o investidor, tendo em vista a venda de suas ações sem autorização, perdeu a oportunidade de negociá-las em outro momento mais vantajoso.

"É plenamente possível reconhecer, sem muito esforço, que o ilícito praticado pelo recorrente impediu a chance de obtenção de vantagem esperada pelo investidor-autor, qual seja, a venda das ações por melhor preço – chance, inclusive, referendada pelo fato próximo e concreto da valorização das ações (um dia após a venda ilícita)", afirmou.

O dano causado na responsabilidade civil pela perda de uma chance é a perda da chance em si considerada, e não a vantagem esperada. Por isso, a indenização deve corresponder à própria chance, e não ao resultado útil esperado.

REsp 1.540.153

**Ministro
Luis Felipe Salomão**

Para a aplicação da teoria da perda de uma chance e o consequente reconhecimento do dever de indenizar, segundo Salomão, é preciso haver nexo de causalidade entre o ato ilícito – a venda antecipada das ações – e o dano – a perda da chance de venda valorizada dos papéis.

O relator destacou que o vínculo fundamental para caracterizar a responsabilidade do banco não está entre a sua conduta e a valorização das ações. "Interessa ver a relação entre a conduta e a própria oportunidade perdida, o que independe, em absoluto, de qualquer elasticidade do conceito de nexo de causalidade", destacou.

O ministro frisou que, na linha do que definem a doutrina e a jurisprudência do STJ, para a aplicação da teoria é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável, ou se não passaria de mera possibilidade aleatória.

Reality show

No **REsp 1.757.936**, a Terceira Turma manteve decisão que condenou as empresas organizadoras do programa *Amazônia – reality show*, exibido pela TV Record em 2012, ao pagamento de R\$ 125 mil a um participante que foi eliminado por erro na contagem de pontos na semifinal da competição.

"O tribunal de origem demonstrou que ficaram configurados os requisitos para reparação por perda de uma chance, tendo em vista a comprovação de erro na contagem de pontos na rodada semifinal da competição, o que tornou a eliminação do autor indevida, e a violação das regras da competição que asseguravam oportunidade de disputar rodada de desempate", afirmou o relator do recurso, ministro Villas Bôas Cueva.

De acordo com o processo, o participante do programa terminou a fase de perguntas e respostas da semifinal em situação de empate com outro competidor, mas foi eliminado por um erro na contagem dos pontos.

Villas Bôas Cueva disse que a teoria da perda de uma chance tem por objetivo reparar o dano decorrente da lesão de uma legítima expectativa que não se concretizou porque determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos e impediu a realização do resultado final esperado pelo indivíduo.

O ministro apontou que a reparação das chances perdidas tem fundamento nos artigos **186** e **927** do Código Civil de 2002, que estabelecem, respectivamente, uma cláusula geral de responsabilidade civil, utilizando um conceito amplo de dano, e o dever de reparar como consequência da prática de ato ilícito.

"Isso significa dizer que deve ficar demonstrado que a chance perdida é séria e real – não sendo suficiente a mera esperança ou expectativa da ocorrência do resultado, elementos inerentes à esfera de subjetividade do indivíduo – para que o dano seja indenizado", declarou.

Lucros cessantes

Para a Terceira Turma, se uma atividade empresarial nem teve início, não é possível aferir a probabilidade de que os lucros reclamados de fato ocorreriam. Com base nesse entendimento, os ministros negaram provimento ao **REsp 1.750.233**, interposto por uma empresa que pedia indenização por lucros cessantes alegando que o shopping no qual alugaria uma loja não foi entregue.

Segundo os autos, a empresa pediu a rescisão contratual e lucros cessantes pelo descumprimento do contrato de locação com a sociedade responsável pela construção

de um shopping em São Paulo, alegando que fez os pagamentos combinados, mas o prédio não foi inaugurado.

De acordo com a relatora, ministra Nancy Andrighi, para resolver a questão é necessário distinguir os conceitos de lucros cessantes e da perda de uma chance. Para ela, o primeiro, de acordo com o Código Civil, representa aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, por efeito direto e imediato da inexecução da obrigação pelo devedor.

A perda de uma chance não tem previsão expressa no nosso ordenamento jurídico, tratando-se de instituto originário do direito francês, recepcionado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, e que traz em si a ideia de que o ato ilícito que tolhe de alguém a oportunidade de obter uma situação futura melhor gera o dever de indenizar.

REsp 1.750.233

**Ministra
Nancy Andrighi**



Já a perda de uma chance, explicou a ministra, traz em si a ideia de que deve ser indenizado o ato ilícito que priva a pessoa da oportunidade de obter uma situação futura melhor.

Em seu voto, a relatora citou precedente da Quarta Turma (**REsp 1.190.180**) que considerou a perda de uma chance "algo intermediário entre o dano emergente e os lucros cessantes".

"Infere-se, pois, que nos lucros cessantes há a certeza da vantagem perdida, enquanto na perda de uma chance há a certeza da probabilidade perdida de se auferir a vantagem", esclareceu.

Erro médico

Ao verificar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos de erro médico, no julgamento do **REsp 1.662.338**, a Terceira Turma consignou, com base nos precedentes do tribunal: "A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada

como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas de cura do paciente".

Todavia, ao analisar o caso da morte de uma pessoa de 21 anos, os ministros entenderam que a perda de uma chance remota ou improvável de recuperação da paciente que recebeu alta hospitalar – em vez de ficar internada – não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando reconhecido pelo tribunal de segunda instância que a paciente era saudável, a conduta do médico não foi causa suficiente para sua morte, e a natureza do óbito é um dado raro e extraordinário na medicina.

No caso julgado, a jovem foi atendida no pronto-socorro em razão de um mal súbito e apresentou melhora após ser medicada. Recebeu alta e voltou para casa, mas faleceu em razão de um acidente vascular cerebral.



Segundo a relatora, ministra Nancy Andrighi, a apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, especialmente quando os métodos científicos são sujeitos a dúvidas, pois nesses casos não se pode falar em imperícia, imprudência ou negligência.

A partir dos fatos reconhecidos pela segunda instância, a ministra afirmou que "não é possível concluir que houve erro crasso passível de caracterizar uma frustração de chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de sobrevivência da vítima".

Acumulação de cargos

Em outro caso (**REsp 1.308.719**), o STJ decidiu que não se deve aplicar o critério referente à teoria da perda da chance, e sim o da efetiva extensão do dano causado (**artigo 944** do Código Civil), na hipótese em que o Estado tenha sido condenado por impedir um servidor público, em razão de interpretação equivocada, de continuar a exercer de forma cumulativa dois cargos públicos regularmente acumuláveis.

O relator, ministro Mauro Campbell Marques, afirmou que a teoria da perda de uma chance tem sido admitida no ordenamento jurídico brasileiro como uma das modalidades possíveis de mensuração do dano na responsabilidade civil.

Segundo o ministro, no caso analisado, foi equivocada a aplicação da teoria sob o argumento de que o recorrente perdeu a chance de continuar exercendo um cargo público em razão da interpretação errada por parte da administração pública quanto à impossibilidade de acumulação.

Para o relator, o dano material sofrido pelo recorrente não decorre da perda de uma chance, pois ele já exercia regularmente ambos os cargos de profissional de saúde. "Não se trata de perda de uma chance de exercício de ambos os cargos públicos porque isso já ocorria, sendo que o ato ilícito imputado ao ente estatal implicou efetivamente prejuízo de ordem certa e determinada", observou.

O caso – entendeu o ministro – deveria ter sido analisado sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado, devendo ser redimensionados o dano causado e a extensão da sua reparação.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s):

- **REsp 1291247**
- **REsp 1540153**
- **REsp 1308719**
- **REsp 1757936**
- **REsp 1750233**
- **REsp 1190180**
- **REsp 1662338**

Atendimento à imprensa: (61) 3319-8598 | imprensa@stj.jus.br

Informações processuais: (61) 3319-8410



+55 61 3319.8000



Banco do
Conhecimento



TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Banco do Conhecimento/ Jurisprudência/ Pesquisa Seleccionada/ Direito Civil

Data da atualização: 18.10.2018

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

[0023823-07.2014.8.19.0002](#) - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES - Julgamento: 28/03/2018 -
VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. ATRASO INJUSTIFICADO EM EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. DANO MORAL, LUCROS CESSANTES. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DESCABIMENTO. 1. Alega a autora como causa de pedir que, malgrado a conclusão do curso de Arquitetura e Urbanismo junto à ré, não logrou o recebimento de seu diploma, o que, alega, teria impedido o exercício de sua profissão. Acolhido o pedido cominatório para expedição do diploma, pleiteia em seu recurso a condenação das rés a indenização por dano material e moral. 2. Diante da falha indubitosa das rés que, ante o não atendimento das rogativas da autora, não pode ser considerado um mero aborrecimento a situação fática ocorrida no curso ou em razão da prestação de serviço que impele a autora ao ingresso de uma demanda judicial. O dano moral advém da postura abusiva e desrespeitosa das rés cuja conduta deixa na autora a sensação de impotência e revolta e indignação com inegáveis reflexos na esfera psicológica. 3. Diante das circunstâncias do caso concreto e obviamente considerando o inegável prejuízo à vida profissional da autora que o acesso ao diploma ocasiona, justo e adequado ao caso o valor de R\$10.000,00 a ser corrigido a partir da presente data conforme orientação da sumula 97 deste Tribunal e com juros legais desde a citação por considerar a responsabilidade de natureza contratual (art. 405 do CC/2002), ambos até a data do efetivo pagamento. 4. O pedido autoral de indenização por danos materiais ora especificados em lucros cessantes advindos da alegada impossibilidade de exercício da profissão para o qual buscou formação junto à ré enseja a incidência da "Teoria da Perda de Uma chance", o que pressupõe dano real, atual e certo dentro de um juízo de probabilidade e não de mera possibilidade. A mera formatura e acesso ao diploma não garantem à autora a aceitação em empresa para percepção de salários cujo valor apresenta como piso salarial da categoria. 5. Recurso parcialmente provido.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 28/03/2018

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 03/10/2018

Para ver todas as Ementas deste processo: [clique aqui](#)

=====

[0050580-32.2014.8.19.0004](#) - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). CHERUBIN HÉLCIAS SCHWARTZ JÚNIOR - Julgamento: 10/07/2018 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR VÍCIO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CLÁUSULA ABUSIVA DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE BLOQUEIO DE VEÍCULO E ENVIO DE EQUIPE DE BUSCA. DEFEITO: VEÍCULO NÃO FOI BLOQUEADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. A responsabilidade civil, de natureza objetiva, por vício na prestação de serviço ao consumidor é regulada pelo art. 14, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Para apurá-la, é necessário analisar se ocorreu defeito na prestação de serviço. Sendo, portanto, necessário apurar as prestações avençadas pelas partes. 2. "O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes" (art. 14, §1º, CDC.). "In casu", a prestação consiste no bloqueio e no envio de equipes de busca por apoio tático terrestre. No entanto, embora tenham sido enviados os comandos, o veículo não foi bloqueado. Desse modo, houve defeito na prestação do serviço, assim é dever do prestador de serviço compensar os danos causados, independentemente de culpa. 3. A teoria da perda de uma chance "Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outra parte, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima". Doutrina. É admitida apenas se houver séria e real possibilidade de êxito (REsp 1354100/TO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, REPDJe 06/03/2014, DJe 24/10/2013). No caso, a conduta que fez desaparecer a probabilidade de um benefício futuro refere-se ao defeito na prestação do serviço - o qual, se fosse prestado na forma pactuada, não faria desaparecer a probabilidade de se encontrar o veículo. Além disso, a possibilidade de êxito foi séria e real, em razão da forma como seria prestada. A prestação garantia o bloqueio, assim, se bloqueado o veículo, quem o dirigisse seria obrigado a abandoná-lo, sendo assim facilmente encontrado pelas autoridades ou até pela equipe de apoio, que deveriam ser também enviada. Ademais, havia a instalação de um alarme sonoro que avisava a todos que o carro estava sendo roubado. 4. Dano material fixado que merece pequena correção para equivaler a 80 % da tabela Molicar, nos termos expressos no contrato. 5. Dano moral fixado de forma proporcional e razoável. Recurso conhecido e provido, parcialmente, para estabelecer o dano material em 80 % sobre o valor da tabela Molicar, nos termos do voto do Desembargador Relator.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 10/07/2018

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 02/10/2018

Para ver todas as Ementas deste processo: [clique aqui](#)

=====

[0428225-40.2012.8.19.0001](#) - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 1ª
Ementa

Des(a). MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA - Julgamento: 21/03/2018 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO

DEMORA NO DIAGNÓSTICO

ÓBITO DO PACIENTE

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

APLICABILIDADE

DANO MORAL CONFIGURADO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. ATENDIMENTO MÉDICO REALIZADO EM UNIDADE PÚBLICA DE SAÚDE. EQUIPE MÉDICA QUE IGNOROU A SINTOMATOLOGIA DO PACIENTE. ÓBITO. PRETENSÃO COMPENSATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, CONDENANDO A MUNICIPALIDADE AO PAGAMENTO DE R\$ 100.000,00, A TÍTULO DE REPARAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. RECUSO PRIVATIVO DO ENTE PÚBLICO. 1 - Aplicação da teoria do risco administrativo. Exegese do artigo 37, § 3º, da CR. E.STF que firmou entendimento de que o Estado responde objetivamente por danos causados por conduta omissiva de agente estatal, inclusive em hipóteses de atendimento médico. Da dinâmica dos fatos, verifica-se que restou comprovado que a equipe médica da Unidade de Pronto-Atendimento de Vila Kennedy ignorou a sintomatologia apresentada pelo paciente, a qual demandava uma investigação diagnóstica mais acurada. Laudo Crítico apresentado pela Procuradoria-Geral do Município que não se revelou hábil a infirmar as conclusões apresentadas pela perita do Juízo, até mesmo porque reconhece que "não há dúvida de que poderiam ter sido aventadas outras hipóteses diagnósticas, como a própria leptospirose, que infelizmente só foi cogitada quatro dias depois do primeiro atendimento". Alegação de dubiedade do nexos causal apartada. A perícia indireta não se conduziu no sentido de asseverar que a municipalidade estava compelida a alcançar a certeza diagnóstica, e sim, assinalou que a equipe médica deixou de realizar anamnese e exames clínicos cotidianos simples, como, por exemplo, o "de palpação abdominal", assim como, de observar o resultado do hemograma realizado em 02/08/2012, data do primeiro atendimento prestado ao finado filho do autor, que indicava a existência de quadro de infecção bacteriana, e não meramente viral. Equivoca-se, igualmente, o ente municipal ao afirmar que lhe foi imputada a obrigação de "cura certa para todas as possíveis doenças", porquanto, em tempo algum, foi veiculado no laudo técnico tal dever, sendo certo que hipótese em apreciação não se insere na seara de cura e sim na de adoção da boa prática médica para a apuração diagnóstica. 2 - O Poder Público, ao receber um paciente em qualquer estabelecimento da rede pública de saúde, assume o compromisso de zelar pela preservação da sua integridade física, da sua saúde e da sua vida. Tem o dever de empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de ser responsabilizado civilmente pelos danos ocorridos. O profissional não pode ser responsabilizado por resultados indesejados. O que se exige é que o médico esteja atento aos relatos dos pacientes, à anamnese e realize exames clínicos e laboratoriais complementares com vistas à elucidação diagnóstica, o que não ocorreu na hipótese em exame. Administração Pública que atua como garantidora e, por omissão, cria situação que tem como consequência a ocorrência do dano. Isto se dá em razão do fato de que os médicos, no exercício da função, assumem o dever de empregar todos os meios, técnicas e habilidades necessárias a fim de resguardar a integridade, saúde e a vida dos pacientes. Laudo pericial que constatou que, tendo em vista o quadro patológico apresentado pelo paciente, o serviço médico aplicável ao caso não foi aquele que foi efetivamente prestado pela unidade médica, que agiu de modo negligente e atraiu a responsabilidade objetiva pelos danos causados. Caracterização de omissão específica da Edilidade, porquanto houve o descumprimento do dever jurídico de realizar exames cotidianos, analisar os resultados dos exames laboratoriais (hemograma) e observar as evidências do quadro clínico do paciente, materializando-se como causa direta e imediata da privação da oportunidade de impedir a ocorrência do óbito do paciente. Aplicação

da teoria importada do direito francês, conhecida como a "Teoria da Perda de Uma Chance". A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de um benefício futuro provável. Deve-se realizar um balanço das perspectivas a favor e contra. No caso sub judice, inarredável a conclusão de que a procrastinação excessiva na apuração diagnóstica redundou na dispensação de tratamento médico inadequado ao paciente, o que reduziu drasticamente as possibilidades concretas e reais de sua cura, ressaltando, por oportuno, na hipótese dessa modalidade autônoma de indenização, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou o paciente. Precedentes do E.STJ. Assim, estabelecido o elo entre a conduta omissiva do Estado e os danos suportados pela vítima, tendo em vista que não há nos autos qualquer elemento que afaste o nexo de causal pelos danos causados e elida a responsabilidade estatal. Diante de tais dados, sendo o agente causador dos danos uma pessoa jurídica de direito público, a obrigação de indenizar resta latente. 3 - Verba compensatória arbitrada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) que não merece reparo, posto que fixada em observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo certo que tal valor não importa em enriquecimento ilícito, mas atende à específica finalidade de amenizar o sofrimento pelo qual o autor passou e ainda passa. Aplicação do verbete nº 343 da súmula da Jurisprudência desta Corte Estadual. Juros legais que deverão incidir a partir da data da prolação da sentença. Dano moral puro. Verba compensatória que somente passa a ter expressão em dinheiro a partir do decisum que determinou o respectivo valor. Inteligência do artigo 407 do CC. Somente após a declaração de existência do dano e seu arbitramento é que o devedor pode livrar-se da dívida, sendo a partir deste momento que se deve falar em mora do réu. Reforma da sentença, de ofício, no que tange aos consectários legais, fundada no recente julgado proferido pelo E.STF nos autos do RE nº 870947/SE (Tema 810), apreciado e decidido em Repercussão Geral. Juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança. Adoção do IPCA-E para a correção monetária. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 21/03/2018

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 13/06/2018

=====

0323496-60.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO - **1ª Ementa**

Des(a). CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA - Julgamento: 14/11/2017 - OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DAS AUTORAS. RECURSO ADESIVO DA SEGUNDA RÉ. A sentença julgou improcedente o pedido e não houve sucumbência recíproca, de modo que o recurso adesivo não deve ser conhecido, por ausência de requisito de admissibilidade. Inteligência do art. 500, CPC/1973. Cinge-se a controvérsia recursal em examinar a responsabilidade civil do advogado decorrente da ausência de interposição de recurso voluntário contra a sentença desfavorável a seu cliente. O advogado não é obrigado a aceitar o patrocínio de uma causa, mas, se o faz assume uma obrigação de meio, entendendo-se por isso o dever de defender seu cliente com atenção máxima. Cabia aos réus zelar pelo bom andamento da causa, restando demonstrados o ato ilícito, conduta omissiva; a

culpa, negligência no exercício do mandato; onexo causal e o dano, o trânsito em julgado da sentença desfavorável, sem ter sido submetida ao duplo grau de jurisdição. Ao deixar transcorrer o prazo para apelar sem tomar nenhuma providência frustraram a chance de êxito de seu cliente. Ainda que esta pudesse ser considerada remota, pois, havia a expectativa de ganho ou de diminuição do prejuízo por parte do cliente. O agir do advogado afastou o direito constitucional à ampla defesa. Segundo a Teoria da Perda de uma Chance estará afetada a dignidade humana pela frustração da justa expectativa do indivíduo, que ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa tem o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. No caso a apelada foi impossibilitada de ter a sua pretensão apreciada pela instância superior, sem que lhe fosse explicado o motivo da não interposição do recurso. O advogado não está obrigado a recorrer de todas as decisões, mas, se não o faz tem o dever de informar e explicar ao cliente os motivos da não interposição do recurso, em obediência a obrigação de meio assumida, pois, pode ser que no caso sob seu patrocínio o recurso não seja a melhor medida. Entretanto, não recorrer nem dar qualquer notícia ao cliente sobre esta atitude leva a perda de uma chance, tendo em vista que o duplo grau de jurisdição é garantia constitucional decorrente dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Os réus devem arcar com as consequências de sua atuação negligente, posto que caracterizada a falha na prestação dos serviços advocatícios. A indenização não deve ser mensurada pelo valor da condenação irrecorrida, mas, pela perda da oportunidade das autoras de terem acesso ao duplo grau de jurisdição, ou seja, pela perda da possibilidade de ter o seu recurso apreciado pelo Tribunal. Nessa linha, considerando a natureza da lide, a capacidade econômica das partes, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mostra-se razoável o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) - que corresponde a aproximadamente 1/3 do valor atualizado pago a título de honorários contratuais - que deverá ser suportado, solidariamente, pelos réus, em razão do inadimplemento parcial do contrato de prestação de serviços advocatícios. NÃO CONHECIMENTO do recurso adesivo. CONHECIMENTO e PARCIAL PROVIMENTO da apelação para condenar os réus a pagarem às autoras o valor de R\$3.000,00 (três mil reais) a título de danos materiais.

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 14/11/2017

=====

0040859-07.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 1ª
Ementa

Des(a). MARIA INÊS DA PENHA GASPAR - Julgamento: 02/08/2017 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Recursos manejados contra a sentença que julgou procedente o pedido inicial, condenando a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais no patamar de R\$ 25.000,00. A responsabilidade civil do Estado, na hipótese, é objetiva, nos termos do art. 37, §6º, da CRFB, pois, ainda que o dever hospitalar não gere para o nosocômio uma obrigação de resultado (para salvar a vida do paciente), deve, ao menos, empreender esforços para tanto. No caso concreto, a perícia realizada nos autos foi categórica em afirmar, dentre outras coisas, que o quadro clínico da vítima implicava sua internação no Hospital, com a realização de exames que não foram a ela solicitados, não tendo sido investigadas suas queixas ou realizado o diagnóstico, concluindo que houve precipitação do nosocômio em dar alta para a paciente. Escorreita a conclusão da sentença no sentido de que houve falha no atendimento médico prestado à genitora do autor no Hospital Estadual Alberto Torres, consistente na omissão nas cautelas exigidas dos profissionais médicos que atenderam a paciente, a quem cabiam envidar todos os esforços e meios ao seu

alcance para que a saúde/vida da mãe do Autor fosse preservada. Perfeitamente aplicável à hipótese, portanto, a teoria da perda de uma chance, que surge na doutrina da responsabilidade civil justamente para determinar a existência do dever de indenizar quando, em que pese a impossibilidade de comprovar de modo conclusivo um nexo de causalidade entre a conduta e o dano (se a genitora do autor viria à óbito ainda que realizada sua internação com o diagnóstico de suas queixas), estiver demonstrado que o réu deixou de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a possibilidade de ocorrência do evento danoso, o que é o caso. A perda dos pais gera profundo sentimento de tristeza e dor. Danos morais in re ipsa. Considerando as peculiaridades do caso concreto e, ainda, levando-se em conta a jurisprudência deste Tribunal em casos análogos, bem como o caráter pedagógico-punitivo da indenização, tem-se que o quantum fixado foi muito modesto, devendo ser este elevado para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor que se mostra mais razoável e proporcional aos danos sofridos. Provimento parcial do recurso do autor e desprovimento do apelo do réu.

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 02/08/2017

=====

0010801-54.2009.8.19.0066 - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). CELSO LUIZ DE MATOS PERES - Julgamento: 12/04/2017 - DÉCIMA CÂMARA CÍVEL

Apelação cível. Ação indenizatória por dano moral e material. Discussão acerca da responsabilidade de advogada, já falecida, quando mandatária do autor em reclamação trabalhista julgada extinta sem apreciação do mérito. Sentença que reconheceu o dano moral e afastou o dano material. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Reclamação proposta em 2001. Sentença trabalhista extintiva com base na inépcia da inicial, prolatada após inúmeras etapas processuais, sem oportunizar a emenda prevista no artigo 284 do CPC/1973. Análise da responsabilidade sob o enfoque da perda do prazo para recorrer, destacando-se o fato de que o próprio autor assume não haver concedido nova procuração para a renovação do pleito dentro do prazo prescricional de 02 (dois anos), peculiar da esfera trabalhista. Interrupção da prescrição que ocorre com o simples ajuizamento da reclamação. A prática comum naquela seara é a propositura de ação sem o menor fundamento jurídico, visando única e exclusivamente a interrupção da prescrição para garantir eventuais direitos trabalhistas. Outra prática corriqueira consiste no atuar do causídico em deixar transcorrer o prazo recursal, quando o feito é extinto sem julgamento do mérito, pela possibilidade de renovação da ação (prazo bienal), como também por ser isento do pagamento das custas, tanto no início, quanto no final do processo. Precário acervo probatório dos autos que não demonstra, de forma inequívoca, a culpa da advogada falecida por eventual atuar desidioso enquanto na defesa dos direitos da parte autora em reclamação trabalhista. Improcedência do pedido. Primeiro recurso a que se dá provimento, prejudicado o segundo apelo.

Decisão Monocrática - Data de Julgamento: 12/04/2017

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 19/07/2017

=====

0008222-62.2011.8.19.0067 - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA - Julgamento: 16/11/2016 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL. NEGATIVA DE ABERTURA DE CONTA SALÁRIO EM RAZÃO DE DÍVIDA PRETÉRITA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DÉBITO. PERDA DA OPORTUNIDADE DE EMPREGO. DANO MORAL. MAJORAÇÃO. Ação proposta por consumidor em face de instituição financeira, que se negou a realizar abertura de conta-salário, em razão de dívida pretérita. Pedido de condenação de a ré abrir conta salário e a indenizar dano moral com o pagamento de R\$ 33.000,00. Sentença de parcial procedência que condenou a ré a proceder com a abertura de conta salário em nome do autor, se este comprovasse vínculo com a empresa mencionada por ele, e a indenizar dano moral com o pagamento de R\$ 3.000,00. Apelo do autor, pleiteando a majoração do quantum indenizatório para R\$ 33.000,00, uma vez que não pode ser contratado pela empresa. 1. Aplica-se a teoria da perda de uma chance, levando-se em consideração as reais possibilidades de êxito eventualmente perdidas em razão da conduta da ré, a fim de ensejar a reparação pecuniária. 2. As condições socioeconômicas das partes e a gravidade do dano causado ao autor, que por óbvio precisava imediatamente do emprego para o seu sustento, devem ser levadas em conta para se ter como indicador da reprovação da conduta da demandada. A indenização de dano moral com o pagamento de R\$ 3.000,00 não compensa o dano nem sanciona seu causador, sendo razoável fixá-la em R\$ 7.000,00. 3. É prematuro em qualquer sentença se determinar a baixa na distribuição e o arquivamento dos autos, tanto que ocorra o trânsito em julgado, porque isso, sobre ser "contra legem", vulnera o princípio da efetividade do processo e o de sua duração razoável. 4. Recurso a que se dá parcial provimento.

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 16/11/2016

=====

0038592-19.2008.8.19.0038 - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). WILSON DO NASCIMENTO REIS - Julgamento: 26/09/2016 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLANO DE SAÚDE. DEMORA EXCESSIVA NA ENTREGA DE VÁLVULA NECESSÁRIA AO PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA. MORTE DO SEGURADO, FILHO DA AUTORA. DEPOIMENTOS DA EQUIPE MÉDICA RESPONSÁVEL QUE ATESTAM A FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESRESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VERBA COMPENSATÓRIA CORRETAMENTE FIXADA. É exigível das operadoras de planos de saúde a rápida resolução das solicitações médicas a respeito de internações e solicitação de material necessário para procedimentos de urgência em virtude do inegável risco de vida e à saúde no ramo que atuam, sendo desproporcional e injustificado qualquer atraso em virtude de entraves burocráticos. Patente a falha na prestação do serviço, resultante da demora excessiva, que gera violação a direito da personalidade e angústia para os familiares do paciente internado em estado grave de saúde. Realizando-se uma ponderação dos princípios envolvidos na questão, norteadas pelo princípio da proporcionalidade, tem-se que o direito fundamental de respeito da dignidade da pessoa humana, in casu, prepondera em face do mero direito obrigacional do apelado, não sendo razoável se sacrificar uma vida humana em virtude de entraves burocráticos que prolongam o adequado tratamento médico dos pacientes em estado grave de saúde. Não se pode olvidar que o réu, ao demorar a fornecer o material necessário ao procedimento médico inviabilizou uma autêntica oportunidade de prolongamento da vida do segurado do plano, importando no dever de indenizar os familiares da vítima pelo prejuízo experimentado com a perda da oportunidade do êxito. A verba compensatória fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) mostra-se adequada ao dano sofrido, não merecendo redução, em razão de todo o transtorno que autora suportou pela

demora da ré, ocasionando a morte de seu filho, sem nenhuma possibilidade de melhora em virtude de excessiva demora na entrega do material necessário para o procedimento cirúrgico. Recurso ao qual se nega provimento.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 26/09/2016

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 26/10/2016

=====

[0046178-53.2010.8.19.0001](#) - APELAÇÃO - **1ª Ementa**

Des(a). WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO - Julgamento: 20/07/2016 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRETENSÃO COMPENSATÓRIA DE DANOS MORAIS, SUPOSTAMENTE DECORRENTES DE FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. PACIENTE QUE, APRESENTA COMPLICAÇÕES IMEDIATAMENTE APÓS TER SIDO SUBMETIDO A UM EXAME DE BRONCOSCOPIA, VINDO A ÓBITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELA PARTE AUTORA VISANDO À REFORMA INTEGRAL DA SENTENÇA. PROVA DOS AUTOS QUE INDICA TER HAVIDO A PERDA DE UMA POSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL CONFIGURADO NA ESPÉCIE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, PARA CONDENAR A RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, QUE ORA ARBITRO EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), QUE MELHOR ATENDE AO CARÁTER PUNITIVO DA CONDENAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA, A CONTAR DA PRESENTE DATA, O JUROS LEGAIS, A PARTIR DA CITAÇÃO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 20/07/2016

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 24/08/2016

=====

[0019778-61.2005.8.19.0038](#) - APELAÇÃO - **1ª Ementa**

Des(a). ANTÔNIO CARLOS ARRABIDA PAES - Julgamento: 13/04/2016 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. AUTOR MENOR IMPÚBERE QUE DEU ENTRADA NO HOSPITAL RÉU COM QUADRO DE MENINGOCOCCEMIA, CORRETAMENTE DIAGNOSTICADA E TRATADA PELA EQUIPE MÉDICA, DE ACORDO COM O LAUDO PERICIAL. EPISÓDIO DE EXTUBAÇÃO OCORRIDO DURANTE O PERÍODO DE INTERNAÇÃO EM UTI PEDIÁTRICA. POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DESTE EPISÓDIO NO RESULTADO PRODUZIDO NO MENOR COM RELAÇÃO AOS DANOS NEUROLÓGICOS QUE O ACOMETERAM, NOS TERMOS DOS ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELO EXPERT. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS RÉUS (ART. 14 CDC). SOLIDARIEDADE DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE (ARTS. 70 E 25, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC). DANO MORAL FIXADO DE MANEIRA ADEQUADA PELO JUÍZO A QUO, NO VALOR DE R\$150.000,00 PARA O MENOR E R\$50.000,00 PARA SUA GENITORA. PENSIONAMENTO VITALÍCIO A SER PAGO AO AUTOR YAN CARLOS A PARTIR DOS 14 ANOS DE IDADE. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA ADEQUADAMENTE FIXADOS EM 10% DO VALOR DA CONDENAÇÃO. SENTENÇA PRESTIGIADA. NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 13/04/2016

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 29/06/2016

=====

**Diretoria Geral de Comunicação e de Difusão do Conhecimento (DGCOM)
Departamento de Gestão e Disseminação do Conhecimento (DECCO)**

Elaborado pela Equipe do Serviço de Pesquisa e Análise de Jurisprudência (SEPEJ)
Disponibilizado pela Equipe do Serviço de Captação e Estruturação do Conhecimento (SEESC) da
Divisão de Organização de Acervos do Conhecimento (DICAC)

Para sugestões, elogios e críticas: jurisprudencia@tjrj.ius.br

Responsabilidade civil pela perda de uma chance

*Paulo Henrique Ribeiro Garcia*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Théo Assuar Gragnano

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: I. Introdução. II. Pressuposto jurídico da análise. III. Pressuposto fático da perda da chance – a situação subjetiva do lesado. IV. A reparação da perda da chance. V. Chances perdidas como dano certo. VI. Chances reais e sérias. VII. A quantificação do prejuízo-chance. VIII. Conclusão. IX. Bibliografia.

I. Introdução

Chance é a possibilidade, a probabilidade de ocorrência de um evento que, favorável a alguém, configura uma vantagem potencial e desperta o interesse na sua concretização, frequentemente mobilizando esforços e balizando decisões.

Está relacionada, portanto, a situações fáticas de desfecho incerto nas quais alguém toma parte, voluntária ou involuntariamente, sem saber se obterá ou não uma vantagem ao final. A vantagem mostra-se possível, mas não certa, como se dá, por exemplo, na participação em um concurso literário (em relação a determinado concorrente), na aposta em um jogo (relativamente ao apostador), num processo judicial (em relação à parte) ou no tratamento de uma doença (quanto ao paciente).

A incerteza quanto ao resultado final de determinado evento pode ter diversas origens, como o desconhecimento das regras de causa e efeito ou das leis da natureza. Seja qual for a causa, dado evento será taxado de aleatório ou incerto, como ensina Daniel Amaral Carnáuba,

¹ Especialista em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura.

porque não dispomos de todas as informações necessárias para dizer se ele existirá ou não.²

A sociedade, em desenvolvimento, conhece cada vez mais e melhor os fenômenos naturais, sejam físicos, químicos ou biológicos. Simultaneamente, avançam os conhecimentos da estatística, conferindo algum grau de previsibilidade a eventos aleatórios³.

De resultado mais ou menos previsível, certo é que eventos aleatórios, das mais variadas ordens, caracterizam diversos fenômenos sociais e constituem fator de influência às decisões individuais, podendo, inclusive, em determinadas circunstâncias, ingressar no tráfego jurídico como objeto de trocas.

Na medida em que balizam decisões, mobilizam esforços, investimentos e constituem, enfim, objeto de legítimo interesse humano, os eventos aleatórios, especificamente as chances de obtenção de uma vantagem ou de coarctação de um prejuízo têm reclamado a tutela do direito, notadamente quando frustradas, dissipadas ou perdidas por conduta imputável a outrem.

Essa é a questão que se pretende abordar neste artigo, no âmbito da responsabilidade civil.

II. Pressuposto jurídico da análise

Destaca Alain Bénabent⁴ que o Direito Privado prevê um sistema de proteção dos interesses aleatórios, considerando os dois vetores do direito das obrigações: o contrato⁵ e a responsabilidade civil.

Quanto ao sistema de responsabilidade civil, nosso ordenamento, semelhantemente ao direito francês, está estruturado em um modelo de cláusula geral⁶ ou aberto (artigos 186 e 927, *caput* e parágrafo úni-

² *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Método, 2013. p. 1.

³ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Método, 2013. p. 7-8.

⁴ Citado por Daniel Amaral Carnaúba, in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, São Paulo: Método, 2013, p. 76.

⁵ Contrato aleatório, teoria da imprevisão, exceção de inseguridade são exemplos de dispositivos contratuais destinados a disciplinar eventos aleatórios.

⁶ Nesse sentido, a lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy que enfatiza a existência de uma cláusula geral da responsabilidade civil tanto para a responsabilidade subjetiva, desde o Código Civil de 1916, como também para a responsabilidade sem culpa do vigente artigo 927, do Código Civil de 2002 (in: *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181).

co, do Código Civil), no qual os interesses cuja violação caracteriza um dano reparável não são enumerados em rol fechado⁷.

Desse modo, a partir da norma genérica, necessário se apresenta a construção de uma diretriz conceitual apta a enfrentar o problema básico que o sistema de responsabilidade civil busca solucionar, que consiste em definir em que casos e sob quais condições será permitido ao lesado fazer repercutir o dano sofrido sobre a esfera jurídico-patrimonial de outrem⁸.

Satisfaz, para tanto, aquele conceito unitário de responsabilidade proposto por Marco Comporti, de reação a um dano injusto mediante a atribuição ressarcitória a determinado sujeito, por intermédio de um dos diversos critérios de imputação oferecidos pelo sistema normativo⁹.

O dano injusto espelha aquele prejuízo que a vítima não deveria experimentar e cujos efeitos, por isso, não deve suportar. Não se restringe, porém, aos casos de violação de um direito subjetivo previsto pela norma, estendendo-se às expectativas consideradas legítimas, ou seja, a certas posições subjetivas. Disso decorre a consagração do conceito de dano como a lesão de um interesse legítimo juridicamente protegido (definição que compreende as duas figuras: direito subjetivo e posição subjetiva)¹⁰.

A partir do reconhecimento da centralidade da Constituição¹¹, da força normativa dos princípios nela consagrados e da adoção das denominadas cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, tem sido possível observar, impulsionado pelo princípio da dignidade humana, da solidariedade (ou solidarismo) e da reparação integral, um movimento de flexibilização do nexu causal e uma vertiginosa expansão dos danos indenizáveis.¹²⁻¹³

⁷ VISINTINI, Giovanna, in: *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Astrea, 1999, v. 2, p. 4.

⁸ A principal função da responsabilidade civil consiste em assegurar à pessoa lesada a reparação de seu dano (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les effets de la responsabilité*. Direção de Jacques Ghestin. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 1).

⁹ Citado por Claudio Luiz Bueno de Godoy, in: *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

¹⁰ VISINTINI, Giovanna, in: *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Astrea, 1999, v. 2, p. 5.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 360-372.

¹² “Ao estudar a grande modificação engendrada pelo surgimento do paradigma solidarista, observa-se que os autores costumam indicar a relativização de apenas um dos requisitos aludidos como consequência da objetivação da reparação de danos: a culpa. Entretanto, acredita-se que o desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil também provoca modificações profundas em outros

Constata-se, com José Oliveira de Ascensão, que o “*Direito Civil é cada vez mais valorativo e menos formalista*” e a sua aplicação “*torna-se assim menos segura; mas torna-se muito mais justa, porque a solução pode ser moldada ao caso a regular*”. Tais características não podem, todavia, descambar para o voluntarismo judicial, sob pena de solapar-se a segurança jurídica e abalar um dos pilares do Estado de Direito (a divisão funcional dos poderes):

O sistema não pode desaguar no sentimentalismo, que faz desaparecer a previsibilidade e, portanto, a segurança das pessoas, nem no empirismo, em que se perde a coerência do sistema. Supõe necessariamente uma racionalização. Deve fundar-se em princípios racionalmente fundados, logo comprováveis. Só assim as cláusulas gerais podem servir de respiradouro sem pôr em risco a justificação racional de cada decisão¹⁴.

A posição subjetiva daquele que se encontra em um processo aleatório (situação fática), com legítima expectativa de um resultado que lhe seja favorável (efeitos jurídicos), não pode ser sempre valorada, de maneira apodítica, como algo insignificante, pelo só fato de ser incerta a obtenção do benefício visado. O interesse aleatório, como já afirmado, baliza decisões e mobiliza esforços, relacionando-se fortemente ao poder de autodeterminação do indivíduo.

A proteção jurídica dos interesses aleatórios pode se justificar, desde que a situação subjetiva do respectivo titular se amolde àquele conceito de interesse legítimo relacionado ao dano injusto, cujos pressupostos impende verificar.

requisitos tradicionais, como o nexo de causalidade e o dano”, Rafael Pateffi da Silva, in: Responsabilidade civil pela perda de uma chance, 3. ed., Atlas, p. 6.

¹³ As profundas transformações verificadas no âmbito da responsabilidade civil não cessaram com o derruimento da culpa. Seguem avançando sobre os demais pressupostos tradicionais, atingindo o nexo causal e o conceito de dano ressarcível, a ponto de a mais autorizada doutrina falar em *erosão dos filtros da reparação*. Nesse sentido, a obra de Anderson Schreiber, *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, com o expressivo subtítulo: *da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*.

¹⁴ Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As Pessoas. Os bens. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2010. v. 1, p. 23-24.

III. Pressuposto fático da perda da chance – a situação subjetiva do lesado

Embora não se possa considerar a responsabilidade pelas chances perdidas um tema propriamente novo, se levado em conta o direito estrangeiro¹⁵, o fato é que no Brasil apenas recentemente se pôde observar a multiplicação de demandas invocando esta teoria e a repercussão favorável na jurisprudência em relação a algumas das hipóteses submetidas aos tribunais¹⁶.

A responsabilidade pela perda de uma chance tem sido invocada em casos de: (i) falhas cometidas por advogado que privaram o cliente da chance de obter êxito na demanda judicial (STJ, Resp n. 993.636/RJ, j. 27.03.2012, Rel. Min. Luis Felipe Salomão); (ii) erro médico por força do qual foram subtraídas ao paciente chances de cura ou sobrevida (STJ, REsp 1.254.141/PR, Rel. Min. Nancy Andighi, j. 4.12.2012); (iii) falha em sistema antifurto que reduziu as chances de evitar a subtração de bens (TJPR, Apelação Cível n. 551308-0-, Rel. Des. Albino Jacomel, j. 15.10.2009); (iv) indevida exclusão de concorrente de sorteio, eliminando as chances de ser contemplado (STJ, EDcl no AgRg no AI 1.196.957/DF, Rel. Min. Isabel Galloti, j. 10.04.2012); (v) formulação de pergunta sem alternativa de resposta correta, na última fase de competição de perguntas e respostas, eliminando as chances de êxito do concorrente (STJ, REsp n. 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 8.11.2005).

Essas hipóteses todas têm ao menos quatro elementos em comum, que caracterizam e distinguem a situação fática da perda de uma chance.

A *preexistência de um interesse sobre um resultado aleatório* é o primeiro elemento necessário para a configuração da situação subjetiva

¹⁵ Alguns autores indicam, como pioneiro, acórdão proferido pela Câmara de Recursos da Corte de Cassação francesa em 17.07.1889. Daniel Carnaúba sustenta, porém, que essa decisão não aplicou o conceito de perda de uma chance, adotado realmente apenas em 1932 (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 11 e 96).

¹⁶ Rafael Pettefi da Silva aponta o acórdão proferido na Apelação Cível n. 58907996, do TJRS, relatada pelo então Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior e julgada em 12.06.1990, como o primeiro em que a teoria da perda de uma chance foi mencionada, embora não tenha sido efetivamente aplicada. A apelação versava hipótese de erro médico e o órgão julgador entendeu que estava provado o nexo causal entre a conduta do réu e o dano final, afastando, assim, a aplicação da teoria da perda de uma chance (op. cit., p. 210). O *leading case*, porém, é identificado com o célebre caso do Show do Milhão, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2005 (Resp n. 788.459/BA, rel. Min Fernando Gonçalves).

da perda de uma chance, conforme lição de Daniel Amaral Carnáuba.¹⁷ Observa-se o curso de um processo fático cujo desfecho, potencialmente benéfico a alguém, é aleatório (o processo judicial, o tratamento de uma doença, o curso de um delito, um sorteio ou o concurso de perguntas e respostas). Há probabilidade de superveniência do resultado favorável e, assim, o interessado no benefício potencial tem chances de que ele se concretize (chances de obter sucesso no processo judicial, a cura da doença, a não concretização da subtração de seus bens, o sorteio de seu nome e a vitória no concurso de perguntas e resposta).

Esse resultado aleatório pode ser positivo (chance de se obter vantagem) ou negativo (chance de se afastar um prejuízo) e há, quanto à sua ocorrência, uma incerteza intrínseca ao processo fático em curso e não criada pelo autor do ilícito.

O segundo elemento, que inspira o nome da teoria, é a *perda da chance*. Ocorre a eliminação ou diminuição da chance de se obter o resultado favorável em virtude da conduta comissiva ou omissiva de alguém¹⁸.

Essa diminuição ou perda da chance somente adquire relevância se a ela se soma a certeza do infortúnio, isto é, se o resultado aleatório desejado se frustra definitivamente. A existência da álea no curso dos fatos (incerteza) é substituída por uma certeza: a não obtenção do resultado aleatório desejado (no processo judicial no qual o advogado perdeu o prazo, sobreveio decisão definitiva desfavorável ao cliente; o paciente cujas chances de cura ou sobrevida foram subtraídas faleceu ou experimentou a consolidação das lesões; os bens do tomador do serviço de alarme que não funcionou foram efetivamente furtados; o sorteio do qual um dos concorrentes se viu indevidamente excluído foi realizado)¹⁹.

Como terceiro elemento, exige-se uma *conduta comissiva ou omissiva de alguém que interfere no regular curso do processo fático aleatório*, subtraindo ou diminuindo as chances do interessado. Tal

¹⁷ *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013.

¹⁸ Em se tratando de perda de chance, a conduta do agente não cria o risco, ao contrário, elimina a álea e a própria chance de obter a vantagem. Se o agente cria o risco, que posteriormente se desencadeia em um dano à vítima, a questão foge do âmbito da perda de uma chance e se situa no campo da responsabilidade por risco criado.

¹⁹ Se a perda da vantagem é elemento lógico e automático decorrente da privação total das chances de obtenção do resultado favorável, o mesmo não se pode dizer a respeito da situação em que existe apenas a diminuição das chances, hipótese em que se exige o término do processo aleatório a fim de se constatar se a diminuição da chance foi significativa ou não.

conduta não se insere na álea do processo fático e tem por consequência a privação, total ou parcial, das chances de o interessado obter o resultado favorável por ele desejado. O efeito direto da conduta é a privação ou diminuição das chances.

A perda do prazo pelo advogado tem como consequência a subtração das chances de vitória na demanda, o equívoco no tratamento dispensado pelo médico diminuiu as chances de cura ou sobrevida, o não funcionamento do sistema alarme privou a vítima das chances de evitar a subtração patrimonial, a indevida exclusão do nome do concorrente do sorteio o privou das chances de ser contemplado e a formulação de pergunta sem alternativa de resposta correta subtraiu ao participante a chance de sagrar-se campeão do concurso de perguntas e respostas.

Mas não se pode afirmar, em nenhum desses casos, o nexó de causalidade jurídica entre a conduta do lesante e o prejuízo final experimentado pelo lesado, uma vez que tal prejuízo poderia ter se verificado a despeito da conduta daquele.

Em relação ao resultado final desejado pelo lesado, a conduta do lesante tem por efeito direto apenas inviabilizar o conhecimento sobre se a vantagem seria ou não obtida.

Essa é a quarta característica da situação subjetiva da perda de uma chance: a *incerteza contrafactual*, adotando-se aqui o expressivo termo utilizado por Daniel Amaral Carnaúba²⁰.

Em lógica, contrafactual é a situação ou evento que não aconteceu, mas poderia ter acontecido. Assim, a incerteza contrafactual representa a dúvida em relação àquele que teria sido o resultado do processo aleatório, ou seja, o que teria ocorrido caso o agente não tivesse atuado.

Não é possível saber se o autor seria vitorioso sem a falha do advogado; se acabaria curado não fosse a falha do médico; se preservaria seus bens acaso o sistema antifurto houvesse funcionado adequadamente; se o sorteio o contemplaria caso seu nome não tivesse sido indevidamente excluído; ou, finalmente, se venceria o concurso de perguntas e respostas se uma questão válida houvesse sido formulada.

Nas precisas palavras de Daniel Carnaúba, isso se dá porque, olvidada uma ou mais regras causais ou um dado da realidade impassível de revelação:

²⁰ *Responsabilidade civil pela perda de uma chance - a álea e a técnica*. Método. 2013.

A persistência de um elemento desconhecido atinge um dos pilares de nosso pensamento: as regras de causa e efeito. A ignorância impede que a causalidade seja posta em prática e, por essa razão, a determinação do evento considerado aleatório torna-se matematicamente impossível, de forma que nenhuma afirmação categórica sobre sua existência pode ser feita [...] A confirmação ou a negação de um evento aleatório depende de uma variável, incerta por definição”²¹.

Para que exista a incerteza contrafactual, portanto, deve ser inconclusiva a tarefa de estabelecer o nexos de causalidade jurídica entre a perda do benefício que o lesado poderia auferir ao final do processo aleatório e a conduta tida como lesiva²².

IV. A reparação da perda da chance

A histórica solução para casos de perda de uma chance, ante os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil (conduta, dano e nexos causal), era de rejeição da pretensão indenizatória, uma vez que não se identificava o nexos causal entre a conduta do réu e a perda da vantagem esperada pelo lesado ao final do processo aleatório; vantagem que, aleatória, não se amoldaria ao conceito de dano certo.

Considerando insuficiente essa resposta, a jurisprudência francesa, pelo menos desde os anos trinta do século passado, em caminho que recentemente começou a ser trilhado pelos tribunais brasileiros, passou a conceder reparações às chances (de obtenção de uma vantagem ou coarctação de um prejuízo) de que o lesado foi privado pela conduta do réu.

Os primeiros julgados da Corte de Cassação francesa diziam respeito a falhas de advogados que resultaram na perda de todas as chan-

²¹ Op. cit., p. 4-5.

²² “A incerteza contrafactual atinge duas condições da responsabilidade civil: de um lado, ela impede a constatação de um prejuízo certo; de outro, ela se opõe à idéia de causalidade jurídica.” (Daniel Amaral Carnaúba, in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 65).

ces de obtenção de resultado favorável em processo judicial e a atrasos no serviço de transporte de cavalos que desaguaram na perda da oportunidade de o animal vencer o páreo, os quais se tornaram casos clássicos de perda de uma chance.

Na década de sessenta do século passado, a Corte de Cassação aplicou pela primeira vez a teoria da perda de uma chance a um caso de falha médica, suscitando veemente crítica de René Savatier, o qual não considerava tais hipóteses, em que – diversamente daquelas até então enfrentadas – já se tem ciência do resultado do processo aleatório (a morte ou incapacidade do paciente), passíveis de solução pela teoria da perda de uma chance, sustentando que caberia ao juiz, diante da consolidação do resultado danoso, avaliar a presença do nexos causal entre a conduta do médico e a morte ou incapacidade, para conceder ou negar a reparação integral (do dano final)²³.

A crítica de René Savatier repercutiu na doutrina francesa, que passou a defender a distinção entre os casos médicos e aqueles ditos clássicos de perda de uma chance, afirmando que nos primeiros estaria prevalecendo uma desvirtuação do conceito de causalidade jurídica e não a concepção das chances perdidas como dano autônomo em relação à vantagem aleatória esperada.²⁴

A jurisprudência daquele país, todavia, ignorou essa questão e seguiu aplicando aos casos de responsabilidade médica, e a outros em que a conduta do réu não enseja a completa interrupção do processo aleatório, a técnica da perda de uma chance.²⁵

Essa distinção - entre hipóteses de erro médico (ou outros casos em que a conduta do réu não acarreta a interrupção do processo aleatório) e as ditas clássicas - também não surtiu efeito na jurisprudência brasileira, ao menos até agora, mas ela é relevante para evidenciar a dificuldade de enquadramento jurídico da questão nas categorias dogmáticas tradicionais: as chances perdidas constituem, enfim, uma espécie de dano ou elas relativizam o nexos causal entre a conduta do réu e a vantagem final que era esperada pelo lesado?

A questão se afigura relevante para elucidar a efetiva reparabilidade das chances perdidas à luz do conceito de dano e de nexos causal vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

²³ SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 84.

²⁴ Idem, p. 89.

²⁵ Idem, p. 89.

Volta-se, visando elucidar o problema, aos julgados franceses relativos aos casos da seara médica, em que a falha do profissional não acarreta a interrupção do processo aleatório e não elimina todas as chances do paciente, e que suscitaram a crítica de utilização de um conceito distorcido de causalidade jurídica. Rafael Pateffi cita, a esse propósito, o magistério de Jean Penneau:

Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame, um cavalo não pôde participar de uma corrida. Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. A perda de chances de cura ou de sobrevida coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre esse prejuízo e o ato ilícito do médico: não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito ou a evolução natural da doença²⁶.

De acordo com essa visão, portanto, diante de casos em que, a despeito da conduta do réu, o processo aleatório teve curso, culminando na consolidação do prejuízo *final* (morte ou incapacidade, nos casos médicos), não seria possível compreender a perda de chances (de cura ou sobrevida) como um prejuízo autônomo. Restaria apenas investigar a presença do nexos causal entre a conduta e o prejuízo final, isto é, se a morte ou a incapacidade têm como causa o erro médico, adotando-se a solução *tudo ou nada*. O recurso à teoria da perda de uma chance (de cura ou de sobrevida) nessas hipóteses seria “o paraíso do juiz inde-

²⁶ Op. cit., p. 86-87.

ciso” e implicaria “um desvirtuamento da utilização dos princípios da causalidade civil e um risco para a certeza de todo o sistema”²⁷.

Acaso procedente essa distinção, o acolhimento, entre nós, da responsabilidade pela perda de uma chance em tais hipóteses (em que o processo aleatório teve curso e desaguou no prejuízo final) reclamaria uma acentuada flexibilização do nexos causal²⁸.

Daniel Carnaúba aponta que a única diferença entre as duas hipóteses (os casos em que a conduta do réu ensejou a interrupção do processo aleatório e aqueles em que o processo se desenvolveu a despeito da conduta do réu) está em que nos casos ditos tradicionais de perda de uma chance a conduta do réu é *causa suficiente* da perda da vantagem aleatória, porque subtraiu todas as chances de obtenção do resultado aleatório favorável (assim o advogado que perde o prazo para interpor o recurso ou retarda o ajuizamento da ação até a ocorrência da prescrição da pretensão), o que normalmente não se verifica nos casos médicos, em que apenas algumas chances de cura ou sobrevivência foram subtraídas pela conduta do réu. A causalidade suficiente (diferentemente da causalidade necessária), todavia, ressalta o referido autor, é juridicamente irrelevante, porque não basta para estabelecer legalmente o nexos causal; em ambas as hipóteses, “o ato imputado ao réu não é uma causa necessária à perda de vantagem esperada”, de modo que essa distinção não se justificaria e desaguaria na atribuição de efeitos jurídicos diversos a casos essencialmente semelhantes²⁹.

Fernando Noronha também afirma que se as críticas da doutrina francesa (à extensão da responsabilidade pelas chances perdidas aos casos médicos) “fossem inteiramente válidas, procederiam também contra a teoria clássica” e considera que nas hipóteses de erro médico é prescindível a flexibilização do nexos causal para autorizar a reparação.

Propõe o eminente civilista uma distinção entre as hipóteses de “frustração da chance de obter uma vantagem futura” e de “frustração da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido”, esta última podendo configurar-se “em razão de fato de outrem” ou “em razão de

²⁷ Rene Savatier, citado por Peteffi, op. cit., p. 89.

²⁸ Rafael Pateffi defende que em todos os casos em que o processo aleatório seguiu seu curso, não apenas aqueles pertinentes à seara médica, seja como regra investigada a presença do nexos causal entre a conduta do réu e o dano final, adotando-se a perda de uma chance apenas em último caso, a bem do paradigma solidarista, op. cit., p. 106, 154 e 252-253.

²⁹ Op. cit., p. 64.

fato do próprio lesado, mas em consequência de falta de informação devida por outrem”. Os casos médicos se enquadrariam na primeira subdivisão da segunda categoria e, “diversamente do que acontece nos casos que cabem na perda de chance clássica, agora as chances não dizem respeito a algo que poderia vir acontecer no futuro, antes são relativas a algo que poderia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado”³⁰.

Tanto nos casos em que a conduta do lesante interrompeu o processo aleatório como naqueles em que este processo seguiu seu curso (a despeito da conduta do lesante), isto é, tanto nos casos ditos clássicos de perda de uma chance como nos casos médicos, não é possível estabelecer o nexos de causalidade jurídica entre o comportamento imputável ao lesante e o prejuízo final sofrido pelo lesado. Isso porque é impossível determinar se o processo aleatório, numa ou noutra hipótese, *eliminada a conduta comissiva ou omissiva do réu*, desaguaria no benefício almejado pela vítima ou evitaria o prejuízo por ela experimentado.

Daniel Carnáuba afirma que a incerteza:

Inerente aos casos de perda de chance, atinge num só golpe a certeza do prejuízo e o nexos causal. Neste, a incerteza impede a constatação de relação de necessidade; naquela, ela impede a constatação de uma lesão certa a um interesse da vítima³¹.

O Superior Tribunal de Justiça, em magnífico acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, enfrentou detidamente a questão da distinção entre os casos ditos clássicos e os de erro médico, concluindo que a reparabilidade das chances perdidas prescindia, também nos últimos, de uma flexibilização do nexos causal.

Colhe-se da ementa do julgado que:

Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance

³⁰ *Direito das obrigações*. 4. ed. Saraiva. p. 722.

³¹ *Op. cit.*, p. 68.

nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional” (REsp n. 1.254.141-PR, j. 4.02.2012).

Parece-nos correta a consideração de que as chances perdidas, ainda que se relacionem estreitamente com o nexos de causalidade jurídica (porque só entram em cena quando esse nexos não se estabelece entre a conduta e o prejuízo final), não reclamam a flexibilização deste para ensejarem reparação, tanto nos casos ditos clássicos como nos demais, bastando que assumam a característica de dano certo.

É verdade que não se pode ignorar que a pretensão da vítima nunca foi inicialmente relacionada à chance perdida em si mesma, mas àquela vantagem final que a participação no processo aleatório poderia lhe proporcionar. Essa circunstância evidencia duas características: a) a situação subjetiva da vítima sempre indicará a existência de dois eventos danosos, um de maior intensidade relacionado à vantagem aleatória e outro de menor intensidade referente à chance perdida; e b) a subsidiariedade da perda de uma chance; esta sempre será um interesse secundário ante a vantagem aleatória desejada.

O fato de o princípio da reparação integral colocar em primeiro plano a reparabilidade da lesão maior, representada pela perda do resultado favorável desejado, não autoriza a exclusão, quando aquele não puder ser indenizado por ausência de nexos causal, da eventual reparação do dano da perda da chance, cujo caráter subsidiário deve ser reconhecido³².

Nos casos inicialmente enfrentados pela jurisprudência francesa, em que a responsabilidade pela perda de chances foi acolhida, não era possível se determinar o nexos causal entre a conduta do réu e o desfecho que seria favorável à vítima, mas era certo que a interferência do

³² “Esses dois prejuízos jamais poderiam ser reparados ao mesmo tempo, visto que isso implicaria a dupla indenização do demandante”. (Daniel Amaral Carnaúba, in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 103).

agente havia eliminado *todas as chances* de o lesado obter um resultado favorável e provocado a interrupção do processo aleatório no qual ele estava inserido, como nos casos em que o advogado havia perdido o prazo para interposição do recurso de apelação ou em que o transportador não entregara o animal a tempo para a competição.

Tendo por pressuposto a possibilidade de se isolar o dano representado pelas chances perdidas daquele – incerto e sem relação de causalidade jurídica com a conduta do réu – consistente na perda da vantagem final desejada pela vítima, essa concepção evidenciou a desnecessidade do recurso a um conceito heterodoxo de causalidade para conceder a reparação.

A chance isolada é concebida, desse modo, “como uma propriedade incluída no [...] patrimônio e [...] totalmente independente do dano final”³³; propriedade que, tendo sido diretamente lesada pela conduta do réu, acarreta o dever de indenizar de acordo com os requisitos tradicionais da responsabilidade civil.

Assim encarada, a adoção da teoria depende, entre nós, apenas da assimilação das chances perdidas pelo conceito de dano, o que se mostra possível mediante a compreensão deste como a lesão de um legítimo interesse da vítima e não necessariamente de um direito subjetivo.

Trata-se de técnica de deslocamento da reparação, como afirma Daniel Amaral Carnáuba: “em vez de visar à vantagem aleatória desejada pela vítima, concede-se reparação de outro prejuízo, a saber, a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem”³⁴.

A avaliação do nexos causal estabelecerá qual dano será objeto de indenização, pois se a perda da vantagem, em que pese aleatória em um primeiro momento, eventualmente surgir como causa necessária da conduta do agente ou, por outro lado, com ela não tiver qualquer relação, nem sequer se discute a figura da perda de uma chance.

O prejuízo final pode ser integralmente reparado com fundamento em imputação objetiva ou em presunções, quando houver ensejo para a aplicação dessas técnicas, estabelecendo-se então o nexos de causalidade jurídica entre a conduta do lesante e o dano final experimentado.

Uma questão que, por exemplo, se pode resolver a partir da imputação objetiva é aquela hipótese apontada por Fernando Noronha em

³³ SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 86.

³⁴ *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 103.

que “havia uma oportunidade de o lesado tomar uma decisão esclarecida, que se frustra em razão da quebra de um dever de informar que recaía sobre o indigitado responsável”³⁵.

São casos em que está em curso um processo aleatório cujo desfecho desfavorável se concretiza mediante decisão tomada pelo próprio lesado, o qual, todavia, poderia ter deliberado diferentemente, de modo a evitar ou minorar o prejuízo, acaso as informações devidas pelo apontado responsável não houvessem sido sonegadas.

Para ilustrar essa hipótese, Noronha refere caso mencionado por J. Penneau em que um paciente acometido por surdez foi submetido a cirurgia que, embora tenha curado o mal de que padecia, acarretou paralisia facial, a qual consistia em risco conhecido a respeito do qual o paciente não havia sido informado; a cirurgia, ademais, não era a única opção de tratamento, pois a surdez poderia ter sido parcialmente corrigida com o uso de aparelhos. O médico não incorreu em imprudência, imperícia ou negligência, mas suprimiu, com a sua conduta omissiva, uma chance, que o lesado tinha, de optar pelo outro tratamento. Tal profissional foi condenado a indenizar o paciente.³⁶

Em um primeiro momento, não é possível estabelecer a causalidade necessária (jurídica) entre o dano e a quebra do dever de informar, de modo que a discussão a respeito da aplicação da perda de uma chance poderia ser invocada.

A Corte francesa, porém, responsabilizou os profissionais pelo dano final, como informa Rafael Pateffi, com fundamento na teoria do risco, em razão da realização de procedimento perigoso sem o consentimento informado do paciente³⁷.

Noutros casos, dependendo do modo e do momento em que a conduta do agente produz seus efeitos no processo aleatório, será eventualmente possível identificá-la como causa necessária da perda da vantagem almejada³⁸.

³⁵ Op. cit., p. 715.

³⁶ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 735.

³⁷ Op. cit., p. 164.

³⁸ Exemplos: 1) Um espectador de uma corrida de maratona que invade a pista e abraça um dos competidores logo no início da prova, afeta apenas o curso aleatório dos fatos, eliminando ou diminuindo as chances de vitória. Se referido espectador invade a pista em seu trecho final e abraça aquele que está em primeiro lugar, a poucos metros da linha de chegada, segurando-o por tempo suficiente de modo a ocasionar a ultrapassagem do segundo colocado que assume o primeiro posto e vence

A técnica da presunção, por sua vez, se dá mediante um raciocínio lógico, fundamentado em juízo de probabilidade, pelo qual o aplicador do direito afirma a existência de um fato controverso como prognóstico de resultado derivado de fatos antecedentes por ele conhecidos.

Não se trata de adivinhação, devendo haver probabilidade excepcionalmente grande para se presumir a realização de um evento favorável, conforme esclarece Daniel Amaral Carnaúba, que ainda traz o seguinte exemplo:

A partir de seu excelente histórico escolar, o estudante que foi injustamente impedido de realizar um exame poderia demonstrar que sua aprovação no teste em questão era bastante verossímil. Se esses argumentos convencerem o juiz, seu pedido de reparação será acolhido. O magistrado presumirá que a situação contrafactual seria a aprovação e que tal situação não se produziu em razão de fato imputável ao réu. Por outro lado, a conclusão inversa é igualmente possível. Constatando que o candidato não estava se preparando para o exame, o juiz pode concluir que sua reprovação era inevitável, não havendo assim qualquer motivo para conceder-lhe direito à reparação.³⁹

As presunções podem, portanto, afastar o deslocamento da reparação para a perda de uma chance, seja quando autorizam a indenização referente à vantagem desejada, seja quando afastam por completo a possibilidade de indenização, eliminando a incerteza contrafactual.

A perda da chance não pode ser invocada, todavia, para resolver problema de falta de prova do nexos causal, sendo por isso indispensável a presença do elemento da incerteza contrafactual para permitir o deslocamento do interesse objeto da reparação.

a prova, existe interferência do próprio resultado. 2) O goleiro que invade o campo durante uma partida de futebol e altera o trajeto da bola chutada em direção ao gol, quando já inalcançável pelo goleiro e demais jogadores, de modo a impedir o gol que daria a vitória para uma das equipes, não elimina ou diminui chances, mas altera o próprio resultado do jogo, se faz isso nos segundos finais da partida.

³⁹ *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 88-89.

V. Chances perdidas como dano certo

A teoria da perda de uma chance, segundo Daniel Amaral Carnaúba, “antes de ser um tipo de prejuízo ou uma nova teoria causal é um conceito forjado pelos juízes para deslindar as dificuldades trazidas pela intromissão da incerteza no seio da responsabilidade civil”⁴⁰.

Por meio dessa técnica, há sempre um deslocamento da reparação:

Em vez de visar à vantagem aleatória desejada pela vítima – um prejuízo incerto e que não tem relação causal com o ato do réu –, os juízes concedem a reparação de outro prejuízo, a saber, a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem⁴¹ ou de evitar o prejuízo experimentado.

Essa técnica de deslocamento da reparação exige, evidentemente, que as chances sejam encaradas como um dano certo⁴².

Anderson Schreiber, ao sustentar a necessidade de retomar a noção de dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado, afirma que a sua vinculação ao decréscimo matemático é a causa da “histórica resistência, no Brasil, à indenização por perda de uma chance”⁴³.

A compreensão do dano indenizável à luz da teoria da diferença, segundo a qual “o prejuízo a ser reparado corresponde à diferença entre o valor atual do patrimônio do lesado e aquele que teria caso não tivesse sido afetado pela ocorrência do ato ilícito”⁴⁴, é mesmo um aparente embaraço à assimilação das chances perdida pelo conceito de dano. Porque não é possível saber qual seria o patrimônio da vítima sem a conduta lesiva, já que o desfecho do processo aleatório no qual ela estava inserida poderia lhe ter sido favorável ou desfavorável a despeito da conduta do réu.

⁴⁰ Op. cit., p. 12.

⁴¹ Op. cit., p. 103.

⁴² “Evidentemente, esse deslocamento pressupõe que a privação de uma chance representa, em si, um prejuízo sofrido pela vítima. Tal é a condição fundamental da técnica, visto que é sobre essa espécie de prejuízo que a reparação será deslocada”, op. cit., p. 21.

⁴³ Op. cit., p. 105.

⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

E ainda que concebido o dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado ou, mais abrangentemente, como “lesão a um interesse não proibido pela ordem jurídica”⁴⁵, tem-se o aparente óbice da certeza, uma vez que a lesão será certa “todas as vezes em que a vítima se encontraria em uma situação mais vantajosa sem a conduta imputável ao réu”⁴⁶ e, incerto por definição o desfecho do processo aleatório, é impossível afirmar que a vítima estaria numa posição mais vantajosa sem a conduta do réu.

É inegável, porém, que, ao suprimir ou diminuir as chances de obtenção de uma vantagem, o réu atingiu legítimas expectativas da vítima. Antes da conduta apontada como lesiva, a vítima conservava as chances de obter um desfecho favorável no processo aleatório que se desenvolvia, mantinha essas chances em seu patrimônio.

Anota com precisão Fernando Noronha que:

O dano final é a irreversível perda da vantagem que era almejada, ou a efetiva ocorrência do prejuízo que não foi oportunamente impedido. O dano de perda de chance, que se contrapõe ao final, é constituído pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem que era almejada, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer⁴⁷.

Por isso é que se justifica o deslocamento da reparação, a fim de tutelar o interesse não sobre a vantagem esperada, mas “sobre as chances de obter essa vantagem”⁴⁸, a probabilidade do resultado favorável, cuja supressão, total ou parcial, surge então como *lesão certa a um interesse aleatório da vítima*.

Trata-se, pois, de dano certo e também atual, segundo Massimo Bianca, justamente por dizer respeito à perda de uma ocasião favorável (chance).⁴⁹ Não é, portanto, a perda do lucro que eventualmente se verificaria, mas o dano certo e atual que deriva da perda em si da probabilidade de resultado favorável, consistindo em dano emergente⁵⁰.

⁴⁵ Paulo de Tarso Sanseverino, com apoio em Eduardo A. Zannoni, op. cit., p. 144-145.

⁴⁶ CARNAÚBA, Daniel. Op. cit., p. 53.

⁴⁷ Op. cit., p. 697.

⁴⁸ CARNAÚBA, Daniel. Op. cit., p. 103.

⁴⁹ *Diritto civile* - la responsabilità - V. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 182.

⁵⁰ Anderson Schreiber. In: *Novos paradigmas da responsabilidade civil* - da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013. p. 207.

Se antes da conduta do réu a vítima conservava o interesse aleatório na obtenção de determinada vantagem ou no afastamento de certo prejuízo, depois dela as chances de auferir a vantagem ou evitar o prejuízo estão definitivamente perdidas. A chance ou a probabilidade existia e dela o lesado foi privado. Daí Henri Lalou falar, ao abordar as chances perdidas, em “certeza da probabilidade”⁵¹.

E se não é possível conceder uma reparação que conduza o lesado à situação (incognoscível) em que ele estaria sem a conduta do lesante, se afigura possível, ao menos, restituir o *status quo ante*: “no lugar de reparar aquilo que teria sido (uma reparação impossível), a reparação de chances se volta ao passado, buscando a reposição do que foi”⁵².

VI. Chances reais e sérias

Para ser digna de tutela, a chance perdida deve representar um interesse real e sério⁵³, “muito mais do que uma simples esperança subjetiva”⁵⁴, o que impõe, ao aplicador do direito, a valoração da incerteza contrafactual para legitimar o interesse aleatório.

Existe dúvida insuperável em relação àquele que teria sido o resultado do processo aleatório, então: qual era a probabilidade de obtenção do resultado favorável à vítima, não fosse a atuação do autor do ilícito?

Massimo Bianca anota que, na jurisprudência italiana, exige-se um juízo de prognóstico superior a cinquenta por cento para ser objeto de ressarcimento, caso contrário será uma perda economicamente irrelevante.⁵⁵

Sérgio Savi ressalta o mesmo entendimento, apontando precedente da Corte de Cassação italiana no qual se assentou que “a chance perdida somente será indenizável nos casos em que se produza prova de que a possibilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50%⁵⁶”.

⁵¹ Citado por Paulo de Tarso Sanseverino, op. cit., p. 167.

⁵² Carnaúba, op. cit., p. 109.

⁵³ Carnaúba, op. cit., p. 123; Pateffi, p. 138-142; Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, 15. ed., Saraiva, p. 366.

⁵⁴ Pateffi, op. cit., p. 138.

⁵⁵ *Diritto civile - la responsabilità* - V. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 180.

⁵⁶ *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed., Atlas, 2012. p. 31.

Essa fixação de critério apriorístico, contudo, não conta com respaldo doutrinário e jurisprudencial entre nós. Basta lembrar que no célebre caso do “show do milhão”, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a seriedade das chances da autora, ainda que tenha estimado em 25% a probabilidade de obtenção da vantagem final almejada. Noutro caso mais recente, a mesma Corte concedeu indenização a uma consumidora que concorria, com outras 899 pessoas, ao sorteio de 30 casas e cujo nome não foi incluído no momento do sorteio; entendeu-se que o dano material não correspondia ao valor de uma das casas, mas “à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado”⁵⁷.

Ainda a esse propósito, a V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, editou o enunciado n. 443, assentando que “a chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.

E a duplicidade de qualificação da perda da chance (séria e real) não é meramente retórica, encerra mesmo dois distintos requisitos⁵⁸.

A realidade é um requisito objetivo, que diz respeito à efetiva existência de uma probabilidade de ocorrer o resultado favorável no curso do processo aleatório.

A seriedade, por seu turno, diz com a dimensão daquela probabilidade e sua relação com a vítima. A chance diminuta não constituirá interesse digno de proteção, porque não é séria, embora real, ao passo que a elevada possibilidade de um resultado positivo será digna de tutela.

Essa advertência é feita por Massimo Bianca ao estabelecer como premissa para a reparação a existência de uma elevada probabilidade e não mero potencial quanto ao resultado favorável objeto da chance perdida⁵⁹.

⁵⁷ REsp n. 788.459/BA.

⁵⁸ Nesse sentido, Flavio da Costa Higa, citado por Daniel Amaral Carnaúba: “a realidade antecede a seriedade, embora somente a conjugação de ambos torne a vítima apta a pedir a reparação do dano. É possível haver uma chance real que não seja séria, mas não é possível cogitar de uma chance séria que não seja real”. E exemplifica: “o enfermo cientificamente condenado não possui uma chance real, logo ela não é séria; já o possuidor de um bilhete com uma chance de 50 milhões possui uma chance inegavelmente real - tanto assim que adquire o bilhete mediante paga -, mas que, para efeitos jurídicos, não pode ser considerada séria”. (in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 182).

⁵⁹ *Diritto civile* - la responsabilità - V. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 180.

Esse raciocínio de probabilidade pode ser feito com fundamento nas regras de experiência ou ainda com apoio da estatística, com o eventual auxílio de prova pericial.

Além da elevada probabilidade, a seriedade da chance reclama que o resultado favorável constituísse um interesse relevante para a vítima⁶⁰.

Jungida ou não a critérios apriorísticos, a aferição da seriedade e realidade das chances perdidas é de subida importância para evitar demandas aventureiras. Constitui mesmo requisito sem o qual a teoria “redundaria no direito ao sonho: o réu estaria obrigado a reparar todas as aspirações da vítima; o único limite dessa dívida seria a imaginação do prejudicado”⁶¹.

VII. A quantificação do prejuízo-chance

Ao deslocar a reparação do prejuízo final experimentado para as chances efetivamente perdidas, tutelando o interesse aleatório do lesado, a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance supera o problema da incerteza do dano, mas o transfere em alguma medida para a sua quantificação:

E é por essa razão que podemos afirmar que a reparação de chances perdidas envolve sempre uma certeza e uma probabilidade. A primeira é constatada quando da identificação do prejuízo a reparar; e a outra entra em cena no momento da mensuração do prejuízo⁶².

⁶⁰ Daniel Amaral Carnaúba oferece o seguinte exemplo da jurisprudência francesa: “A alta Corte casou, em 1961, uma decisão que denegava a uma jovem, vítima de um acidente, a reparação das chances de se tornar comissária aérea. A despeito do fato de que a demandante não exercia, na época do acidente, nenhuma atividade assalariada, a Corte de Cassação ressaltou que ela acabara de concluir estudos específicos e de realizar uma viagem à Inglaterra para melhorar seus conhecimentos de inglês, com o objetivo de se preparar para a profissão de comissária de bordo, e que desse modo o acidente a havia impedido de aproveitar sua aptidão para o emprego em questão, aptidão essa obtida com seu trabalho especialmente realizado para tanto e pelas despesas que incorreu em sua preparação”. (in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a área e a técnica, Método, 2013, p. 127).

⁶¹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 123.

⁶² CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 108.

Parece evidente que a reparação será sempre inferior ao benefício final esperado pela vítima ou ao prejuízo por ela experimentado⁶³, uma vez que se está a indenizar precisamente as chances, frustradas pela conduta do lesante, de obtenção desse benefício. De modo que se deve considerar, no dimensionamento do prejuízo-chance, “o grau da probabilidade que havia, no processo aleatório que estava em curso, de ser alcançada a vantagem em expectativa, ou inversamente, de ser evitado o evento final danoso”⁶⁴.

O Superior Tribunal de Justiça teve ocasião de se pronunciar sobre a questão, expressando que:

Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção do prejuízo final experimentado pela vítima [...]. O acórdão recorrido não reconheceu ao médico a responsabilidade pela morte do paciente. Não pode, assim, fixar reparação integral, merecendo reparo nesta sede (REsp n. 1.254.141/PR, Min. Nancy Andrighi, j. 4.12.2012).

No mesmo sentido, o desembargador Ênio Zuliani, abordando a responsabilidade civil do advogado, obtemperou que, na ação ajuizada pelo cliente prejudicado:

O juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance⁶⁵.

Prepondera, pois, aquele cálculo em duas etapas defendido por Daniel Amaral Carnáuba:

⁶³ Carlos Roberto Gonçalves, op. cit., p. 367; Peteffi, op. cit., p. 226 e ss.; Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, Saraiva, 4. ed., p. 700; Sérgio Savi, op. cit., p. 68; Carnáuba, op. cit., p. 179.

⁶⁴ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 700.

⁶⁵ In: *Responsabilidade civil do advogado*, Seleções Jurídicas, Rio de Janeiro, COAD, out./nov. 2002, citado por Carlos Roberto Gonçalves, op. cit., p. 365.

Num primeiro momento, determina-se qual seria o ganho auferido ou a perda evitada, se a vítima tivesse obtido o resultado aleatório. Depois, esse valor será multiplicado pela porcentagem de chances que a vítima perdeu em função do ato imputável ao réu. O resultado dessa conta será o montante a ser indenizado em razão da perda da chance⁶⁶.

O método revela também que a indenização pela perda de uma chance deve ter a mesma natureza do dano que a perda do resultado favorável aleatório teria o efeito de causar⁶⁷. Se a perda da vantagem teria como consequência somente um hipotético dano moral, deve-se, na primeira etapa, mensurar o valor apto a compensar a lesão hipotética, para, em um segundo momento, reduzir aquele montante, conforme o percentual da chance. O mesmo raciocínio vale para o dano patrimonial, que não pode ter a chance perdida indenizada como se dano moral fosse.

VIII. Conclusão

No “choque entre velhas estruturas (da responsabilidade civil) e novas funções”⁶⁸, há que se identificar critérios dogmáticos seguros para se aferir a reparabilidade dos novos danos, sem perder a consciência de que a transposição de certos parâmetros não prescinde de modificações no direito positivo.

De partida, a compreensão do conceito de dano como a lesão de um interesse legítimo juridicamente protegido é fundamental para o desenvolvimento dessa tarefa.

A chance, em determinadas circunstâncias, configura uma situação subjetiva que confere ao respectivo titular um legítimo interesse aleatório, cuja perda, em certas condições, é digna de reparação.

A reparação pela perda de uma chance, contudo, tem natureza subsidiária, uma vez que o princípio da reparação integral exige, de maneira prioritária, a indenização do próprio resultado final (vanta-

⁶⁶ In: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 180.

⁶⁷ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 181.

⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 7.

gem final que se almejava auferir ou prejuízo final que se esperava conjurar). Assim, antes do deslocamento da reparação para a perda da chance, é necessário aferir a reparabilidade do próprio resultado aleatório desejado.

Nessa tarefa, a causalidade desempenha papel relevante.

Não se realiza o deslocamento da reparação – do dano final para as chances – caso seja possível (por meio de outras técnicas como a das presunções ou da imputação objetiva) o reconhecimento do nexos causal entre a conduta do agente e a perda da vantagem final almejada pelo lesado ou, ainda, caso seja descartada por completo a possibilidade de nexos causal entre a conduta do agente e a perda do resultado.

Afastado o nexos de causalidade jurídica entre a conduta e o prejuízo final (a vantagem que o lesado poderia auferir ao final do processo aleatório ou o prejuízo que ele esperava conjurar), deve-se verificar a presença de todos os elementos necessários para a caracterização da situação subjetiva referente à perda de uma chance: a) a preexistência de um interesse sobre um resultado aleatório; b) a eliminação ou diminuição da chance de se obter o resultado favorável; c) o nexos causal entre a conduta do indigitado responsável e a eliminação ou diminuição das chances; e d) a incerteza contrafactual, isto é, a incognoscibilidade a respeito de qual seria o desfecho do processo aleatório sem a conduta tida como lesiva.

Os pressupostos fáticos da reparação civil da perda de uma chance são distintos daqueles que dão ensejo à indenização do prejuízo final (da vantagem final que se frustrou), circunstância que conduz a uma observação relevante do ponto de vista prático: a diversidade de causas de pedir em relação aos pleitos. Logo, em se tratando de perda de uma chance, exige-se a adequada descrição dos pressupostos na petição inicial, sob pena de não se poder conhecer do pedido.⁶⁹

Presentes os pressupostos fáticos da perda de uma chance, passa-se à valoração da realidade e seriedade do interesse aleatório, predicados sem os quais não se reconhece a presença de interesse legítimo, digno de tutela jurídica.

⁶⁹ Esse é o entendimento esboçado pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no RESP nº 1.190.180-RS: “a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da perda de uma chance, condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais”.

Por fim, afere-se a indenização do interesse aleatório, real e sério, relacionado à perda da chance, a qual corresponderá a uma proporção, conforme a maior ou menor probabilidade de obtenção do resultado final, da indenização que seria devida pela vantagem final.

Observados esses parâmetros, a reparação das chances perdidas não será fruto da indecisão ou da arbitrariedade do magistrado e, conferindo proteção jurídica a interesses legítimos que balizam decisões de vida e mobilizam esforços e investimentos, surge como imposição do princípio da reparação integral.

IX. Bibliografia

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2010. v. I.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Saraiva: São Paulo, 2009.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile – la responsabilità – V. 2*. ed. Milano: Giuffrè. 2012.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance – a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

JOURDAIN, Patrice; VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil – les effets de la responsabilité*. Direção de Jacques Ghestin. Paris: L.G.D.J, 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. Saraiva: São Paulo, 2010.

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

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013.

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

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexó de causalidade: temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil – les effets de la responsabilité*. Direção de Jacques Ghestin. Paris: L.G.D.J, 2010.

VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidade civil*. Tradução de Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Astrea, 1999.



[Tamanho do Texto +](#) | [tamanho do texto -](#)

Perda de uma chance e indenização por provável vantagem frustrada

Arnaldo Rizzardo Filho - 21.05.2013

A “teoria da perda de uma chance” traz uma nova visão sobre perspectivas de sucessos que vislumbramos e perdemos devido à influência de um evento danoso em nossa vida. A teoria nasceu por volta de 1960, na França, difundindo-se rapidamente pela Itália, chegando até o Continente Americano. Esta teoria prega a indenização em favor daquele que perde a viabilidade de uma futura vantagem, daquele que tem frustrada uma futura oportunidade, daquele que tem apagada uma esperança.

A teoria explica que uma coisa é buscar a indenização pela perda de algo; outra é buscar a indenização pela perda da chance de algo. Temos aqui uma estreita relação com os conceitos de dano direto e dano indireto. Dano direto compreende o resultado imediato da ação, que recai sobre um bem e o ofende, resultando o mesmo um déficit econômico. No dano indireto não interessa o resultado imediato ou direto do acidente, como os danos materiais ou físicos. Importa a indagação sobre as consequências remotas e indiretas, os percalços advindos após o fato, a impossibilidade de atender certo compromisso, a não realização de um negócio combinado antecipadamente, entre outras hipóteses.

A grande diferença entre os conceitos de dano direto, dano indireto e “perda de uma chance” é que, a última, trabalha com probabilidade enquanto que os primeiros, com efetividade. A questão é que a obstrução da chance de se ter algo também pode ser danosa a uma pessoa, porém menos danosa do que a efetiva perda; E essa teoria admite a chance daquilo não ocorrer, pois se ocorresse a indenização deveria ser pelo dano efetivo. Temos, então, um dano potencial.

Como vemos, fica claro que a indenização pela perda de uma chance deve ser menor do que seria a indenização pela perda efetiva do mesmo direito. Também fica claro que o dano efetivo não precisa ser demonstrado, pois se estamos falando de uma chance, isso que dizer que o fato ainda não ocorreu.

A questão vem sendo aplicada em casos como do médico que deixa de socorrer uma pessoa doente que vem a falecer; e do advogado que se omite a interpor um recurso, acabando com a possibilidade de inverter a decisão.

É importante entender que a indenização pela perda de uma chance pode facilmente ser confundida com dano moral ou material. Por exemplo, em relação ao pai que é morto, a indenização do filho pode abranger o seu dano moral pelo sentimento de perda do pai e, o dano material, pela perda daqueles bens que ganhava do pai (estudo, comida, roupa etc.). Como se pode ver, é difícil vislumbrar a perda de uma chance na perspectiva dada no exemplo. Mas as semelhanças realmente existem, pois, assim como a responsabilidade por dano material é embasada em algo concreto, a responsabilidade pela perda de uma chance buscar espelhar-se em algo concreto. Mas a indenização por esse efeito reflexo não tem limites concretos, como ocorre na indenização por dano moral, salvo o próprio valor em concreto.

Como se percebe, a responsabilidade pela perda de uma chance mescla institutos do dano material com institutos do dano moral, constituindo-se em uma nova modalidade de dano.

Aproveitamos para expressar nossa ideia de que o dano estético, ao contrário do que muitos pensam, não passa de dano moral. E é sobre essa perspectiva que penso existir o dano pela perda de uma chance como um dano autônomo do dano material e do dano moral.

Finalmente, a responsabilidade pela “perda de uma chance” não esbarra no art. 403 do Código Civil, que refere que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.

Ocorre que as expressões “efetivos” e “efeito direto e imediato” nos trazem uma ideia de que o dano deve ser materialmente perceptível e imediatamente ocorrido.

Em julgamento ocorrido no final de 2012, a Ministra Nancy Andrighi explicou que a chance em si, desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo, é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. Segundo ela, existe o nexa causal entre uma conduta e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance).

No mesmo artigo do Código Civil, em relação aos prejuízos efetivos causados por efeito direto e imediato do ato, ousou afirmá-lo inconstitucional. Exatamente, em momento algum a Constituição Federal impõe limites para a indenização. O art. 5º, inciso X, da CF diz: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” Como podemos ver, não faz referência ao prejuízo efetivo e ao dano causado por efeito direto e imediato.

Pensamos que esta é realmente a melhor maneira de aplicar o Direito: não impondo limite a sua atuação.

Arnaldo Rizzardo Filho – Advogado

contato@rizzardoadogados.com.br

http://www.rizzardoadogados.com.br



[Normas Legais](#) | [Mapa Jurídico](#) | [Portal Tributário](#) | [Guia Trabalhista](#) | [Portal de Contabilidade](#) | [Simples Nacional](#) | [Modelos de Contratos](#) | [Boletim Fiscal](#) | [Boletim Trabalhista](#) | [Boletim Contábil](#) | [Boletim Jurídico](#) | [Publicações Jurídicas](#)



A responsabilidade civil pela perda de uma chance Análise de um caso

20 de julho de 2016

Mônica Lúcia do Nascimento Frias

Juíza do TRF 2ª Região

Compartilhe:

Teoria da perda de uma chance

Em um caso concreto o autor relata que foi aprovado em 21º lugar em concurso público promovido pela Petrobrás Transporte S/A, cujas convocações referentes às etapas do processo seletivo foram efetivadas através de telegrama, conforme previsto no item 14.13 do edital.

O autor comprovou que já havia recebido telegrama no endereço do trabalho de sua mãe (datado de 24/10/2008 à fl.26), no qual foi convocado para realização de exames no dia 5/11/2008 e informado na ocasião que “a disputa estava concluída e que ele deveria aguardar futuras orientações através de outro telegrama, e assim foi que o autor pôs-se a aguardar ansiosamente a convocação para apresentar documentos para a tão sonhada contratação”. Sendo certo, que no dia 21/11/2006 o autor deveria ter recebido outro telegrama no mesmo endereço, convocando-o para finalização dos exames médicos pré-admissionais.

O autor teve conhecimento da sua convocação, em 4 de janeiro de 2009, quando descobriu que uma candidata com classificação pior do que a sua havia recebido um telegrama de convocação no dia 2 de janeiro de 2009.

Registre-se que o autor, que servia à Aeronáutica, em São Paulo, e cuja mãe trabalhava na Praça da Bandeira, não ficando ninguém em casa para receber correspondências, agiu com cautela ao trocar o endereço de correspondência para o prédio comercial, no qual sua mãe trabalhava, para garantir o recebimento dos telegramas da empresa.

Ocorre que o autor foi eliminado do certame por não ter comparecido, em 16 de dezembro de 2008, para realizar um exame pendente. Nos dias 21, 22 e 24 de novembro de 2008, sexta-feira, sábado e segunda-feira, respectivamente, ocorreram três tentativas de entrega do telegrama e não havia ninguém para recebê-lo no endereço indicado, segundo documento oficial emitido pela Empresa de Correios e Telégrafos.

A mãe do autor tentou reverter sua eliminação junto à empresa, mas para isso teria que obter um documento oficial da ECT retificando a informação enviada como justificativa para não entrega do telegrama, porém não obteve êxito em cumprir a exigência. Afirmou o autor que em conversa com o carteiro responsável pela entrega, este alegou que o atendimento no prédio é muito “vagaroso”, o que dificultava a entrega de correspondências em outros locais, por isso não conseguiu entregar o referido telegrama.

Diante desse quadro o autor fez uma reclamação via *email*, recebendo a seguinte resposta da ECT:

De acordo com informações prestadas pela unidade distribuidora, não é possível fazer alterações no *status* de rastreamento, porém, segue retificação do mesmo: na 1ª tentativa de 21/11/2008 às 18:10, onde consta “ausente” como nota, leia-se “empresa com expediente encerrado”, na 2ª tentativa de 22/11/2008 às 10:00, onde consta “ausente”, leia-se “empresa sem expediente” e finalmente, na 3ª tentativa, onde também consta “ausente”, leia-se “houve demora no atendimento por parte do responsável pelo recebimento das correspondências no endereço do telegrama de referência”, tendo o carteiro outros telegramas a serem entregues com prazo de entrega a serem atendidos. (...).

Causa perplexidade as explicações do sr. carteiro responsável pela entrega. O funcionário da ECT agiu no mínimo de forma negligente, inviabilizando a participação do autor no certame.

Some-se a esse lamentável quadro a inércia da ré nos autos. Em pese regularmente citada, não apresentou contestação. Portanto, a aplicação dos efeitos da revelia é medida que se impõe, na forma do art. 320 do CPC.

Requer o autor, em síntese, a condenação da ECT ao pagamento de compensação por danos morais, em valor a ser arbitrado pelo juízo, bem como indenização a título de danos materiais, na modalidade de lucros cessantes, equivalente aos valores que seriam percebidos mensalmente na ocupação do emprego, da data que o autor deveria ter sido contratado até a prolação da sentença. O autor retificou o valor dos danos materiais para R\$ 19.440,00, e de danos morais para R\$ 12.960,00.

Delineados os pontos relevantes do caso concreto passo ao exame da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da responsabilidade civil da ECT pela perda de uma chance.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, norteia a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, tendo em vista os danos praticados por seus respectivos agentes a terceiros.

De acordo com o preceito constitucional antes mencionado, certo é que as pessoas elencadas no referido parágrafo respondem objetivamente pelos atos praticados por seus prepostos que, nessa qualidade, causarem danos a terceiros.

Δ Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT é empresa pública federal, pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço postal com fundamento no art. 37, § 6º, da CF.

Diversamente das empresas estatais exercentes de atividade econômica, que estão predominantemente sob o regime de direito privado, a ECT está sob o domínio do regime público, dada a essencialidade e exclusividade do serviço postal prestado.

A responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público tem como base a teoria do risco administrativo, independente da apuração de culpa ou dolo, ou seja, basta estar configurada a existência do dano, da ação ou omissão e do nexo de causalidade entre ambos.

Como se sabe, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal, aplicada a todos os tipos de responsabilidade civil, seja extracontratual ou contratual, objetiva ou subjetiva.

Ao examinar pontualmente o tema em questão, Sérgio Cavalieri assevera que “causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento”. Ressalta o mestre que Antunes Varela faz a melhor colocação da teoria para se descobrir dentre várias condições qual foi a mais adequada:

Não basta que o fato tenha sido, em concreto, uma condição *sine qua nom* do prejuízo. É preciso, ainda, que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada do dano. Assim, prossegue o festejado autor, se alguém retém ilícitamente uma pessoa que se apressava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar ouro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições que se verificou) não seria dado se não fora o fato ilícito. A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre o fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e da experiência comum da vida (*Obrigações*, Forense, p.251-252) CAVALIERI FILHO, 2009, p.48.

Assim, demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, exsurge o dever de indenizar o particular, mediante o restabelecimento do patrimônio lesado por meio de uma compensação pecuniária compatível com o prejuízo. Não se perquire acerca da existência ou não de culpa porque a responsabilidade, neste caso, é objetiva, importando apenas o prejuízo causado a dado bem tutelado pela ordem jurídica.

Primeiramente, cabe destacar que, conforme entendimento assente no Tribunal Regional Federal da Segunda Região a ECT submete-se à regra da responsabilidade objetiva prevista no art.37, § 6º, da Constituição Federal.

Por outro lado, caso fosse aplicável à hipótese versada nestes autos as normas insertas no Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade também seria objetiva, o que também é admitido pela jurisprudência. Destarte, adotamos essa linha de entendimento majoritário na jurisprudência, no sentido de se admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, a responsabilidade da ECT, como fornecedora do serviço postal, é objetiva, amoldando-se a hipótese ao disposto no art. 14 da Lei nº 8.078/90, em relação aos usuários de seus serviços.

Desta forma, é certo que sob quaisquer dos prismas analisados, a conclusão é no sentido de que a ECT responde de forma objetiva pelos danos que seus prepostos, nessa qualidade, causarem a terceiros. Sendo assim, levando-se em conta a norma inserta no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ou os dispositivos constantes do Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que em ambos os casos o legislador atribuiu responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

De outro lado, percebe-se a falha de serviço da ECT contratada pela empresa realizadora do concurso para entrega do telegrama, que ocasionou prejuízo ao autor impedindo sua participação na etapa final do certame.

Para o acolhimento do pleito inicial, portanto, necessário se faz precisar a existência do dano, qual seja, impossibilidade do autor atender a convocação da empresa. Além da comprovação do fato e do dano, há que se perquirir a respeito da existência do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Sendo certo que no processo examinado o autor não deu causa à falta de entrega do telegrama, ao contrário, ele indicou como endereço para recebimento das correspondências o prédio comercial no qual sua mãe trabalhava, considerando que o autor estava trabalhando em São Paulo, e sua mãe passava o dia no trabalho. Portanto, caso deixasse o endereço de seu domicílio certamente teria problemas para receber correspondências naquela época.

Algumas considerações quanto ao concurso que se submeteu o autor se fazem necessárias. O autor foi aprovado em 21º lugar, na primeira e única fase do concurso, sendo convocado para realização de exames e entrega de documentos. Donde se conclui que existia uma chance real e séria deste ser contratado pela empresa.

Portanto, o ato ilícito é a lesão à legítima expectativa do autor de participar do processo de seleção, pois em consequência da conduta omissiva da ré resultou na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor. Em outras palavras, o autor provavelmente obteria uma posição jurídica mais vantajosa, i.e., seria contratado, caso o serviço da ré não fosse defeituoso.

Nessa ordem de ideias, cai como uma luva a “teoria da perda de uma chance” (*perte d’une chance*), aplicada quando do ato ilícito resulte a perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor. Vale ressaltar que o “termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance, em nosso sentir, oportunidade.” (SAVI, 2009, p.3).

Feita a digressão acima, concluiu esta Magistrada que são verossímeis as alegações constantes da peça inicial. Portanto, indiscutível a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, pois houve a perda de uma oportunidade real, plausível e séria a justificar a condenação da ECT.

Por fim, importa analisar se falha na prestação do serviço de entrega de telegrama, não contestada pela ECT, enseja ou não dano moral ao

A condenação do réu é feita a título de danos materiais ou morais?

Segundo preleciona Sérgio Savi a perda de uma chance deve ser considerada uma subespécie de dano emergente, por ser uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão, qual seja, a perda da chance de obter o resultado útil esperado.

Argumenta o autor que ao considerar o dano da perda de uma chance como um dano emergente, se elimina o problema da falta de certeza do dano, bem como da existência do nexo causal entre o ato ilícito do ofensor e o dano. (SAVI, 2009, p.11).

Há quem entenda como Aguiar Dias e Carvalho Santos, que a indenização se dará a título de lucros cessantes, e, por isso, é de difícil quantificação. (SAVI, 2009, p.39/41). Todavia, essa classificação não procede, pois a indenização a título de lucros cessantes só se dará quando a vantagem é certa, enquanto na perda de uma chance se dará quando a vantagem é aleatória, quando está ligada a um risco.

Silvio de Salvo Venosa considera a perda de uma chance como uma espécie intermediária entre os lucros cessantes e os danos emergentes, e que, havendo certo grau de probabilidade, esta espécie passa a ser um dano indenizável. (SAVI, 2009, p.42).

Sérgio Cavaliéri ao tratar do tema ressalta que a perda de uma chance será indenizada a título de dano patrimonial ou extrapatrimonial, dependendo do caso concreto. (CAVALIERI FILHO, 2009, p.75).

No direito italiano a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento). Para cálculo do dano, em síntese, sobre seu valor utiliza-se a proporção de chance de obter o resultado favorável.

Parece-nos procedente o comentário de Carlos Roberto Gonçalves: "Conforme melhor doutrina, a indenização da chance perdida será sempre inferior ao valor do resultado útil esperado." (GONÇALVES, v.4, 2011, p.275)

Se é verdade que não há um entendimento majoritário na jurisprudência, não menos verdade é que em muitos julgados a perda de uma chance é concedida a título de dano moral, conforme inúmeros acórdãos por nós analisados.

Fixadas essas balizas, entendo que se mostra razoável a condenação a dez vencimentos, a título de dano moral, considerando que o valor da remuneração do cargo pretendido pelo autor era superior a um salário mínimo, pois, ao contrário, a condenação não seria capaz de inibir a reiteração da ofensa praticada pelo preposto da ECT.

Registre-se, ainda, que existe um dano decorrente da perda da possibilidade de participar das demais provas do processo de seleção, independente do dano final, que seria a obtenção do emprego. Portanto, não seria justo que o candidato, ainda prestando exames médicos, recebesse a título de indenização os valores dos salários do cargo pretendido.

Contudo, entendo que o valor da condenação não deve ser o valor do somatório dos vencimentos, porque esta quantia se relaciona com o exercício da função e, não se pode remunerar aquele que não entregou contraprestação de forma mais benéfica do que aquele que trabalhou e assumiu ônus, pois isso seria violar a isonomia.

Atenta às ponderações feitas acima, entendo que em casos como este a condenação pela perda de uma chance deve ser considerada dentro da reparação do dano moral, refletindo sobre o valor da condenação.

O valor do dano moral pode ter como base a multiplicação, por dez, do valor do salário que seria recebido pelo autor, caso fosse contratado. A correção monetária incide a contar da sentença, e os juros de mora, à taxa legal, desde o evento (data da entrega do primeiro telegrama).

O próprio autor afirma que "somente poderia informar o valor preciso dos salários que perceberia se tivesse sido regularmente contratado." Segue afirmando que altera o valor de indenização por danos materiais para R\$ 19.440,00, e de danos morais para R\$ 12.960,00.

Entretanto, no edital consta que a remuneração mínima para o cargo de técnico de operação júnior é de R\$ 1.975,02, que multiplicado por dez perfaz o total de R\$ 19.750,20, portanto, este deve ser o valor da condenação por danos morais.

Sem embargo, não houve nos autos outras provas de que outras circunstâncias poderiam ter frustrado a expectativa do autor de ser contratado caso o telegrama tivesse sido entregue regularmente, de modo que a falha da entrega é a causa direta do dano suportado pelo autor.

Portanto, a indenização decorreu da perda da possibilidade de conseguir a chance perdida e não pelo resultado perdido. Destarte, condenei a ré a indenizar o autor a título de danos morais suportados, arbitrados em R\$ 19.750,20.

Referências bibliográficas

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALTHOFF, Cláudia Regina. *Direito e moral: uma breve reflexão*. Revista Jurídica. Blumenau. v. 1/ 2. Nov. 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: atlas, 2009.

CHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1998.

Código civil anotado. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze. DAMIÃO FILHO, Rodolfo. *Novo código civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONG. NETO, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. V.2. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1998.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo de Direito*, 23. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

OLIVERIA, J. M. Leoni de. *Teoria geral do direito civil*. vol.2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, José Lopes. *Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 2000.

———. *Instituições de direito civil*. 6º vol. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 1. vol. São Paulo: Saraiva, 1998.

SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*. Parte Geral. 4 ed. São Paulo: Sugestões literárias, 1975.

Artigos Relacionados

[O futuro do Direito e o Direito do futuro](#)

[Apologia aos embargos infringentes](#)

[Um Juiz Constitucional](#)

Artigos do mesmo autor

[A desapropriação para reforma agrária e a função social da propriedade Pontos de interseção](#)

[O Caso Samarco e a potabilidade da água do Rio Doce](#)

[Um breve resumo sobre os novos danos na responsabilidade civil](#)

AV. RIO BRANCO, Nº 14/18 ANDAR
CENTRO, RIO DE JANEIRO
CEP 20090-000

+55 21 2240-0429

institutojc@institutojc.com.br

Artigos | Edições |

Parceiros | Contato |

Assine a newsletter

Troféu Dom Quixote |

Instituto JC

ACOMPANHE A
J&C NAS REDES
SOCIAIS



RECEBER

[Cursos](#) [Institucional](#) [Produtos](#) [Envie sua Doutrina](#) [Serviços Gratuitos](#) [Contato](#)

Comemorando **82** anos

CADASTRE-SE PARA RECEBER NOSSA NEWSLETTER

COMPARTILHE NA REDE

Nome Email

Doutrina

O Dano Decorrente da Perda de Uma chance de Cura

Autores:

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat

LICHOTE, Laís Consul Nunes

GERVÁSIO, Marcos André Aguiar

Resumo: O presente artigo tem por objetivo elucidar a teoria da perda de uma chance e sua aplicação em relação às questões referentes à saúde e à cura no direito brasileiro, que, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, garante ao cidadão o direito à proteção da saúde, impondo a reparação dos danos, inclusive aqueles causados por erro médico. A Constituição Federal de 1988 reforça o direito à indenização, material e moral, em virtude das violações à sua principiologia. A doutrina francesa, precursora da teoria, entende por chance uma oportunidade real e atual que uma pessoa perde em razão de ilícito praticado por terceiro. É necessário reconhecimento pela jurisprudência do prejuízo decorrente da perda de uma chance de cura, seja por diagnóstico tardio ou errôneo ou mesmo em virtude de omissão do Estado, como órgão garantidor dos direitos e garantias fundamentais, direta ou indiretamente, buscando coibir qualquer ato atentatório à saúde e às possibilidades de cura do cidadão.

Palavras-chave: perda de uma chance; cura; reparação do dano; dignidade da pessoa humana.

1. Introdução

Durante séculos, no ordenamento jurídico brasileiro, os cânones legais consagrados à medicina e ao direito à vida, no tocante à existência da pessoa humana e de sua luta em defesa da sobrevivência, tiveram sua abrangência cingida. Prevaleceu o entendimento da necessidade de culpa para que houvesse qualquer tipo de responsabilização por cerceamento do direito à vida. A função do Direito é acompanhar a evolução da sociedade e regulamentar as situações jurídicas oriundas deste progresso. Nesse diapasão, tornou-se imprescindível agregar maior proteção às pessoas cujos direitos fundamentais, como a vida e a integridade psicofísica, foram lesionados. Tal conjuntura supera a teoria da culpa, valorizando a chance, ou seja, a oportunidade, como elemento essencial para configurar a responsabilidade.

Emerge daí a necessidade de legislação que ampare integralmente o direito de ressarcimento por "perda de uma chance" no âmbito médico, uma vez que o Direito Civil, bem como o Direito Penal, tratava de forma indireta o problema. Passou a interessar então o ato causador do prejuízo com a presença do nexos causal; ato este permeado de imprudência, negligência, imperícia ou erro grosseiro do agente causador. Neste contexto, surge a responsabilização médica com base nas teorias até então difundidas, vinculando a reparação à vítima pelos prejuízos causados pelo médico, no exercício de sua atividade, por erro.

Uma das teorias incorporadas pelo direito médico advém do direito francês que traz o dever de reparar o dano, tendo em vista a *perte d'une chance de guérison* - a perda de uma chance de cura (SOUZA, 2015) que em consonância com a atual tendência de constitucionalização do direito civil, busca-se realçar a a necessidade de uma nova consciência quanto ao direito à proteção da saúde humana, ampliando assim o alcance para além do dano causado estritamente por erro médico. Assim, toda e qualquer situação causadora de dano decorrente de uma frustração de expectativa, de uma oportunidade, ou seja, em detrimento de uma probabilidade de cura de uma pessoa, é passível de ser apreciada judicialmente. Diante de um conceito jurídico e filosófico, permeado nas relações jurídicas, surge o temor da possibilidade de deslocamento conceitual da perda da chance, tendo relevância apenas no mundo causal.

O presente artigo busca esclarecer os critérios relevantes quando o nexos causal entre o ato causador do dano e o prejuízo sofrido pela vítima não estiverem determinados de maneira perfeitamente clara e, ainda, se os julgados proferidos atendem aos clamores de justiça - uma Justiça que transcenda a aplicação correta das leis que compõem o ordenamento jurídico, para alcançar a importância ética, individual e social, com vistas ao pleno reconhecimento da dignidade da pessoa humana e sua afirmação numa sociedade mais homogênea, justa e igualitária, mas que não pode desconsiderar os ditames legais vigentes. Visa ainda elucidar se o posicionamento doutrinário dominante dá margem à discricionariedade exacerbada do magistrado frente ao caso concreto. Por fim, exhibe as discrepâncias do direito positivado em contraposição aos julgados e aos casos concretos e triviais.

Empregou-se metodologia qualitativa e exploratória mediante pesquisa bibliográfica e análise de jurisprudência.

2. Dano, Chance e Perda de Uma Chance

São inúmeras circunstâncias durante a vida, nas quais as pessoas se veem privadas de obterem certa vantagem ou de evitarem determinados prejuízos, em detrimento de atos ofensivos de terceiros, ou seja, fatos alheios à vontade do agente. Nesse contexto, cabe trazer à tona a teoria da perda de uma chance, pioneiramente difundida na França e na Itália. Sobre a chance, leciona Savi: *A chance implica necessariamente em uma incógnita - em determinado evento poderia se produzir (as vitórias na corrida de cavalos e na ação judicial, por exemplo), mas a sua ocorrência não é passível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado* (SAVI, 2012, p. 121).

PRODUTOS ONLINE

Preencha os campos abaixo com seu e-mail e senha

Digite seu Email

.....

Lembrar minha Senha

[Esqueci minha senha](#)



Fale conosco, nós estamos online!

Arrazoa-se que a o termo "chance" implicaria em oportunidade e, através desse vocábulo, evitar-se-ia muitas indagações e contradições a respeito do tema. Destaca-se, ainda, que a chance vislumbrada deverá apregoar claramente seu desígnio, de forma a não ensejar dúvida sobre a significativa possibilidade de êxito caso não houvesse existido o ato lesivo de terceiro. Tão relevante quanto à definição de chance, se faz a de "dano", que segundo Cavalieri Filho: *Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 95-96).*

Tratando-se de avaria causada por terceiro, tem-se, portanto, que em decorrência do ato lesivo produzido por este acarretou prejuízo ao ofendido, ou seja, dano. Contudo, o conceito de dano como prejuízo não satisfaz a análise para o entendimento jurídico que concerne à perda de uma chance. É necessário potencializar essa palavra dando margem às situações cotidianas. A doutrina italiana em seus primórdios tratou as chances perdidas como algo sem valor econômico, ensejando então a exigência de que o dano tivesse um conteúdo patrimonial: [...] *nos vários casos que foram analisados precedentemente, nos quais o dito resultado final tinha seguramente um conteúdo econômico relevante, parece difícil sustentar que efetiva possibilidade de conseguir este resultado tivesse um valor exclusivamente moral. Não só, mas aplicando as regras dos grandes números e o cálculo estatístico, quando se afirma que uma dada probabilidade de resultado útil não era completamente inexistente, é possível atribuir a esta um valor econômico, ainda que possa ser mínimo (BOCCHIOLA apud SAVI, 2012, p.121).*

Do ponto de vista desta análise, levando em conta, principalmente o cotidiano e sua realidade fática, conclui-se que a existência de dano deve acarrear, indispensavelmente, valor patrimonial. Não se objetiva, entretanto, apresentar um caráter sentimentalista acerca do tema, mas cogente é a necessidade de conceituar o dano em caráter moral como "a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física - dor-sensação, como a denominada Carpenter - nascida de uma lesão material; seja a dor moral - dor-sentimento, de causa imaterial" (CAHALI, 2011, p.28). Dessa forma, o dano moral carece de valoração financeira e patrimonial devido ao seu caráter lesivo e, portanto, quando se fala da subjetividade do conceito de dano moral, muito bem preceitua Guimarães a importância da consciência humana: *A consciência humana é princípio e fim, é luz e nevoeiro, é possibilidade e limite. Todos os valores emanam da consciência, assim como todos os desvalores também nela se enraízam. Para além da consciência só existem interrogações. E mesmo a interrogação se funda numa consciência interrogante (GUIMARÃES, 2005, p.29).*

Apesar de, a princípio, a doutrina italiana ter rejeitado atribuir valor patrimonial ao dano moral, com a evolução do Direito ele foi incorporado ao ordenamento jurídico. No Direito brasileiro, que foi profundamente influenciado pelo francês e italiano, majoritariamente a existência do dano independe de valoração patrimonial fática, estimando, para efeitos de reparação, os efeitos do ato lesivo à personalidade, tonando possível, assim, a quantificação da reparação. Nesse sentido, Dias leciona "O dano moral é efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde à lesão de direito" (DIAS apud SANTOS, acesso em 2015). A CF, artigo 5º, X, ampara o direito à reparação e ainda estipula como direito fundamental, *ipsis literis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Finalmente, em razão da notabilidade do direito da personalidade qualquer ato insultuoso que gere dano, acarretará em responsabilização do ofensor e valoração da lesão.

2.1 Lucro Cessante e Dano Emergente

O CCB, artigo 402 apresenta definição de lucro cessante "[...] o que razoavelmente deixou de lucrar". O dano emergente também é definido pelo mesmo artigo "[...] o que ele efetivamente perdeu". A teoria da perda de uma chance valora as chances perdidas em virtude de ato lesivo de terceiro, portanto enquadra-se como dano emergente. Nesse sentido o entendimento do STJ, reconhecendo a existência de lucros:

PEDIDOS CONHECIDOS. DANOS MATERIAIS PELO INSUCESSO COMERCIAL DA EMPRESA DESENVOLVIDA PELOS AUTORES E DANOS MORAIS PELOS PROBLEMAS FINANCEIROS ENFRENTADOS. DANOS EMERGENTES. PERDA DE UMA CHANCE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PLEITO. Se a empresa já não vinha bem, em decorrência de um gerenciamento inseguro, por certo que as cobranças indevidas, consolidadas na confissão de dívida, puseram uma pá de cal sacramentando o insucesso e engessando definitivamente o que poderia se tornar rentável. Houve, sim, abalo moral, atingindo maciçamente a empresa, que restou cobrada por valores não devidos, e ferida mortalmente nas suas relações creditícias, inviabilizada que se encontrava de atender a seus compromissos financeiros. Contudo, a solução que mais se mostra adequada, no caso dos autos, contemplando danos morais efetivos à empresa, excluídos seus sócios, já que o abalo se fez em desfavor da empresa, dos seus produtos e da sua credibilidade no mercado, e não às pessoas físicas que a integravam, é a fixação da indenização por arbitramento, contemplando inclusive indenização pela perda de uma chance, não propriamente dano moral ou material, mas uma espécie intermediária. O sentido jurídico de chance ou oportunidade é a probabilidade de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo. Assim, o que se indeniza não é o valor patrimonial total da chance por si só considerada, como equivocadamente se tem visto na maioria dos pedidos. O que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado e, nesse caso, não se exige prova cabal e inequívoca do dano, mas apenas a demonstração provável da sua ocorrência, pelo que a indenização, de forma coerente, deve considerar a possibilidade maior ou menor de obtenção do resultado almejado. E, no caso dos autos, afóra a concorrente negligência da autora no manejo de seus negócios, tem-se inequivocamente que tinha a expectativa promissora em face das patentes registradas e a comercialização de seus produtos, tendo perdido, em vista de restrição de imagem em razão de dívida inexistente, e, mais que isso, créditos não reconhecidos, sido im-

Fale conosco, nós estamos online!

desenvolver-se. (STJ - REsp 1295807 RS 2011/0284655-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, J. 11/04/2013, T3 - TERCEIRA TURMA).

Há que se destacar ainda que a mera probabilidade de ocorrência do evento danoso deve ser valorada, visto que a teoria baseia-se na chance de haver prejuízo em detrimento da conduta de terceiro. A diferença da possibilidade para a realização se dá no quantum indenizatório, sendo a consumada de valor superior. Vale ressaltar que o enfoque da perda de uma chance como dano emergente elimina a incerteza de lograr êxito, porquanto o que se busca é a valoração da chance e não da consumação em si.

2.2 Possibilidade e Certeza

Bocchiola leciona sobre a diferença entre possibilidade e certeza determinando "aquilo que não aconteceu não pode nunca ser a rigor, objeto de certeza absoluta; a única coisa indubitável é que uma possibilidade foi perdida, que permanece na condição de hipótese e é privada de verificação completa" (BOCCHIOLA apud SAVI, 2012, p.14).

O posicionamento doutrinário dominante considera que para caracterizar uma chance perdida, a probabilidade de êxito deverá ser de no mínimo 50%, o que confirma a subjetividade no quantum indenizatório a ser fixado - ponto em que entra o implacável poder discricionário do magistrado. O arbitramento destas chances perdidas fica sujeito ao subjetivismo dos julgadores referente àquilo que eles entenderem por "possível ou certo". O princípio da persuasão racional do juiz, em virtude da subjetividade, traz uma série de indagações a respeito de sua imparcialidade. Não há meios garantidores da certeza de um evento futuro, principalmente lógicos ou matemáticos. O que se alcança é meramente uma probabilidade, por isso essas chances são consideradas dano emergente.

2.3 Elemento Ativo no Patrimônio de Seu Dono

Patrimônio, via de regra, refere-se à concepção monetária da expressão. Contudo, a perda de uma chance como elemento ativo no patrimônio de seu titular alude que toda oportunidade perdida está intrinsecamente inserida no sujeito. Assim, a ausência de concretização da chance e consequente ato ofensivo gerando frustração, seja ela moral ou material, gera responsabilidade reparatória. Nesse senso, explica Alvim "esse a mais, que ele valia, entrava como elemento ativo no patrimônio de seu dono. De modo que, se o que se pede é esse a mais, e não o prêmio, não se está no terreno da fantasia e sim do real" (ALVIM apud SAVI, 2012, p.38). Calmon de Passos completa "a existência de um prejuízo, da perda ou desfalque de algo que ao sujeito é passível de ser integrado, quer por inerente ao seu corpo ou a sua personalidade" (CALMON DE PASSOS, 2015).

Destarte, a perda de uma chance consiste na fronteira entre o certo e o incerto, um limiar entre o precário e o acautelado, mas que era algo inerente ao patrimônio do titular - ressalte-se. Devido à impossibilidade de realização pela consumação temporal ou fática dessa chance, a reparação visada pelo sujeito é patrimonial, mesmo que a lesão tenha se verificado sobre um bem jurídico existencial, uma lesão de natureza moral.

3 A Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance no Direito Brasileiro

3.1 Posição Doutrinária e Seus Embates

A doutrina se limita a breves comentários sobre a responsabilidade civil por perda de uma chance. Pioneiramente a França traz um leque de hipóteses em que se admite a teoria citada. Posicionamento diverso à aplicação dessa teoria é defendido por Carvalho Santos "parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada" (CARVALHO SANTOS, 1956, p.321-322). Em contrapartida, Alvim instrui que a possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constituiria uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos. Tanto isto é verdade que o autor da demanda pode, mesmo perdida a causa em primeira instância, obter uma quantia determinada, pela cessão de seus direitos, a um terceiro que queira apelar (ALVIM apud SILVA, 2013, P.192).

A doutrina brasileira deixa a desejar quanto à quantificação da chance perdida. Alvim afirma que "se o cálculo apresentado pelos peritos nas situações concretas não traduzir o prejuízo fielmente, representa, de qualquer maneira, o dano que pode ser provado e que é, portanto, indenizável" (ALVIM apud SILVA, 2013, P.192).

Farias e Rosenvald observam que *A perda de uma chance consagra a indenizabilidade de determinados danos que, sob um rigorosismo conceitual, não se enquadrariam como danos patrimoniais ou morais, porém violam a dignidade da vítima e perturbam a solidariedade social, justificando, pois, a indenizabilidade como consectário natural das garantias constitucionais* (FARIAS e ROSENVALD, 2015, P.79).

Para os ilustres autores, "a perda de uma chance pode estar correlacionada a um dano não aferível patrimonialmente, diversamente dos lucros cessantes, cuja certeza da frustração de uma vantagem patrimonial futura deflui da leitura do comando 403 do Codex". Em outra ocasião, os mesmos autores asseveraram que "entre o dano certo e o dano hipotético pode existir uma terceira via, com significado e efeitos próprios" (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 509). Entendem que para que tal dano tenha de fato efeitos próprios, é necessário, todavia, que o prejuízo seja composto de seriedade e realidade, não sendo objeto do direito à reparação meras conjunturas de cunho subjetivo daquele que se sentiu lesado (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 510). Concluem afirmando que, para a fixação do valor devido a título de indenização pela chance perdida: *deverá ser fixado por arbitramento judicial, de forma equitativa pelo magistrado, considerando o grau (volume) de possibilidades reais de concretização para a vítima do resultado que lhe foi subtraído a partir da chance perdida. Tudo em conformidade com a lógica do razoável* (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p.79).

Kfourri Neto demonstra sólida argumentação, embasada na doutrina francesa, trazendo elementos indispensáveis à sua aplicabilidade, que são definitivamente sustentáculos da teoria, tais como a acuidade das chances perdidas: *A chance perdida deve ser 'séria', ou 'real e séria' [grifos do autor]. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado -*

Fale conosco, nós estamos online!

prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizará (KFOURI NETO apud SANTIAGO, acesso em 2015).

Severo, também embasado nas sólidas concepções francesas, trilha o mesmo caminho, usando de consciência quanto aos elementos de aplicabilidade da perda de uma chance e, ainda, demonstra uma concepção avançada das condições de sua aplicação, particularmente indispensáveis ao Brasil (SEVERO apud SILVA, 2013, p.183). Dias foi o primeiro a abordar a questão no ordenamento brasileiro, e, talvez por este motivo, admita a aplicabilidade da perda de uma chance (DIAS apud SANTOS, 2015). Contudo, o referido autor entende ser lucro cessante, diferentemente do entendimento jurisprudencial. O posicionamento do doutrinador se desmente pelo artigo 402 do CCB, que tem a seguinte redação: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

A inaplicabilidade da perda de uma chance no direito brasileiro por diversos doutrinadores consiste na impossibilidade de demonstração do prejuízo. Entende-se que a responsabilidade civil está *in re ipsa*, ou seja, a responsabilidade é da natureza da coisa, portanto está intrínseca a ela, assim o dano está indissociável do ocorrido. Denari corrobora "a responsabilidade está *in re ipsa* e seu fundamento é diverso daquele que enucleia a responsabilidade por danos" (DENARI apud MARINONI, 2015).

No Brasil são difundidas, ainda, as teorias da equivalência das condições; da causalidade adequada e do dano direto e imediato, positivada no ordenamento brasileiro. A primeira, apesar de ter caído em desuso, não pode ser desprezada em suas características, porque dificultaria a compreensão evolutiva das que a sucedem. Assim, mister se faz dizer, preliminarmente, que o nexo de causalidade é fundamental como elemento desta teoria para a ação indenizatória. Verifica-se a ligação de causa e efeito entre o comportamento lesivo do agente e o prejuízo sofrido pela vítima.

Na teoria da equivalência das condições a certeza do nexo de causalidade é imprescindível. Nesse sentido Pereira leciona: "não basta esclarecer, esclarece Savatier, que um dano tenha coincidido com a existência de uma culpa ou de um risco para estabelecer uma responsabilidade. Coincidência não implica em causalidade." (PEREIRA, 1993, p.266 e 271)

Para saber se a condição é a causa, se utiliza processos hipotéticos nos quais se elimina mentalmente a condição. Dessa forma, se ao eliminá-la o resultado desaparecer, esta condição é considerada causa do resultado, ou seja, do prejuízo. Em consonância com este processo, todos os eventos que forem imprescindíveis para a ocorrência do dano serão considerados causas equivalentes.

Surge, na doutrina alemã do século XIX, a possibilidade de existir um leque de agentes imputáveis, Peteffi aborda o tema exemplificando a situação em que devido à falha de um motorista de taxi, o passageiro se atrasa e perde o avião, sendo forçado a embarcar em outro voo que acaba caindo e resultando na morte de todos os tripulantes. Segundo o autor, não há dúvidas de que a falha do motorista caracterizou uma conditio *sine qua non* para a ocorrência do dano, todavia a imputação desse motorista pela morte do passageiro consiste em iniquidade da teoria da equivalência das condições. (CAVALIERI FILHO apud SILVA, 2013, p.22).

Em uma análise comparativa, este exemplo do taxista trazido anteriormente, teria um desfecho diverso se inserido dentro da teoria da causalidade adequada, visto que a mesma abrange que as causas, além de necessárias, devem estar revestidas de critérios de adequação. Esta, também advinda do direito alemão do século XIX, não despreza as condições necessárias apresentadas pelas teorias precursoras.

Couto e Silva prelecionam: *Para o exame do conceito de causalidade adequada é indício o tempo em que ocorre o fato e o em que se verifica o evento. Mas, a distância, se maior ou menor, para fundar a adequação, não é propriamente a temporal, mas a lógica. O nexo de causa e efeito é o aspecto lógico de verificação de causação do dano. Assim, não é o tempo propriamente que revela a responsabilidade da causação do dano, mas proximidade lógica. Fatos ocorridos há muito tempo podem determinar certo evento danoso, estando mais próximos logicamente do que outros realizados pouco antes do acontecimento. São, portanto, adequados.* (COUTO e SILVA apud SILVA, 2013, p.24).

A teoria da causalidade adequada, embora relevante, é a precursora da positivada no ordenamento jurídico nacional: a teoria do dano direto e imediato. A presente teoria se baseia na literalidade do seu artigo 403 do CC, que dispõe: "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto em lei processual." Salienta-se que essa teoria também trabalha aborda a *conditio sine qua non*, cuja causa somente poderá ser considerada direta e imediata, se, em sua ausência, o resultado lesivo não teria ocorrer. Nos moldes das teorias anteriores, diante dos suportes fáticos existem as causas concorrentes, também denominadas concausas. Mediante a existência de causalidade múltipla, aplica-se a norma do artigo 942 do CC: *Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único: São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.*

Dentro da causalidade múltipla existem as causas sucessivas e as concomitantes. Neste caso, dentre várias causas concomitantes, apenas uma foi a causa direta e imediata da morte da paciente. Sendo assim, decidiu-se pela inexistência da relação de causalidade entre a morte e o parto. Portanto, embora existissem causas concomitantes que justificassem a interposição de uma ação indenizatória, para os julgadores e para a teoria apresentada inexistia nexo de causalidade.

Ressalta-se que a teoria do dano direto e imediato, como excludente de causalidade, aceita a aplicabilidade do caso fortuito e da força maior, porém sem a capacidade de dirimir a responsabilidade, respondendo o agente pela integralidade do dano. E, em alguns momentos ainda se poderá encontrar a concorrência entre o fato da própria vítima e a conduta omissiva ou comissiva do agente. Um bom exemplo desta situação é um julgado da Nona Câmara Cível do TJRJ:

BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. PERDA AUDITIVA NEUROSSONSORIAL BILATERAL. EXPOSIÇÃO A EXCESSO DE RUÍDOS NO LOCAL DE TRABALHO. AGRAVAMENTO DA PERDA AUDITIVA. CONCAUSA CONCOMITANTE. ACIDENTE DE TRABALHO. INTELIGÊNCIA DO ART. 21, I, DA LEI 8.213/91. NEXO CAUSAL POSSÍVEL.

Fale conosco, nós estamos online!

CONCLUSIVO. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS DE AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DEMORA DO PROCESSO QUE NÃO PODE SER CAUSA À IMPOSIÇÃO DE REGIME JURÍDICO MAIS DESFAVORÁVEL AO SEGURADO. INOBTÁVEL CARATER AMPARADOR DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. O auxílio-acidente é devido quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução permanente da capacidade laborativa e a atividade profissional outrora desenvolvida pelo segurado. Equipara-se ao acidente de trabalho a chamada concausa - causa que, embora não tenha sido a única, contribuiu diretamente para a redução da capacidade laborativa do trabalhador (Lei 8.213/91, 21, I). Laudo pericial conclusivo, no sentido de atestar que os níveis de ruídos elevados a que foi submetido o segurado, no exercício de suas atividades junto à Cia Siderúrgica Nacional, contribuíram para o agravamento da moléstia apresentada agindo como concausa concomitante e indicando o nexo causal positivo para sua perda auditiva. Prestação previdenciária do auxílio-acidente devida mesmo após a aposentadoria, uma vez que, não fosse a demora de trinta anos do trâmite processual, o segurado auferiria regime jurídico mais vantajoso, permitindo-lhe cumular ambos os benefícios. Conhecimento e provimento parcial do recurso. (REEX: 00010591619838190066 RJ 0001059-16.1983.8.19.0066, Relator: DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA, J. 16/04/2013, NONA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 21/10/2013).

Consoante disposto no artigo 333, I do CPC, caberá sempre ao autor a demonstração do fato constitutivo de seu direito. Embora seja uma teoria tradicional, assim como na doutrina alienígena, tem extrema relevância no direito brasileiro. Devido às situações nas quais o processo causal escapa a uma verificação mais perfeita e direta, a multiplicidade de causas gera grande complexidade em sua análise. Casos muito semelhantes, tanto na construção como nas soluções adotadas, são encontrados no sistema da *Common Law* (SILVA, 2013, p.35). Esta noção é inserida com êxito no conceito de causalidade parcial, conforme leciona Noronha: *Temos a causalidade alternativa quando existem dois ou mais fatos com potencialidade para causar um determinado dano, mas não se sabe qual deles foi verdadeiro causador. Por exemplo, não se sabe se a morte de uma pessoa ou o agravamento de sua doença são devidos à evolução natural da moléstia de que sofria, ou se a um erro médico, devidamente comprovado. (NORONHA apud SILVA, 2013, p.50).*

Por fim, para muitos doutrinadores, a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na seara médica somente será feita modificando-se critérios de causalidade até agora mencionados. Raras são as exceções feitas por alguns doutrinadores contemporâneos.

3.2 Entendimento Jurisprudencial

Sabe-se que toda e qualquer ingerência de novos parâmetros dentro de qualquer cultura, acontece de uma forma gradativa. O Brasil é um dos poucos países a acolher a teoria da perda de uma chance nos seus julgados. O primeiro acórdão brasileiro a mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance data de 1990, relatado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, à época Desembargador do TJRS. O relator concluiu que os danos foram consequências diretas e imediatas da atividade do médico, considerando erro médico e não uma chance perdida (KLOURI, 2015). Atualmente, segundo Savi "hoje em dia, há dezenas de decisões a respeito do assunto em praticamente todos os Tribunais de Justiça do país". (SAVI, 2012, p.47).

Diante das pesquisas jurisprudenciais realizadas, percebe-se que os julgadores, não obstante reconheçam a aplicabilidade da perda de uma chance, ainda não demonstram confortável aplicação, pois a análise sistemática que deveria ser realizada não se faz presente. Para corroborar o entendimento exposto, Silva ensina: *Não obstante, o entusiasmo com o inquestionável crescimento do número de julgados envolvendo a teoria da perda de uma chance deve ser temperado pelo fato de a maioria dos tribunais brasileiros ainda não ter tomado contato com a teoria. Assim, mesmo avançando a passos largos, seria impróprio afirmar que a teoria da perda de uma chance já goza de aceitação sistemática, por parte da jurisprudência brasileira. (SILVA, 2013, p.197).*

A discussão travada na seara médica que gravita entre a categoria de dano específico e a da causalidade parcial, não está presente na jurisprudência brasileira, restringindo-se a países desenvolvidos, como a França. Todavia, embora se tenha uma base sólida e pioneira, também não existem nos acórdãos franceses, decisões reiteradas sobre o exposto. Vale ressaltar o descompasso que acontece no enquadramento dessa chance perdida nas categorias de dano patrimonial ou extrapatrimonial. Silva comenta tal disparidade: *Com efeito, alguns julgados brasileiros parecem estar confundindo as hipóteses em que a perda de uma chance deve ser considerada como integrante da categoria de danos extrapatrimoniais com as hipóteses em que a chance perdida é um dano com evidente valor de mercado e, portanto, de natureza patrimonial. (SILVA, 2013, p.212).*

O arbitramento das questões extrapatrimoniais obedece a critérios bem menos rígidos que aqueles que servem de parâmetros para a caracterização dos danos patrimoniais. Por isso, sua concessão abre tanta margem à discricionariedade do julgador. A seriedade e a certeza, condições que foram tão expostas até aqui como indispensáveis para a configuração e concessão da perda de uma chance pela doutrina brasileira, também aparecem como requisito cogente aos acórdãos. O TJRS é o pioneiro na tratativa do tema, tratando, contudo, a perda de uma chance fora da categoria de um dano emergente, portanto fora da teoria da causalidade parcial. Percebe-se que a jurisprudência brasileira caminha para a aceitação da responsabilidade pela perda de uma chance, sem, contudo, seguir os moldes da jurisprudência francesa, exigindo requisitos como a razoabilidade, a probabilidade e a seriedade.

3.3 Enquadramento da Perda de Uma Chance Como Dano Moral

Embora diversos julgados no Brasil tenham acolhido a teoria da perda de uma chance, esta é enquadrada como um agregador do dano moral. Savi entende que apesar de a perda de uma chance poder constituir fato gerador de duas espécies de danos, a valor patrimonial desta não pode ser desprezado quando latente, com intuito de supervalorizar extrapatrimonial. E finda: *Ou seja, não há dúvida de que, em determinados casos, a perda de uma chance, além de representar um dano material, poderá, também [grifo do autor], ser considerada um "agregador" [grifo do autor] do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente [grifo do autor] moral. Até porque, trata-se de um dano emergente. (SAVI, 2012, p.57).*

O dano moral, segundo a teoria em comento, deverá ser concedido quando a hipótese concreta comportar, não deixando à margem o dano material. Nesse sentido: *RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO. 1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, porquanto para a resolução da questão, basta a valoração das consequências jurídicas dos fatos incontroversos para a correta interpretação do direito. Precedentes. 3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança. 4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral. 5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado. 6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada. 7. Na linha dos precedentes deste Tribunal Superior de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe. 8. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1335622 / DF RECURSO ESPECIAL 2012/0041973-0, Relator(a) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147), Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA, J. 18/12/2012).*

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALHA DE DIAGNÓSTICO. AVC. AUSÊNCIA DE PRONTO TRATAMENTO. SEQUELAS. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS CARACTERIZADOS. 1. O conjunto fático-probatório da demanda apontou que efetivamente a ré falhou ao diagnosticar o estado de saúde da autora, pois que ao invés de perceber que a paciente havia sofrido um AVC, o nosocômio afirmou que a parte sofrera um distúrbio de ansiedade, não promovendo o devido tratamento esperado para a enfermidade, razão pela qual justa e legal a sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da perda de uma chance real de cura. 2. A quantificação da indenização a título de danos morais deve levar em conta o tempo de duração da ilicitude; a situação econômico/financeira e coletiva do ofensor e ofendido; a repercussão do fato ilícito na vida do ofendido e a existência ou não de outras circunstâncias em favor ou em desfavor do ofendido. Quantum indenizatório majorado. 3. Tratando-se de relação contratual, os juros moratórios são contados desde a citação, e não do evento danoso. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL REJEITADA. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70045189859, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 30/05/2012).

PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA INDEVIDA DE ATENDIMENTO MÉDICO. MORTE DO MARIDO DA APELADA. PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL INDIRETO. 1. Qualicorp. Administradora de benefícios (artigo 3º do Estatuto Social e artigos 2º e 3º da Resolução Normativa ANS nº 196/2009). Não tinha poder de autorizar ou negar a transferência do de cujus para outro hospital, o que só poderia ser feito pela Unimed, operadora do plano de saúde. Não havendo sequer alegações sobre eventuais faltas cometidas pela Qualicorp, afasta-se a condenação dessa apelante. 2. Unimed. Negativa de atendimento de emergência (artigo 35-C, I, da Lei 9.656/1998). É inválida a cláusula contratual que estabelece prazo de carência maior do que 24 horas para essa hipótese (artigo 12, inciso V, alínea c, da mesma lei). Cláusula abusiva (Súmula nº 103/TJSP). Conduta ilícita da Unimed, que criou diversos embaraços para a transferência do paciente, descumprindo liminar, inclusive. Falecimento do marido da recorrida. Responsabilidade civil objetiva (artigo 14, caput, do CDC). Mesmo o estado de saúde dele sendo crítico, houve descumprimento contratual, privando o enfermo da chance de se salvar. Viúva que sofreu dano moral. Indenização mantida tal qual fixada. Recurso da Qualicorp provido. Recurso da Unimed não provido. (APL: 00408943520118260001 SP 0040894-35.2011.8.26.0001, Rel: Roberto Maia, J. 06/05/2014, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/05/2014).

Uma vez expostos ambos os posicionamentos, o último se apresenta mais abrangente e correto, pois se justifica pela certeza de que a perda de uma chance deve ser caracterizada como um dano emergente, que por sua vez se enquadra no artigo 402 do CC.

3.4 Cláusula Geral de Responsabilidade Civil e o Princípio da Reparação Integral dos Danos

Dentre os distintos motivos que justificam a adoção da responsabilidade civil por perda de uma chance estão a cláusula geral de responsabilidade civil e o princípio da reparação integral dos danos. Tanto na França, quanto na Itália, os conceitos de dano e as cláusulas gerais de responsabilidade civil abarcam uma gigantesca amplitude. Elas se traduzem claramente pela expressão "*neminem laedere*: garante a integridade corporal e patrimonial da pessoa contra ato lesivo e injusto de outrem" (TJ-RJ - APL: 01383331220098190001 RJ 0138333-12.2009.8.19.0001, Relator: DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA, Data de Julgamento: 14/04/2015, NONA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 16/04/2015). Pode ser entendida, ainda, de maneira simplificada, como o dever de não prejudicar outrem.

O Brasil adota a cláusula de responsabilidade civil bem semelhante às trazidas por aqueles países. Imperioso se faz transcrever o artigo 186 do Código Civil que resguarda a referida cláusula: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". O ato ilícito tem suas consequências salientadas pelo artigo 927: "Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Devido ao conceito amplo de dano, não existe entrave para que a responsabilidade civil pela perda de uma chance seja acolhida pelo ordenamento jurídico. E ainda em face da dimensão exposta, houve acolhimento da teoria, ainda que não unânime, causando efervescências na doutrina e jurisprudência brasileira.

Outro motivo de extrema relevância é o princípio da reparação integral dos danos, que se vislumbra através da importância dada pela Cf/88, em seu artigo 1º, III, no que tange à dignidade da pessoa humana. A Carta Magna, ressalta ainda no artigo 3º, I, alusiva à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Entende-se que abarca implicitamente o princípio

Fale conosco, nós estamos online!

danos. Em conformidade com essa perspectiva, destaca Pinori: *Trata-se de um princípio implícito extraído pelos intérpretes por intermédio de um procedimento argumentativo que, partindo da previsão legislativa destina a descrever de modo exauriente as duas principais espécies de dano, atribui ao legislador a intenção de assegurar uma cobertura integral dos prejuízos patrimoniais.* (PINORI apud SAVI, 2012, p.107).

O princípio da reparação integral dos danos traz no cerne um verdadeiro senso de justiça, através do qual se percebe a tentativa de trazer ao indivíduo lesado seu *status quo ante* (SAVI, 2012, p.107), tanto quanto possível. Mas, cabe ressaltar que diante da aplicação da teoria da perda de uma chance, o conceito de ato ilícito deveria, para melhor contextualização, ser encaixado no âmbito do dano injusto, isto é, uma forma mais subjetiva da conduta do agente que causou o prejuízo.

O artigo 944 do CCB também deve ser analisado, vez que, diante dele houve uma limitação da reparação. Este artigo, em seu *caput*: "a indenização mede-se pela extensão do dano". Entretanto ao invocar o princípio da reparação integral dos danos, na tentativa de conseguir proporcionar à vítima o retorno do estado anterior à ocorrência da lesão, diz-se que ela não poderá suportar nenhuma parcela de prejuízo que caberia ao agente do ato ilícito ou dano injusto. Por esse entendimento, é preciso cautela na aplicação desse artigo caso não seja feita quanto aos padrões de quantificação do dano pertinentes às chances perdidas. Cavalhieri Filho preceitua: "Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados" (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 195).

A essa altura, presume-se a inconstitucionalidade destes artigos, vez que afrontam os princípios delineados anteriormente pelos dispositivos constitucionais citados.

3.5 A Equívoca Quantificação da Perda de Uma Chance

O maior equívoco das decisões que acolhem a perda de uma chance tem sido quanto à quantificação do dano sofrido pela vítima. Na maioria das vezes, embora se reconheça o referido princípio, fixa-se a indenização no valor do prejuízo final, em inobservância da regra que estipula que a reparação deve ser inferior àquele valor ou benefício que teria alcançado se o nexo de causalidade não tivesse sido rompido. O critério de quantificação é de extraordinária relevância, pois quando se requer a reparação da chance considerada perdida por ato lesivo de terceiro, verifica-se se decorre do nexo de causalidade entre a conduta do agente e a vantagem definitivamente perdida, que não pode ser provada, diferentemente do nexo entre esta conduta e as chances perdidas. As chances perdidas devem ser valoradas com inferioridade àquela vantagem final objetivada, se contrapõe ao princípio da reparação integral dos danos o que é errôneo, porque quando se trata de oportunidades perdidas, o que se busca é a incapacidade da vítima de suportar qualquer tipo de responsabilização a que não deu causa, enquanto quando se trata do benefício final, fala-se apenas em critérios de quantificação das chances perdidas, e, não valores propriamente ditos. Conforme demonstrado, meras possibilidades não podem ser consideradas como chances sérias e reais. O critério da acuidade e certeza são elementos fundamentais para a quantificação do dano sofrido, aliado às simulações hipotéticas. Por fim, ressalta-se que a quantificação deverá ser feita por arbitramento, usando-se a equidade. Deve-se observar se existiria um dano real para e sobre ele incidir as probabilidades que o titular da chance perdida teria de obtê-la caso não tivesse sido impedido por terceiro.

4. O Dano da Perda da Chance de Cura

A proposta trata da aceitação da perda de uma chance do direito de cura ou sobrevivência, advinda da França e pouco difundida no Brasil, onde ocorrem no Brasil discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais no que concerne à perda de uma chance. Quando se fala em perda de uma chance no do direito de cura ou de sobrevivência, essas diferenças são ainda mais evidentes. São discutidas mudanças, devido a evolução da sociedade, na seara médica sobre o tema.

Por ser necessitar de maior detalhamento, devido à sua polêmica, há um notório esquivo dos doutrinadores. Exemplo de tal ocorre na obra de Savi: "Por esse motivo e diante das diferenças entre as duas modalidades, não trataremos das hipóteses de perda de chance de cura ou sobrevivência nesta oportunidade" (SAVI, 2012, p.5). A doutrina brasileira enquadra o tema abordado como caso típico de erro médico ou culpa médica. Para corroborar o presente estudo, Bocchiola assevera que "a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência em razão de um erro médico é o único problema que ainda é objeto de controvérsia nos países que admitem a indenização pela perda de uma chance" (BOCCHIOLA apud SAVI, 2012, p.23).

4.1 Contribuição Francesa - *Perte D'une Chance de Guérison*

O direito francês originou mudanças no campo da causalidade, apresentando um novo paradigma ao dever de indenizar: a perda de uma chance do direito de cura ou sobrevivência, chamado pelos franceses de *perte d'une chance de guérison* (SOUZA, 2015). Levando-se em consideração a relação bioética mais direito, entende-se que a perda de uma chance de cura deve buscar o cumprimento dos parâmetros legais estabelecidos pela lei e, indiscutivelmente, deve focar em buscar a efetividade da justiça. Os fundamentos éticos, morais, individuais e sociais devem ser abarcados devido ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Afinal, trata-se de tema objeto da ciência médica, jurídica, alvo de anseio psicológico da vítima e ainda de saúde pública e interesse social.

A doutrina francesa, no tocante à responsabilização pela perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, quando enquadrada somente na seara médica, não admite sua aplicabilidade na causalidade parcial. Mas essa intensa controvérsia doutrinária criada pelos juriconsultos sequer tangeu as diretrizes da jurisprudência francesa. Esta, por sua vez, contrariamente à doutrina francesa, abriu um leque de hipóteses nas quais reconhece a reparação da perda de uma chance do direito de cura.

O pioneirismo da jurisprudência francesa é demonstrado em um acórdão datado de 24 de outubro de 1961, do Tribunal de Grenoble, onde um indivíduo com ferimentos no pulso fez uma radiografia e como nenhuma fratura foi encontrada, retomou suas atividades laborais. Entretanto, alguns anos mais tarde, ao manejar um objeto pesado, sentiu dores fortíssimas; ao consultar um médico detectou-se através da primeira radiografia realizada, uma fratura sem deslocamento. A vítima propôs ação contra o médico por não interpretar corretamente a radiografia e o Tribunal de Grenoble considerou ser o diagnóstico determinante do dano, pois a informação correta lhe permitiria aplicar tratamento que poderia evitar a fratura.

Fale conosco, nós estamos online!

com persistente fragilidade do pulso. Sendo assim, acolheu o Tribunal a desídia na condução do tratamento, a qual impôs ao paciente a privação da cura, condenando o médico ao ressarcimento dos danos (MOTA, 2015). A partir de então, vários casos de aceitação da perda de uma chance do direito de cura foram surgindo na jurisprudência francesa, influenciando não só o direito brasileiro, mas também o italiano, conforme explica Tepedino: *A tendência a uma interpretação evolutiva, aliás, encontra-se presente na jurisprudência brasileira, a tal ponto que, sob influência de todas as três correntes antes mencionadas, os Tribunais fixam o nexo de causalidade de forma intuitiva, invocando alternativamente a teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexo causal, e da conditio sine qua non, sempre na busca de um liame de necessidade entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo.* (TEPEDINO apud SILVA, 2013, p.46).

Grande parte da doutrina francesa é muito restritiva enquanto a jurisprudência com a sua flexibilidade aceita a causalidade parcial, sendo certo que a mais adotada seja a teoria da causalidade adequada, admite a responsabilidade na teoria da perda de uma chance *in re ipsa*.

4.2 Responsabilização Por Erro Médico

Essa subdivisão surgiu da responsabilização pela perda de uma chance na seara médica. Seu conceito se firma em um erro de diagnóstico ou de um diagnóstico insuficiente para combate de uma enfermidade. Representa a oportunidade perdida pelo profissional de saúde de realizar diagnósticos ou procedimentos no momento da descoberta, promovendo, assim, tratamento adequado e eficaz à situação de seu paciente, não se deixando surpreender por evoluções no quadro e evitando danos, até este momento reparáveis.

Mister se faz colacionar o artigo 949 do CC: "No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescência, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido". A teoria impõe ao médico a obrigação de se atualizar, estando a par de todo e qualquer procedimento para que possa proporcionar ao seu paciente o melhor e mais recente método que a Medicina dispõe. Além disso, o médico tem a obrigação de não causar dano de qualquer espécie que possa tirar de seu paciente a possibilidade de se ver curado, quando esta chance de cura existir previamente.

Ainda deve ser levado em consideração que não só a perda definitiva da possibilidade de cura é relevante para a teoria, mas também o retardo desta. A cura quando delongada traz ao paciente sofrimento físico e psicológico, bem como material. Observa-se o valor moral da perda da chance. Comenta o Desembargador José Nepomuceno Silva "a perda de uma chance é uma situação intermediária entre o erro profissional, não censurável, e o erro médico censurável" (NEPOMUCENO SILVA, 2015). O simples erro profissional não gera indenização, mas a perda de uma chance de cura, por causar dano ao paciente e devido à impossibilidade de demonstração do prejuízo, gera uma indenização moral. O erro médico que causa dano ao paciente por culpa do profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, gera indenização integral. Nesse sentido:

CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo Jurisprudência/STJ - Acórdãos do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (Resp 1254141- 2011/0078939-4, Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 04/12/2012, Data da Publicação/Fonte DJe 20/02/2013)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO. AUSÊNCIA DE MEDIDAS PRECONIZADAS PARA AVALIAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DA CAUSA DOS SINTOMAS DO PACIENTE. PERDA DE UMA CHANCE. CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. Na hipótese dos autos, restou provado que os profissionais de medicina da Clínica ré foram negligentes na investigação clínica do quadro que apresentava o paciente, ignorando a evolução da sintomatologia e do quadro clínico que apresentava o paciente. Ainda, restou desconsiderado no segundo atendimento os sintomas apresentados pelo paciente, que recomendavam o aprofundamento diagnóstico, com realização de exames, para tentar identificar a origem das persistentes dores lombares do paciente (apesar da inicial ter referido que a queixa era de dores abdominais, todo o prontuário médico refere persistentemente que a queixa era de dores nas costas - na altura dos arcos costais). Conduta imprudente, negligente e imperita da equipe médica da Clínica ré, que ignorou a sintomatologia apresentada pelo paciente, que demandava uma investigação diagnóstica mais acurada e tratamento mais agressivo para o quadro apresentado. Erro de diagnóstico configurado. Aplicação da teoria da chance perdida, porquanto o erro de diagnóstico tolheu eventuais chances de cura ou melhora do estado de saúde do paciente, contribuindo para a evolução do quadro, que culminou no seu óbito por infecção generalizada. O tumor de que padecia a vítima era raro e agressivo e mesmo que o diagnóstico fosse antecipado isso provavelmente não teria alterado o infeliz desdobramento do episódio, fato é que se tratava de pessoa jovem e portadora, quanto ao mais, de boa saúde. Tais pessoas reagem melhor a tratamentos. Além disso, é sabido que cada organismo é único e apresenta reações diferenciadas tanto às patologias que o acometem quanto ao tratamento adotado para combatê-las. Considerando a carência de elementos concretos nos autos, a partir do senso comum envolvendo casos de tumores, estima-se em 10% a c

Fale conosco, nós estamos online!

irmão das autoras de ter tido uma evolução positiva de sua doença, que era grave, insidiosa e agressiva. Configurada a responsabilidade da Clínica ré devido à evidente falha no atendimento médico-hospitalar ao de cujus, bem como o nexo de causalidade entre o ato e o evento danoso, deve ser reconhecido o dever de indenizar. DANO MORAL IN RE IPSA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. Inegável a ocorrência do dano moral, que é in re ipsa, porquanto decorrente do próprio fato, em virtude da falha no serviço prestado pela Clínica ré que culminou no óbito do filho e irmão das litigantes. Valor da condenação mitigado em razão da aplicação da teoria da chance perdida. DANO MATERIAL. PENSIONAMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. Em relação ao pensionamento, não houve impugnação específica dos termos da sentença por parte da Clínica ré, razão pela qual não restou atendido o pressuposto legal previsto no art. 514, inciso II, do CPC, impondo-se a confirmação da sentença, no particular, por ausência de impugnação específica da decisão hostilizada. POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (AC 70055821367, Nona Câmara Cível, TJRS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 25/09/2013).

RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ERRO DE DIAGNÓSTICO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. Tratando-se de fato danoso atribuível ao hospital demandado, na condição de prestador de serviço público, por conduta de seus agentes, incide o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual prevê a responsabilidade civil objetiva, com fulcro na teoria do risco administrativo. Na hipótese dos autos, restou provado que os profissionais de medicina de ambos os hospitais demandados falharam na investigação clínica do quadro que apresentava o paciente, que havia se engasgado com alimento, inviabilizando o diagnóstico da moléstia que lhe acometia e tolhendo as chances de tratamento e cura. Os médicos dos nosocômios demandados ignoraram completamente a possibilidade de aspiração de corpo estranho e passaram a um diagnóstico equivocado de tuberculose e/ou broncopneumonia. Erro de diagnóstico configurado. Aplicação da teoria da chance perdida, porquanto o erro de diagnóstico contribuiu para o agravamento do estado de saúde do paciente, contribuindo para a evolução do quadro, que culminou na perda de volume do seu pulmão direito. Configurada a responsabilidade solidária dos demandados devido às suas condutas, bem como o nexo de causalidade entre o ato e o evento danoso, deve ser reconhecido o dever de indenizar. Inegável a ocorrência do dano moral, que é in re ipsa, porquanto decorrente do próprio fato, em virtude da falha no serviço prestado pelos demandados. Valor da condenação fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação e dos parâmetros adotados por esta Corte em casos semelhantes aos dos autos. PENSÃO MENSAL. INCAPACIDADE LABORAL NÃO COMPROVADA. O autor não logrou comprovar sua incapacidade laborativa, de sorte que é incabível o pensionamento postulado. DANOS MATERIAIS EMERGENTES. RESSARCIMENTO DEVIDO. O desembolso realizado pelo autor com os medicamentos necessários para o seu tratamento médico constitui dano emergente que deverá ser ressarcido pelos réus à razão de 50%, considerando-se que a responsabilidade está consubstanciada na perda de uma chance. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70052760782, Nona Câmara Cível, TJRS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 14/08/2013).

Cumpra destacar as palavras do Desembargador José Nepomuceno Silva: *Não se trata, evidentemente, de obrigação do médico "adivinhar" a doença do paciente e sua evolução, com todos os imprevistos. Mas sim, da obrigação de aplicar ao paciente o que a Medicina tem de mais avançado e disponível. Aplica-se aqui o princípio da boa-fé objetiva, que é a estrutura do novo CC. (NEPOMUCENO SILVA, 2015).*

É nítida a investida da CR/88 em relação à proteção à dignidade da pessoa humana. Arrazoa-se, portanto, a necessidade de constitucionalização do direito civil. Nesse sentido, a diretriz da ética profissional visa mostrar o seu caráter imprescindível na atuação profissional. Savi explica: *Suponha-se que um doente tem a possibilidade de sarar sob a condição de que médico o trate corretamente e que reste provado que o erro médico fez com que o paciente perdesse aquela probabilidade. Neste caso, o erro médico é considerado causal. Contudo, tal erro não causa a doença, mas tão somente faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Neste caso, poderia falar-se em indenização da chance de cura perdida. Nas hipóteses semelhantes àquela da falta de anestesia na sala de cirurgia, não há uma perda de possibilidade preexistente de cura. É o comportamento do médico que provoca a origem do fato de que decorre o dano. Nestes casos, é impossível afirmar que o médico, com seu erro, faz, ao mesmo tempo, com que surja e seja pedida a possibilidade de cura. Afinal, não fosse o erro médico, não se poderia falar de possibilidade, mas somente de certeza. (SAVI, 2012, p.24).*

Portanto, nítida a diferenciação entre o erro médico e a perda de uma chance de cura ou sobrevivência, certo que os conceitos, dentro de hipóteses reais, ficam mais entendíveis.

4.3 Responsabilização Estatal

Casos muito comuns acontecem em hospitais públicos nos quais pessoas permanecem horas em filas e corredores a fim de serem atendidas e, em consequência, acabam morrendo, tem seu estado agravado, seja pela ausência ou pela demora no atendimento prestado.

Alguns elementos aqui devem ser analisados. Primeiro, a questão de que os hospitais públicos da União, dos Estados, dos Municípios, suas empresas públicas, autarquias e fundações estejam submetidos a regime jurídico diferenciado. Cabe dizer que estas relações devem ser deslocadas para o âmbito do Direito Público e mister se faz levar em consideração o Direito Administrativo. Porém, a vigente CF, em seu art. 37, § 6º traz a maior relevância desse tema quando dispõe: *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Esse dispositivo adota a responsabilidade objetiva do Estado, valendo dizer que, uma vez demonstrada a existência do fato, o dano e o nexo de causalidade, caberá ao Estado o dever de indenizar, ainda que se faz jus ao direito de regresso posteriormente. Esta é a chamada responsabilidade pelo fato do serviço. Nos casos de força maior, fortuito e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, haverá exoneração do Estado quanto à reparação dos danos suportados pela pessoa. Aguiar Junior completa: *A responsabilização do Estado pelo risco decorrente do próprio fato do desempenho da atividade perigosa a realização dos seus fins, na consecução do bem comum, cujos danos não podem ser transferidos ao li*

Fale conosco, nós estamos online!

a atividade é exercida para o benefício do cidadão, que recebe do serviço público o tratamento para sua doença, é de se perguntar se o Estado também aí responde objetivamente por todo o dano sofrido pelo paciente, independentemente da regularidade do serviço prestado. (AGUIAR JUNIOR, 2015).

Entende-se que a responsabilidade que surge para o Poder Público é de natureza extracontratual, sendo tal fato irrelevante em caso de reparação, isto porque existe um contrato de fato entre a instituição e o paciente que a partir do momento de seu vigor, o Estado passa a figurar como uma das partes. Dias e Monteiro lecionam: *Embora entre doente e o médico que o assiste, por dever de ofício, em hospital público, não haja contrato, deve ser reconhecida a existência de uma relação contratual de fato entre o paciente e a organização hospitalar, pois o doente internado não é estranho. (DIAS e MONTEIRO apud AGUIAR JUNIOR, 2015).*

Diferentemente das condutas comissivas, as omissivas sempre geram controvérsia. O Estado passa a ser responsabilizado subjetivamente, cabendo provar a ausência deste serviço, seu retardamento ou seu mau funcionamento.

Nesse escopo, o Supremo Tribunal Federal:

DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses. IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute de service. V. - R.E. não conhecido. (RE 179147/SP. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 12/12/1997. Órgão Julgador: Segunda Turma DJ 27-02-1998 PP-00018 EMENT VOL-01900-03 PP-00589 RTJ VOL-00179-02 PP-00791).

Nesse engendrar de ideias e conceitos, entende-se a perda de uma chance de cura como fato oriundo muitas vezes de conduta omissiva do Estado. As situações corriqueiras de um hospital público no Brasil mostram como o atendimento médico-hospitalar tem sido defasado e irresponsável para com os cidadãos.

Cabe dizer que a omissão do Estado diante da situação causou milhares de perdas de chances de cura para as pessoas que estavam aguardando tratamento, enquanto o hospital agendava para os pacientes o início de seu tratamento com datas longínquas alegando não ter condições para fazê-lo prontamente Neste caso a responsabilidade do Estado é objetiva.

Medermott aponta: *As responsabilidades da medicina são três: gera conhecimento científico e ensiná-los aos outros; usar o conhecimento em benefício da saúde do indivíduo ou de toda a coletividade; e julgar a propriedade moral e ética de cada ato médico que afeta diretamente outro ser humano. (MEDERMOTT, 2015).*

Em análise comparativa as pessoas carentes de tratamento médico são hipossuficientes em relação ao Estado, o que justifica de forma incisiva a observância do artigo 5º da CF que visa, sobretudo, o direito à vida. Diferentemente do Estado, a responsabilidade do profissional na saúde é subjetiva, cabendo a estes as observâncias aplicáveis ao Estado no que tange aos princípios e direitos fundamentais.

4.4 Valor Patrimonial da Chance Perdida

Conforme exposto, a chance perdida tem afrontado seu maior problema: a quantificação dos danos. Estes causados pela perda de uma chance, principalmente por perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

O valor patrimonial deve ser mitigado a fim de que se tenha conforto, abrandamento, diante da perda, seja ela física, material ou psicológica. O agente responsável pela lesão deve reparar o dano ocorrido, e não necessariamente supri-lo pelo valor real - seja físico, material ou psicológico - que a chance perdida traria a quem sofreu tal dano. Não obstante, não são utilizados os critérios de probabilidade para aferição de valores, bem como o enquadramento errôneo da chance perdida como lucro cessante. Assim, são gerados fatores incorretos para a quantificação do valor patrimonial. Savi disserta: *Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas aqueles 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% de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance com dano material emergente. (SAVI, 2012, p.65).*

Tratando-se de direitos da personalidade, a chance quando violada gerará além de um valor patrimonial, um valor moral a ser reparado. Este aspecto também é aceito nas oportunidades de cura ou sobrevivência perdidas.

Diante mesmo da responsabilidade estatal *in re ipsa*, e, ainda, dos princípios constitucionais do artigo 5º da CR/88, cabe dizer que chance tem valor moral e patrimonial quando violada, uma vez que expectativas ou direitos não podem ser frustrados ou violados discricionariamente.

5. Conclusão

Em relação à teoria da perda de uma chance, concorda-se que a regra do tudo ou nada deve ser refutada conforme entendimento majoritário dos doutrinadores contemporâneos. Para se resolver a problemática da causalidade, a mé

Fale conosco, nós estamos online!

pois o extremismo do "tudo ou nada" geraria uma inexistência quase total de decisões procedentes. Nesse diapasão, entende-se ser a teoria originária da França denominada perda de uma chance ou perda de uma chance de cura ou sobrevivência - *perte d'une chance de guérison*, exigência de uma Justiça dinâmica e não mero recurso jurisprudencial. A presente teoria torna-se de indispensável observância ante a evolução da sociedade e, principalmente, em face da necessidade de se promover a crescente constitucionalização do direito civil brasileiro. Imperativa faz-se a reestruturação dos conceitos de dano, nexos de causalidade e responsabilidade civil para uma aplicação justa da teoria e que promova equidade, em consonância com os valores ditados pela Constituição Federal de 1988, para que os danos materiais e morais intrínsecos à vida possam ser reparados tendo em vista o máximo respeito à dignidade da pessoa humana. Essa releitura deve caminhar inclusive no sentido de abarcar a responsabilização dos profissionais da área de saúde e do Estado como órgão garantidor dos direitos e garantias fundamentais, direta ou indiretamente. A problemática da quantificação do dano necessita de parâmetros objetivos, como a seriedade e a certeza, visto que a ausência desses quesitos dá margem à uma exacerbada discricionariedade, não sendo possível às teses doutrinárias tecerem estimativas sobre cada possível caso. Assim, claramente se observa que a teoria da perda de uma chance encontra limites muito bem delineados, sendo suas possibilidades ou probabilidades valoradas. Trata-se, portanto, de um paradigma solidarista da responsabilidade civil ao albergar a teoria da perda de uma chance. Deve-se estabelecer juridicamente o um vínculo de causalidade, como um meio de proteção à pessoa humana em seus direitos da personalidade e direitos e garantias fundamentais. Veio, ainda, reordenar uma série de contradições sustentadas no direito brasileiro, coibindo, ainda, a "indústria do dano moral" muito bem definida por Cavalieri Filho.

Ao tratar da perda de uma chance de cura, percebe-se que muitas falhas da saúde trazem sofrimento físico e psicológico à vítima e à sua família. Como determinar os limites e a quantificação das angústias pelas quais passam essas pessoas e o tamanho seu sofrimento psicológico? Sem esgotar o tema - que é complexo e merecedor de estudos mais aprofundados - o presente artigo conclui pela defesa da reparação da chance perdida buscando-se suavizar tais sofrimentos, quando certa a impossibilidade de restituição do *status quo ante*.

Referências

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A responsabilidade civil do médico**. Disponível em <http://www.stj.gov.br/Discursos/01102/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20M%C3%89DICO.doc> acesso em 20 mai 2015.

BRASIL. **STJ**. Disponível em <http://www.stj.jus.br> Acesso em 20 mai 2015.

_____. **TJSP**. Disponível em <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> Acesso em 19 mai 2015.

_____. **TJRJ**. Disponível em <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> Acesso em 19 mai 2015.

_____. **TJRS**. Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> Acesso em 19 mai 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **O imoral nas indenizações por dano moral**. Disponível em jus.com.br/artigos/2989/0-imoral-nas-indenizacoes-por-dano-moral Acesso em 15 mai 2015.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 20 mai 2015.

DENARI, Zelma. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** - Comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Direito das Famílias. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. **Curso de Direito Civil**. Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações. 4. ed. RJ: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles. **Perdas e danos no exercício das profissões de saúde e o dever de indenizar**. Disponível em <http://www.ambr.com.br/revista/Revistas/42/06.pdf> acesso em 20 mai 2015.

GUIMARÃES, Aquiles Cortês. **Cinco Lições de Filosofia do Direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KLOURI, Cesar Marcos. **Ensaio Jurídico para reflexão sobre a responsabilidade civil e a teoria da perda de uma chance**. Disponível em <http://klouri-adv.jusbrasil.com.br/noticias/2157325/ensaio-juridico-para-reflexao-sobre-a-responsabilidade-civil-e-a-teoria-da-perda-de-uma-chance> acesso em 20 mai 2015.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm acesso em 15 mai 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações inibitórias e de ressarcimento na forma específica no anteprojeto de "Código Modelo de Processos Coletivos para Iberoamérica" (art. 7º)**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5042>. Acesso 18 mai. 2015.

Fale conosco, nós estamos online!

MOTA, Sílvia. **Perda da chance no direito brasileiro**: implicações nas relações médicas. Disponível em <http://www.silviamota.com.br/biobio/artigos/perdadechancenodirbras.htm>. Acesso em 20 mai 2015.

NEPOMUCENO SILVA, José. **Artigo sobre novo Código Civil - IV**. Disponível em http://amagis.com.br/index.php?pagina=noticias&pag_int=not_ver&id_notic=130&PHPSESSID=5658011f0f745b216a88274ad3b1e4f7 acesso em 20 mai 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. RJ: Forense, 1993.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Responsabilidade Civil**: Aspectos da teoria da perda de uma chance e sua distinção dos punitive damages. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7fe1f8abaad094e0> Acesso em 20 mai 2015.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Dano moral**: um estudo sobre seus elementos. Disponível em www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11819 Acesso em 15 mai 2015.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Erro médico e perda de uma chance**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4155 Acesso em 20 mai 2015.

Cursos

[Home - Cursos Lex](#)

[In Company](#)

[Agenda de Cursos Jurídicos](#)

[Corpo Docente](#)

[Catálogo de Cursos Jurídicos](#)

[Relação de Títulos](#)

[Oportunidades de Emprego](#)

Institucional

[Quem somos](#)

[Conselho Editorial](#)

[Convênios](#)

Publicações Técnicas

[Periódicos](#)

[Revistas Especializadas](#)

[Livros](#)

[Seja nosso Autor](#)

Produtos Virtuais

[Sistemas Online](#)

[E-Books](#)

Serviços Gratuitos

[Cartilha de Prerrogativas](#)

[Dicionários](#)

[Doutrinas](#)

[Indicadores](#)

[Legislação](#)

[Modelos de Contratos](#)

[Modelos de Petições](#)

[Newsletter](#)

[Notícias](#)

[Lex Universitário](#)

Contatos

[Fale Conosco](#)

[Envie sua Doutrina](#)

[Atendimento ao Cliente](#)

[Representantes Autorizados LEXMagister](#)

Lex Magister

Al. Coelho Neto, 20 - 3º andar - Porto Alegre - RS

Telefone Produtos: 51 3237-4243

Site: www.lexmagister.com.br



© Copyright LEX Editora S.A. - Todos os direitos reservados

2020

Fale conosco, nós estamos online!

PERDA DE UMA CHANCE – DANO MORAL

Configura dano moral a comprovada perda da chance de obter emprego em virtude da não conclusão do ensino superior no tempo previsto, em decorrência de atraso da instituição de ensino em ofertar disciplina obrigatória. Na origem, faculdade particular do Distrito Federal foi condenada a pagar oito mil reais por danos morais causados a um aluno que perdeu a chance de ser efetivado no local onde já fazia estágio, porque a instituição de ensino deixou de oferecer disciplina obrigatória no tempo previsto para conclusão do curso de Engenharia Civil. Em decisão unânime, a Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais manteve a sentença ao considerar as provas apresentadas pelo estudante de que a contratação almejada estava condicionada à comprovação do término do curso superior, o que não ocorreu por falha na prestação dos serviços educacionais. No julgamento, os Juízes explicaram que o instituto da perda de uma chance, como categoria indenizatória material distinta do dano emergente e dos lucros cessantes, “consiste em indenização decorrente de ato ilícito que retirou da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor”. A decisão do Colegiado teve como fundamento o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual o fornecedor responde objetivamente pelos danos causados em decorrência de falha na prestação do serviço. Os Julgadores consideraram que, se por um lado o docente comprovou seu prejuízo, por outro, a faculdade não conseguiu se desincumbir do ônus de provar as causas excludentes da responsabilidade de indenizar.

Acórdão n. 1100374 (https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=TURMAS_RECURSAIS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1100374), 07159745320178070007, Relator Juiz JOÃO FISCHER, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, data de julgamento: 30/5/2018, publicado no DJe: 7/6/2018.

Doutrina Pátria

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: INTERFACES DO INSTITUTO FRENTE AOS AVANÇOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

6/04/18 | por Rénan Kfuri Lopes (<https://www.rkladvocacia.com/author/renankfuri/>) | Doutrina

(<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/>) | Nenhum comentário

(<https://www.rkladvocacia.com/responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance-interfaces-do-instituto-frente-aos-avancos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-2/#respond>)

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: INTERFACES DO INSTITUTO FRENTE AOS AVANÇOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

Renata Apolinário de Castro Lima

Roberto Apolinário de Castro

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de responsabilidade civil e perda de uma chance; 1.1 Definição de responsabilidade civil; 1.2 Perda de uma chance; 1.3 Requisitos para a configuração da perda de uma chance juridicamente relevante; 1.3.1 Proporcionalidade de ganho; 1.4 A fixação da perda de uma chance em decorrência do fator sorte; 2 Dois importantes julgados proferidos pelos tribunais brasileiros; 2.1 O caso “*Show do Milhão*”; 2.2 Julgado que admite perda de uma chance autônoma; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A busca pela responsabilidade civil pela perda de uma chance é um instrumento hábil que pode ser utilizado pelo indivíduo que se vê privado de uma oportunidade, em decorrência da ação ou omissão de outrem.

Conforme leciona Sérgio Savi, a perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano. (Savi, 2012, p. 119).

Trata-se de uma modalidade de responsabilidade civil, inicialmente encontrada no ordenamento francês, que permitiu, independente do resultado final, não se basear em uma certeza absoluta, a fixação da indenização civil com base no dano experimentado (consistente em uma perda de oportunidade), fixada na sua proporcionalidade de resultado futuro, podendo-se, ainda, falar em retrocesso em caso de não acolhimento da mesma, conforme elucida Gustavo Tepedino:

Negar a indenização pela chance perdida seria um retrocesso à evolução da responsabilidade civil, que hoje atua com arrimo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, em consonância com a Constituição Federal de 1988, baseada em um paradigma solidarista. (Tepedino, 2008, p. 194)

O conceito da perda de uma chance passou a se expandir, tendo a aceitabilidade da teoria e sua aplicabilidade começado a serem adotadas em diversos outros ordenamentos jurídicos, desenvolvendo-se em países europeus, notadamente, Itália, que, a princípio, reprimiu este conceito, mas posteriormente e atualmente o aceita, eis que vê

assim uma possibilidade de cessar em parte o dano causado a quem teve uma oportunidade lesada.

O Brasil também adota atualmente a responsabilidade civil pela perda de uma chance, havendo casos que a seguir serão demonstrados, de modo que os magistrados fixam tal indenização com o fulcro de garantir os direitos e as garantias individuais que concernem a cada pessoa, quando estas são lesadas por outrem que as priva de probabilidades de acréscimo patrimonial.

Conforme elucida Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 189), demonstrando o ensinamento de Carvalho Santos:

No passado, havia uma certa resistência em relação aos casos de responsabilidade pela perda de uma chance por parte de alguns doutrinadores. Carvalho Santos, analisando casos de falta de recurso cabível diante de uma sentença desfavorável, afirma que *“parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada”* (Santos, 1956, p. 321-322).

Desse modo, o objetivo do presente artigo é esclarecer o conceito de perda de uma chance, desde o seu contexto histórico, ressaltando-se os casos pertinentes, adotados pelas doutrinas e jurisprudências pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro, para ao fim se chegar aos critérios utilizados para fixação da indenização em tal modalidade.

Assim, o presente artigo irá apresentar a normatização aplicável sobre a matéria, bem como analisará os aspectos gerais das decisões que forem estudadas, juntamente com o critério de fixação da indenização adotado pelos magistrados que julgam ações de tal caráter.

Aqui será realizada uma pesquisa nas doutrinas que abordam o tema em questão, e demais fontes escritas para maior aprofundamento do conteúdo abordado, sem que se esgote o assunto. Vale ressaltar, ainda, os entendimentos jurisprudenciais que trarão maior compreensão de como a perda de uma chance está sendo abordada nos tribunais brasileiros.

Neste contexto, a pergunta que permeia essa pesquisa é: Como se definem e quais são os requisitos para a configuração da perda de uma chance juridicamente relevante?

A hipótese aqui estudada está na questão de que a perda de uma chance se trata de solução para amenizar o dano experimentado pela vítima que se vê privada de uma oportunidade de ganho patrimonial, que pode até mesmo se dar em decorrência do fator sorte.

Dessa forma, o texto será composto de três partes, além desta introdução, sendo que o primeiro capítulo conterá a questão da pergunta que permeia esta pesquisa, o capítulo dois tratará casos concretos pertinentes ao ordenamento jurídico brasileiro, com a apresentação dos julgados de tribunais, tratando, ainda, as consequências de tais ocorrências, no âmbito da indenização moral e material, e o capítulo três será a conclusão.

1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E PERDA DE UMA CHANCE

1.1 Definição de responsabilidade civil

Inicialmente, antes de adentrar no mérito da responsabilidade civil decorrida da perda de uma chance, necessário se faz conceituar o que os autores entendem e tratam por responsabilidade civil.

A responsabilidade civil vem evoluindo de tal forma que sua expansão se dá desde os primórdios da história, eis que sempre existiram conflitos, e, para solucioná-los, necessário sempre foi localizar o sujeito causador do dano para, ao fim, encontrar alguém que pudesse repará-lo, sendo este o instituto da responsabilidade civil.

Maria Helena Diniz, citando Wald Arnoldo, ensina que a responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e à sua profundidade ou

densidade (exatidão de reparação). (Diniz, 2007, p. 10)

Com relação ao estudo da historicidade, nota-se que a vingança coletiva sempre prevaleceu, de modo que certo grupo de pessoas pertencente à vítima reagia em desfavor do agressor, havendo, ainda, a vingança privada, em que o ofendido passa a fazer justiça com as próprias mãos, podendo citar, como exemplo, a Lei de Talião, que tinha por lema, “*olho por olho, dente por dente*”.

Iniciou-se, mais à frente, o período denominado *Lex Aquilia de dammo*, que tinha por finalidade uma reparação pecuniária, que dependia da culpa do agente. Maria Helena Diniz ensina acerca de tal matéria:

A *Lex Aquilia de dammo* veio cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa com fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse precedido sem culpa. O Estado passa então a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos e obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. (Diniz, 2011, p. 27)

Ainda para Maria Helena Diniz (2011), a culpa está intimamente ligada à responsabilidade civil, eis que todas as possibilidades de reparação ainda não podem ser percebidas, tendo em vista que o dano pode vir a ocorrer independente da culpa. Segundo ela, “*o fundamento da responsabilidade civil diz respeito à razão pelo qual alguém deva ser compelido a reparar um dano*” (Diniz, 2011, p. 29).

Sobre o processo de humanização, ensina:

Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa, em particular aos trabalhadores e as vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova de culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do *ubi emolumentum, ibi ius (ou ibi onus)*, isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas consequências (DINIZ, 2011, p. 29).

Por fim, quanto à obrigação de reparar o dano, é claro o art. 927 do Código Civil brasileiro (2002):

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. (Código Civil brasileiro, 2002)

1.2 Perda de uma chance

Adentrando ao mérito da responsabilidade civil pela perda de uma chance, pode esta ser considerada uma teoria relativamente nova, eis que enquadrada em nosso ordenamento jurídico recentemente e surgida na França na década de 60.

Acerca da evolução e o surgimento da Teoria da Perda de Uma Chance, veja-se o que descreve Sérgio Savi:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda da chance. (Savi, 2012, p. 3)

No Brasil, poucos resultados foram produzidos acerca de sua aplicabilidade nas décadas de 60 e seguintes, entretanto, recentemente, tal teoria vem despertando enorme interesse dos estudiosos de uma ciência tão moderna quanto esta, que tem por premissa o reconhecimento dos danos ressarcíveis, fundando-se na ideia primordial de uma indenização decorrente de uma perda séria e real, afastando-se, de tal forma, o tão conhecido posicionamento de que é necessária a configuração de um dano relacionado à perda patrimonial diretamente perceptível.

Conforme ensina Rafael Peteffi da Silva, *“a produção brasileira sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance vinha se mostrando bastante tímida. Todavia, a doutrina atual parece passar por uma fase de ebulição na seara da teoria da perda de uma chance”* (Silva, 2009, p. 189).

O principal objetivo visado, no que diz respeito à reparação civil, trata-se, mais do que nunca, de uma valorização para reparação do dano sofrido pela vítima, passando esta a possuir verdadeiras chances de ver seu dano reparável, eis que agora é possível provar no que consiste sua possibilidade de ser indenizada, já que poderá ser usado como fundamento que deixou de perceber uma vantagem ou não teve um prejuízo evitado em decorrência da conduta lesiva de outrem.

Em tal teoria, no caso de ser negada a indenização à vítima requerente, poder-se-ia, ainda, considerar um retrocesso no que concerne à evolução da responsabilidade civil, com relação aos princípios elencados na Constituição Federal de 1988.

1.3 Requisitos para a configuração da perda de uma chance juridicamente relevante

Para se perquirir a configuração de uma chance, devem ser observados diversos fatores, entre eles, o fator sorte, que veremos mais adiante.

1.3.1 Proporcionalidade de ganho

Para a configuração da responsabilidade civil, Maria Helena Diniz enumera os pressupostos necessários, comumente utilizados em nosso ordenamento: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, e que seja qualificada juridicamente; b) ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação (Diniz, 2011, p. 52-54).

Maria Helena Diniz ensina que, *“ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa. Ter-se-á ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico”* (Diniz, 2007, p. 37).

Ademais, quanto ao pressuposto denominado ação, leciona que o mesmo *“consubstancia-se num ato humano do próprio imputado ou de terceiro, ou num fato de animal ou coisa inanimada”* (Diniz, 2007, p.37).

Quanto ao pressuposto denominado conduta, adentrando ao mérito da ação cometida pelo agente, percebe Cavalieri Filho: *“Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo (Cavalieri Filho, 2012, p. 25).”*

Quanto ao dever de reparar o dano, o mesmo se baseia na reprovabilidade da conduta cometida pelo agente, estando bem disposto no art. 186, do Código Civil de 2002: *“o ato ilícito ocorre quando alguém por ação ou omissão voluntária (dolo) ou negligência ou imprudência (culpa) viole direito ou cause dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos”* (Código Civil de 2002).

Tratando-se assim do dever de indenizar, o entendimento de Maria Helena Diniz é no sentido de que *“o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo a lei, hipótese em que se desvincula o ressarcimento do dano da ideia de culpa, deslocando a responsabilidade nela fundada para o risco”* (Diniz, 2011, p. 53).

Quanto ao nexo de causalidade, conceitua Sílvio Venosa, que este *“é o liame que une a conduta do agente ao dano”* (2006, p. 45). E, na mesma linha de raciocínio, Cavalieri Filho afirma que *“é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”* (2012, p. 49).

Com relação a tais pressupostos, vejamos, por fim, como Maria Helena Diniz materializa as hipóteses em que, mesmo existindo o nexo de causalidade, não poderá incidir a responsabilidade civil:

Realmente não haverá a relação de causalidade se o evento se deu, p. ex., por culpa exclusiva da vítima (RF, 282:232); por culpa concorrente da vítima (CC, art. 945; RT, 477:111; 481:211; 480:88, AJ, 107:604), caso em que a indenização é devida pela metade (RT, 226:181) ou diminuída proporcionalmente (RT, 231:513); por culpa comum da vítima e do agente; por força maior ou caso fortuito (CC, art. 393), cessando, então, a responsabilidade ante a sua inevitabilidade (RT, 479:73, 469:84, 477:104, RF, 275:165). O mesmo se diga se houver cláusula de não indenizar, que em alguns casos é nula (art. 734, 2ª parte). (Diniz, 2011, p. 54)

Acerca dos critérios utilizados para a configuração de uma perda de chance juridicamente relevante, temos que a responsabilidade civil decorrente de tal modalidade ou teoria se caracteriza por sua diferença peculiar das demais formas de indenização comumente existentes, eis que, para sua configuração, basta a identificação, sendo que a indenização ocorre diferentemente dos casos de perdas e ganhos.

Insta verificar que a perda de uma chance é focada em um dano injusto. Cumpre-se observar o ensinamento de Pietro Perlingieri, citado por Sérgio Savi em sua obra *Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance* no tocante à tal questão: “*A Responsabilidade Civil focada no dano injusto permite, portanto, que as situações objetivas sejam analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como ocorria antes da interpretação dos institutos de Direito Civil à luz da Constituição*” (Savi, 2012, p. 119).

No que concerne à citada indenização pretendida, inicialmente a mesma decorre da perda de uma oportunidade pela vítima, que se vê prejudicada direta e indiretamente pelo autor que lhe diminui a possibilidade de acréscimo ao seu patrimônio, sendo que, assim, este é responsabilizado por ter lhe causado um prejuízo direito e imediato, eis que a privou de uma oportunidade de ganho, ou seja, um resultado útil, ou mesmo não evitou que lhe fosse causado um prejuízo, tendo assim o resultado final sido impedido pela ação ou omissão do agente causador do dano, que efetivamente é material, podendo, também ser moral.

De tal modo, por meio da Teoria da Perda de Uma Chance, as situações poderão ser observadas pelo gênero das situações objetivas, que darão ensejo à indenização pretendida.

Tais situações, por intermédio da aceitabilidade da perda de uma chance, poderão ser visualizadas e julgadas de modo conjunto, eis que agora se observará o fator que deu causa à perda ou prejuízo sofrido pelo lesado.

Assim, o que se pretende indenizar não é a perda da vantagem que se esperou, mas a perda da chance de se obter uma vantagem patrimonial ou de se evitar um prejuízo posterior.

Por fim, no âmbito brasileiro, devem ser observados os motivos para admissão da indenização das chances perdidas.

Com fulcro em tal assunto, voltemos à didática expressa por Sérgio Savi, que é conhecedor do tema em análise e motivador em tais questões:

O Código Civil brasileiro, elaborado sob a forte influência do Código Civil francês, transpôs para o ordenamento jurídico brasileiro um sistema de responsabilidade civil muito parecido com os sistemas francês e italiano. Isto porque o Código Civil brasileiro estabelece, em seu art. 186, uma cláusula geral de responsabilidade civil. (Savi, 2012, p. 104)

Com relação à citação do Código Civil que permeia nosso ordenamento jurídico, vejamos o que estabelece seu art. 927: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*” (Código Civil brasileiro, 2002).

Desta forma, infere-se que, embora o critério para aceitabilidade e fixação da perda de uma chance seja baseado nos Códigos Civil francês e italiano, o Código brasileiro também utiliza um conceito de dano, sem expressar quais as modalidades ali elencadas.

Prevalecendo-se para as fixações de indenizações o ordenamento inserido no Código Civil brasileiro, tem-se que não há nele impedimento para se postular e conseguinte aferir indenização em decorrência de perdas, senão vejamos:

Não há, a nosso sentir, no Código Civil brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado onexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance. (Savi, 2012, p. 106)

De tal modo, conclui-se que não pode haver qualquer motivo que obste o percebimento de indenização em decorrência de perdas, se houver assim motivos que a ensejaram, devendo, de tal modo, ser observada a atitude do ofensor, a perda em questão e o nexode causalidade entre ambas.

1.4 A fixação da perda de uma chance em decorrência do fator sorte

Anteriormente mencionado, mas sem ainda adentrar no mérito acerca de tal questão, o fator sorte é algo que pode ser observado e que serve para postulação e percebimento de indenização.

A sorte na questão da responsabilidade civil por perdas pode ser perquirida mediante jogos de loterias, rifas, programas de televisão ou rádio que envolvam perguntas e respostas, bem como a capacidade e conhecimento do participante para se chegar ao resultado final.

Acontece que, não raramente, o indivíduo, durante a participação em tais eventos, muitas vezes sem perceber, se vê privado de um resultado futuro, eis que de má-fé o bilhete de loteria deixa de ser registrado, a rifa sequer tem os prêmios que se diz sortear e, o pior, jamais será sorteada, os organizadores dos programas de televisão e rádio elaboram perguntas mal formuladas, com mais de uma opção e até irrespondíveis.

Assim, diante de tais situações, há possibilidade de se chegar ao percebimento da indenização, eis que para o critério de fixação da mesma basta a perda cumulada com a conduta do ofensor, que se trata de quem proferiu o dano experimentado ao lesado, tudo isso observado conjuntamente ao nexocausal.

Sendo assim, em decorrência de tais acontecimentos é que se chegou a um julgado nesse sentido, conhecidíssimo, que será tratado a seguir: O caso “*Show do Milhão*”.

2 DOIS IMPORTANTES JULGADOS PROFERIDOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Antes de apresentar entendimentos jurisprudenciais brasileiros quanto à aceitabilidade da indenização fixada pela perda de uma chance, insta iniciar o assunto e explicá-lo, descrevendo o que dizem os doutrinadores acerca de tal aplicabilidade pela doutrina e jurisprudência.

Quanto à manifestação pela doutrina, anteriormente havia muita resistência da aceitação da perda de uma chance pela mesma, eis que se analisavam os casos de recurso.

De acordo com a citação de Carvalho Santos (1956), na doutrina de Rafael Peteffi da Silva, “*parece duvidoso o direito do constituinte de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada*” (Silva, 2009, p. 189).

Assim, diante de tal posicionamento, para se iniciar a aceitabilidade da teoria das perdas, necessário era observar a possibilidade real e séria da chance, conforme destaca Rafael Peteffi da Silva, elucidando Miguel Kfourri Neto: “*A chance perdida deve ser ‘séria’, ou ‘real e séria’. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria*” (Silva, 2009, p. 191).

De tal modo, ao se admitir que o credor possa obter o que de fato perdeu, e o que minimamente não lucrou, elenca-se um importante princípio da responsabilidade civil, que é denominado reparação integral dos danos.

Traçando os objetivos pertinentes a tal princípio, ensina Sérgio Savi:

Este princípio é, portanto, verdadeiro princípio de justiça que deverá sempre nortear a atividade do intérprete quando da necessidade de se aferir o que deve ser objeto de reparação na responsabilidade civil. Apesar de reconhecido por grande parte da doutrina, há notícia de decisões judiciais que simplesmente ignoram a existência deste princípio. (Savi, 2012, p. 108)

Lamenta-se, portanto, que alguns tribunais não reconheçam o mencionado princípio da reparação integral dos danos, que serve para embasar e fundamentar as perdas de chances.

Rafael Peteffi da Silva cita duas problemáticas, quais sejam a da teoria clássica da responsabilidade civil por perda de uma chance e a modalidade em que, para se aplicar a perda de uma chance, necessário é recorrer à causalidade parcial. Vejamos:

A indenização das chances subtraídas pela conduta do réu é o único caminho para que a vítima seja reparada de alguma forma. Como a doutrina tradicional não aceita a causalidade parcial, utilizando-se do conceito de “*tudo ou nada*”, as chances perdidas devem ser isoladas como um prejuízo independente. (Silva, 2009, p. 104-105)

Assim, tratar-se-á da modalidade tradicional, em que se admite a perda de uma chance decorrida de um prejuízo independente, eis que é a corrente majoritária de entendimento dos mais nomeados doutrinadores.

Sérgio Savi, concordando com tal modalidade de aplicabilidade da perda de uma chance, elucida:

percebe-se que, apesar de haver posições diversas acerca do enquadramento da indenização das chances perdidas – se como dano patrimonial ou moral, dano emergente ou lucro cessante –, desde os clássicos até os autores contemporâneos, a grande maioria admite que, se se tratar de chance (oportunidade) séria e real, a mesma passa a ter valor econômico e, portanto, a ser passível de indenização. (Savi, 2012, p. 46)

Quanto ao posicionamento jurisprudencial, verifica-se que o mesmo vem se tornando cada vez mais presente em nosso ordenamento jurídico.

Apesar de as instâncias *primevas* ainda encontrarem dificuldades para fixar uma indenização baseada em perda de uma chance, muitos tribunais em segunda instância já têm decidido favoravelmente quanto a tal pleito.

Alguns julgadores entendem que a perda da chance deve ser considerada uma modalidade de dano moral, ou em outras palavras, que seria capaz apenas de gerar um dano de natureza extrapatrimonial. Por outro lado, há farta jurisprudência reconhecendo a possibilidade da perda de uma chance gerar danos de natureza patrimonial. Nestes casos, os tribunais, na maioria das vezes, entendem que estaríamos diante de hipóteses de lucros cessantes. Raramente encontramos julgados entendendo que a perda de uma chance, quando gera dano material, deva ser tratada como modalidade de dano emergente. (Savi, 2012, p. 47)

De tal modo, citaremos, a seguir, uma decisão, renomada em nosso ordenamento, que tratou do acolhimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance pelo Superior Tribunal de Justiça, que julgou corretamente o caso conhecido por “*Show do Milhão*”.

2.1 O caso “*Show do Milhão*”

A decisão ocorrida com relação ao caso “*Show do Milhão*”, protagonizado no programa do apresentador Sílvio Santos, pode ser considerada um excelente julgado de amparo em matéria de responsabilidade civil pela perda de uma chance.

O julgamento ocorrera no dia 8 de novembro de 2005. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o tema, deixando claros os objetivos que permeiam a responsabilidade civil por perda de uma chance. A seguir, a ementa do acórdão em questão:

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. (STJ, Recurso Especial nº 788.459/BA, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, J. 08.11.2005, DJ 13.03.2006)

Conforme se verifica do relatório da presente decisão, com relação aos fatos, a autora teria participado do programa de televisão “*Show do Milhão*”, apresentado por Sílvio Santos e vinculado à emissora SBT.

O denominado “*Show do Milhão*” tratava-se de um programa de perguntas e respostas acerca de conhecimentos gerais, no qual o participante, se chegasse ao resultado final, com resposta correta a uma série de perguntas, perceberia o prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro.

De acordo com o regulamento do programa, quanto mais perguntas respondidas, maior é o montante recebido pelo participante, sendo que, se o mesmo acertar a penúltima pergunta acumulará R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

A demandante havia participado do referido programa e logrado êxito em responder até a penúltima pergunta, tendo chegado à “*pergunta do milhão*”, acumulando, de tal forma, os R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Quando a autora tomou conhecimento da “*pergunta do milhão*” resolveu parar com o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), e optou por não respondê-la, eis que entendeu que a mesma fora mal formulada, não havendo nas opções resposta correta.

Diante de tal posicionamento, entendendo que a produção do programa agiu mediante má-fé, ingressou em juízo postulando o ressarcimento por danos materiais e morais, sendo o dano material equivalente ao valor do prêmio máximo não percebido devido ao incidente ocorrido, e o dano moral correspondente à justificativa de ter seu sonho frustrado.

A “*pergunta do milhão*” foi a seguinte: “*A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do Território Brasileiro?*”. Como possíveis respostas, o programa apresentou quatro alternativas: (1) 22%; (2) 2%; (3) 4%; ou (4) 10%.

No julgamento em primeiro grau, a demandante teve seu pleito material acolhido, já que a empresa apelante justificou ter a pergunta uma resposta, a qual estaria estabelecida no art. 231 da Constituição Federal de 1998, porém, tal justificativa não foi acolhida, pois a redação do mencionado artigo não se enquadrava em nenhuma das hipóteses inseridas como resposta.

Desta forma, a autora se utilizou do argumento de má-fé na elaboração da pergunta deliberadamente sem resposta, tendo tal empresa sido condenada a pagar à autora R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), com acréscimo de juros legais, a partir do ato lesivo.

Houve apelação pela BF Utilidades Domésticas Ltda., que teve o provimento negado em decorrência da evidenciada má-fé da apelante, tendo sido constatada a impropriedade da pergunta, eis que apontou a Constituição Federal como fonte, embora tenha sido a resposta retirada da Enciclopédia Barsa.

Para apreciação da decisão foi adotado o ordenamento do Código Civil de 1916, vigente à época do ajuizamento da demanda, que se deu em 15.06.2000, tendo sido analisado o art. 1.059 do mesmo, que dispunha: “*Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*” (Código Civil de 1916).

Quanto à decisão em segunda instância, entendeu o Superior Tribunal de Justiça reformar, em parte, a decisão proferida em primeiro grau, no que concerne ao valor anteriormente fixado, porém manteve a decisão em caráter condenatório, de acordo com o seguinte entendimento:

Firmado o debate no sentido de haver a recorrida optado por não responder a indagação diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, ou, na dicção da petição inicial, de ser a pergunta “*irrespondível*”, não se pode negar, em consonância com as instâncias ordinárias, que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do quantum perdido ou que razoavelmente havia deixado de lucrar. (STJ, Recurso Especial nº 788.459-BA, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, J. 0811.2005, DJ 13.03.2006)

Por fim, condenou a BF Utilidades Domésticas Ltda. ao pagamento de indenização à autora no percentual de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), eis que entendeu o posicionamento da apelante, no sentido de que, se fosse mantida a indenização, a mesma deveria ser equivalente a 1/4 (um quarto) do valor total pleiteado pela autora, eis que assim refletiria as reais possibilidades de êxito desta.

Assim, foi conhecido o recurso especial e lhe dado parcial provimento para reduzir a indenização anteriormente fixada para o montante de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Necessário demonstrar o entendimento de Miguel Maria Serpa Lopes, citado no referido acórdão:

Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance, que o juiz apreciará in concreto, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance, cuja natureza é sempre problemática na sua realização. (Lopes, 2000, p. 391)

Importante ainda explicar que, no concernente a tal acórdão, foi afastada a invocação da Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal, eis que a fundamentação é una e somente deve ser utilizada para se configurar decisão recorrida com mais de um fundamento suficiente, sendo inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

2.2 Julgado que admite perda de uma chance autônoma

Anteriormente, mencionou-se a problemática da diferenciação de perda de uma chance de lucros cessantes e dano emergente. É o que ensina a seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PREJUÍZOS CAUSADOS EM RAZÃO DE MANDATO – SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – NEGLIGÊNCIA – PERDA DE CHANCE – Teoria da Perda de chance é utilizada para calcular indenização quando há um dano atual, porém incerto, dito “dano hipotético”. O que se analisa é a potencialidade de uma perda, não o que a vítima realmente perdeu (dano emergente) ou efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante). Ausência de produção de provas testemunhal na ação trabalhista patrocinada e a consequente insuficiência de demonstração da justa causa, sendo que o advogado tinha perfeitas condições de fazê-lo. Ocorrendo a perda da chance, nisso já se reside o prejuízo. Quantum condenatório. Critérios para mensuração. Inexistência de parâmetros legais, sendo deixada ao prudente arbítrio do julgador. Deve atentar este para a função reparadora da indenização, que, antes de tudo, demanda a aplicação do princípio da equidade, a fim de que a parte sofredora do abalo moral não venha a locupletar-se com enriquecimento indevido. Julgada parcialmente procedente a demanda. Invertido o ônus da sucumbência. (TJRS, 2009, AC 70025788159, DJ 23.07.2009)

Em tal julgado, edificou-se a aplicação da teoria da perda de uma chance, que não se enquadrou como dano emergente, lucro cessante ou dano moral, tendo o dano sido reconhecido decorrente da perda de chance, como categoria autônoma.

CONCLUSÃO

Neste artigo abordou-se em breves comentários a historicidade e o conceito da responsabilidade civil e perda de uma chance.

Também se procurou demonstrar como vêm ocorrendo os julgamentos e a aceitabilidade da Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance, bem como os critérios utilizados para a fixação da indenização por perda juridicamente relevante.

A partir dos instrumentos jurídicos (Código Civil, Constituição Federal, doutrinas e jurisprudências), foi possível averiguar os critérios utilizados pelos Tribunais para fixação de indenização baseados em perda de uma chance, admitindo-se, ainda, o fator sorte.

Neste estudo, percebeu-se a relevância das leis pátrias existentes que buscam estabelecer quais os critérios devem ser utilizados para se pleitear uma perda de chance juridicamente possível e para concessão da mesma.

A pesquisa bibliográfica fez compreender que há leis bem elaboradas e entendimentos diversos, que servem de busca e aprimoramento ao tema, os quais devem ser observados e entendidos antes de se aceitar a Teoria da Perda de Uma Chance.

Mostrou-se ainda um dos julgados mais relevantes ao nosso ordenamento brasileiro, que demonstra de forma correta como deve ser aplicada a Teoria da Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance e como deve ser fixado o critério para se delimitar o quantum indenizatório.

Por fim, demonstrou-se um julgado que esclarece a diferença tão peculiar e ao mesmo tempo tão discutida pelos mais renomados juristas e doutrinadores quanto à problemática utilizada para diferenciação de perda de uma chance, lucros cessantes e dano emergente, para se chegar à admissão de uma chance perdida, em categoria autônoma.

Com efeito, sem a pretensão de esgotar o tema, foi possível vislumbrar a relevância do instituto e sua perfeita aplicabilidade ao ordenamento jurídico pátrio, a salvaguardar, por meio de indenização, os direitos daqueles que se veem tolhidos de uma oportunidade pela ação ou omissão de outrem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Apelação Cível nº 70025788159. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Décima Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Érgio Roque Menine. J. 23.072009. Disponível em: <<http://www.strs.jus.br>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>> acesso em: 11 ago. 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

_____. Lei nº 3.071, de 1º janeiro de 1916. Institui o Código Civil brasileiro, revogado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 11 ago. 2013.

_____. Recurso Especial nº 788.459. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. J. 08.11.2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em; 11 ago. 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. VII, 2007.

_____. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. II, 2000.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. Código civil brasileiro interpretado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil: a evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, v. IV, 2006.

Tags: teoria perda de uma chance (<https://www.rkladvocacia.com/arquivo/teoria-perda-de-uma-chance/>)

Compartilhe este artigo!

Nenhum comentário - Quero comentar!

Nenhum comentário ainda.

Deixe seu comentário

Nome (obrigatório)

E-mail (não será publicado) (obrigatório)

Site

Digite seu comentário

Enviar Comentário



Rénan Kfuri Lopes

rkfuri@rkladvocacia.com (mailto:rkfuri@rkladvocacia.com)

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/MG em Junho/1984. Advogado, Escritor, Palestrante, Professor, Pós-Graduado em Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito de Empresa e Direito Tributário pela Fundação Dom Cabral em 1.988 e 1.989. Pós-Graduado em Direito Público e Tributário pela WPÓS em outubro 2010. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Integrante da Diretoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM/MG. Integrante da Diretoria da OAB/MG na área de Direito de Família. Integrante do Conselho Editorial da EDITORA DEL REY, EDITORA LEX-MAGISTER E COAD. Escritor de livros e artigos jurídicos.

Confira todos os posts de Rénan Kfuri Lopes (<https://www.rkladvocacia.com/author/renankfuri/>)

- Administrativo (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/administrativo/>)
- Advogado (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/advogado/>)
- Civil (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/civil/>)
- Constitucional (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/constitucional/>)
- Consumidor (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/consumidor/>)
- Execução (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/execucao/>)
- Família (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/familia/>)
- Internacional (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/internacional/>)
- Locação (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/locacao/>)
- Penal/Processo Penal (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/penal-processo-penal/>)
- Processo Civil (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/processo-civil/>)
- Recuperação Judicial e Falência (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/recuperacao-judicial-e-falencia/>)
- Responsabilidade Civil (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/responsabilidade-civil/>)
- Sociedade (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/sociedade/>)
- Sucessão (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/sucessao/>)
- Trabalhista (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/trabalhista/>)
- Tributário (<https://www.rkladvocacia.com/categoria/doutrina/tributario/>)

Pesquisa no site

Qualquer categoria



Pesquisar

RKL Escritório de Advocacia

Instagram (<https://www.instagram.com>)

Facebook (<https://www.facebook.com/RKL-Escritório-de-Advocacia-277169852407087>)

Contato

(31) 3274-5066

(31) 986464070

rkl@rkladvocacia.com

Endereço

Av. Augusto de Lima, 479, 6º andar, secretaria sala 610

CEP: 30190-005 | Centro - Belo Horizonte | MG

Cadastre-se para receber novidades do meio jurídico e do RKL Advocacia

Cadastrar

[ArtigosCivil](#)

A Teoria da Perda da Chance como solução para o “Se” Indenizável

[2](#)

Comentários

0

likes

por [Paulo Maximilian](#)

18.nov.2015

[2](#)

Coment.

0

likes

Pode uma pergunta mal formulada valer 1 milhão?

“aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta”^[1]



Introdução – A problemática!

É bastante comum escutar de pessoas juridicamente leigas expressões e indagações (algumas como manifestação de perplexidade!) acerca da demora na resolução de ações indenizatórias com “pano de fundo” extremamente simples, como por exemplo, crimes confessos, negativas indevidas reincidentes, acidentes automobilísticos, descumprimento de contratos, erros médicos crassos etc..

Muitas das vezes o questionamento é direcionado à própria inércia do autor do fato: “Se ele fez mesmo, porque não paga e resolve logo isso?”. Resume-se a resposta a dois fatores principais: 1) a demora jurisdicional propriamente dita (excesso de recursos e medidas protelatórias) que seduz com a possibilidade de adiar o pagamento a um “futuro distante” e, 2) as sempre existentes discussões acerca do quantum debeat, isto é, a liquidação do dano.

É com esse segundo aspecto que o presente artigo se preocupará, pois a experiência prática demonstra que empresas e profissionais liberais por diversas vezes tentam a celebração de acordos para composição do

dano, acordos estes que resultam impossíveis pela enorme diferença na percepção de “O que compreende o dano? O que deve ser indenizado?”.

Assim, antes de se chegar ao tema proposto (a indenização do “se”) e à análise do caso concreto selecionado para ilustrar a correta aplicação da teoria, faz-se necessária uma breve incursão pela classificação dos danos, para, após, demonstrar-se de que forma a teoria da perda da chance colabora com a solução mais rápida de conflitos que, por vezes, se limitam à apuração de existência de dano e a quantificação de seu valor.

1. Como se classificam os danos

O dano, assim como a culpa e o nexa causal, é um elemento determinante da responsabilidade civil, assumindo um papel preponderante e indispensável ao surgimento da obrigação de indenizar. É possível a existência de indenização sem culpa (nos casos de responsabilidade objetiva), mas não de indenização sem dano, o que indicaria, sem dúvida, um enriquecimento sem causa para quem a recebesse^[2].

Contudo nem sempre foi assim, pois, antes da plena aceitação da reparabilidade dos danos morais, adotava-se a teoria da diferença que conceituava o dano como resultado de uma operação de subtração entre o patrimônio da vítima antes e depois do fato gerador. Após décadas de polêmicas, aceitou-se a reparação moral, e com isso, a teoria do interesse, segundo a qual o dano passou a ser considerado a lesão de um interesse juridicamente protegido^[3].

Hodiernamente, considerando-se o efeito da lesão e o caráter de sua repercussão sobre o lesado, os danos podem ser divididos em duas espécies, que por sua vez também aceitam subdivisões:

Os Danos materiais – também chamados patrimoniais – são aqueles quantificados em dinheiro, pois refletem, por natureza, parte do patrimônio da vítima. Sua principal característica é a possibilidade de, com o ressarcimento, restaurar-se o statu quo ante, isto é, após o pagamento da indenização o agente (violador de um direito) terá recomposto o patrimônio da vítima na exata proporção configurada anteriormente ao evento danoso.

Subdividem-se os danos patrimoniais em duas modalidades que, de acordo com Aguiar Dias, “podem coincidir, assim como podem ocorrer distinta e insuladamente, conforme o caso concreto”^[4].

Os danos emergentes (também chamados prejuízos diretos) são os prejuízos efetivamente ocorridos, causando a diminuição no patrimônio. No tocante à mensuração e exemplificação, adota-se a preciosa lição de Sergio Cavalieri Filho: “A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas, tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante. Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a restitutio in integrum.”^[5]

Os lucros cessantes (também chamados prejuízos indiretos ou lucros frustrados) estão previstos no artigo 402 do Código Civil, o qual garante a indenização, não só do efetivamente perdido, como também do que razoavelmente se teria ganho, caso o dano não tivesse ocorrido. O lucro cessante, para ser indenizável, deve ser fundado em bases seguras, de modo a não compreender os lucros remotos, hipotéticos ou imaginários. Neste sentido o escólio de Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, t. XXV, p. 23):

“Para que ocorra o direito aos lucros cessantes, a título de perdas e danos, deve-se comprovar haver, com certeza, algo a ganhar, uma vez que só se perde o que se deixa de ganhar.”

Os danos morais são as lesões sofridas pela pessoa, atingindo não o seu patrimônio, mas sim aspectos íntimos de sua personalidade (intimidade e consideração pessoal – honra subjetiva), ou a própria valoração da pessoa no meio em que ela vive e atua (reputação e consideração social – honra objetiva)^[6].

Distinguidas as espécies de dano, passa-se, então, ao objeto do estudo (a teoria da perda da chance), explicando-a e inserindo-a no contexto da quantificação da indenização.

2. Teoria Perda da Chance^[7]

2.1 – Diferença entre dano hipotético e perda da chance. Juízo de possibilidade e juízo de probabilidade.

Na apuração dos danos materiais, o que se tem é a divisão em emergentes (passado) e lucros cessantes (futuro), guardando-se, sempre, a necessidade do requisito “certeza razoável” para os lucros cessantes. E é esta (in)certeza quanto à ocorrência de fatos futuros a grande “vilã da pacificação”, pelo fato de não ser compreendida e contextualizada da mesma forma por diferentes julgadores.

É facilmente encontrada na doutrina^[8] e jurisprudência^[9] a distinção entre o chamado “dano indenizável” (que justifica o pagamento dos lucros cessantes) e o “dano hipotético”, sendo que este sempre foi afastado na fase de liquidação, pois a incerteza da sua ocorrência serve, de per si, para considerá-los indevidos. Voltando, entretanto, à questão controvertida, o que distinguirá um “dano hipotético” de um “lucro cessante”? A resposta de todos é a mesma: por lucros cessantes se entende o que a pessoa “razoavelmente deixou de ganhar”.

Entra em cena nesse momento um fator essencial não só à compreensão da questão como também à aplicação das teorias aqui expostas: a regra ordinária de experiência comum dos magistrados. Diante de situações incertas (será que isso ocorreria? Será que aquilo daria certo? Havia chance de ele se tornar um campeão?) caberá ao julgador (munido sempre do senso de razoabilidade), buscar nos conceitos de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, a “resposta” – ou a melhor presunção – sobre o contexto fático alegado nos autos, pois, como dito no início,

“aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta”.

Sobre o ponto é interessantíssima a citação doutrinária de Calamandrei efetuada por Kazuo Watanabe^[10]:

“Calamandrei, notando que é difícil estabelecer uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro. Pondera mais que, se se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações (possível, verossímil e provável), constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro. E, conclui: ‘quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer é possível; e quem diz que é provável, está mais avançado do que quem diz que é verossímil, já que vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumento para fazer crer que a aparência corresponde à realidade”

E, na exata medida do que se entende correto, assim expõe Silvio de Salvo Venosa^[11] citando Jaime Santos Briz^[12] (La responsabilidad civil. 4ª ed., Madri: Montecorvo, 1986, p. 269): “entre um extremo e outro cabe uma graduação que haverá de se fazer, em cada caso, com critério equitativo distinguindo a mera possibilidade da probabilidade, e tendo em conta que talvez algum caso seja indenizável a mera ‘possibilidade’, se bem que em menor quantidade de que a probabilidade, base dos lucros cessantes propriamente ditos”.

Surge, então, na seara da apuração dos danos, a lacuna deixada e modernamente ocupada pela Teoria da Perda da Chance.

2.2 – Histórico

A teoria teve seu estudo iniciado na Itália, em 1940, por intermédio do Professor Giovanni Pacchioni^[13], da Univestità de Milano, que (conforme se extrai de judiciousa pesquisa de Sergio Savi^[14]) formulava os seguintes questionamentos: “um jóquei que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do Grande Prêmio; um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o seu quadro é destruído ou não é entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa transcorrer in albis o prazo para

interpor um recurso de apelação, privando seu cliente da possibilidade de obter a reforma ou a cassação da sentença que lhe foi desfavorável”. E concluía que: “em todas essas hipóteses as vítimas – o proprietário do cavalo, o pintor e o cliente do advogado – teriam sem dúvida razão para se queixar (...) havendo controvérsias se as vítimas teriam interesse jurídico para ajuizar uma ação de indenização, tendo em vista que não se poderia falar em um dano certo”. Anos após essas lições foram seguidas e desenvolvidas por Francesco Donaato Busnelli^[15], Adriano de Cupis^[16] e Maurizio Bocchiola^[17].

Todavia, o pioneirismo na aplicação jurisprudencial coube à França^[18], nos idos de 1960, tendo sido utilizada a teoria da perte d'une chance para os casos em que o ato ilícito retirava da vítima a possibilidade de obtenção de melhoria em sua situação futura. Segundo Miguel Kfoury Neto^[19]: “O julgado que inaugurou a jurisprudência francesa adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17/7/1964, sobre fato ocorrido no ano de 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves consequências (invalidez) do menor não se podia estabelecer de modo preciso umnexo de causalidade. A Corte de Cassação assentou que: ‘Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade’. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma ‘chance’ de agir de modo diverso – e condenou-o a uma indenização de 65.000 francos.”

Passou então a referida teoria a ser amplamente utilizada nas cortes europeias^[20], chegando, em momento posterior, aos tribunais norte-americanos.

2.3. Definições

Definição simples e objetiva é extraída da “enciclopédia livre” Wikipedia^[21], segundo a qual a perda da chance é: “ (...) adotada em responsabilidade civil e considera que aquele que perde a oportunidade de proporcionar algum benefício ou evitar algum prejuízo a alguém, responde por isso.”

Segundo Sergio Cavalieri Filho, “caracteriza-se (...) quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante”^[22].

Por fim, mas não menos importante a definição de Philippe Le Tourneau^[23], citado por Roberto de Abreu e Silva^[24], aduzindo que “... a perda de uma chance constitui por vezes um prejuízo indenizável enquanto que uma hipótese, uma pura hipótese, não seria causa de um dano, ou somente de uma eventualidade de dano não reparável. Define a perda de uma chance como a desaparecimento da probabilidade de um evento favorável quando esta chance aparece suficientemente séria.”

2.4. Natureza jurídica da perda da chance

Como ocorre com todas as ‘novidades’ entregues ao estudo dos operadores do direito, logo surgem as controvérsias doutrinárias acerca da natureza jurídica. E com a teoria ora analisada não foi diferente.

Dividem-se os autores naqueles que defendem o enquadramento como espécie de danos emergentes^[25], lucros cessantes (Aguar Dias^[26], Carvalho Santos^[27], Sergio Cavaleiri Filho^[28]), outros entendendo ser modalidade de dano moral (Antônio Jeová dos Santos^[29]) e, ainda, a posição do doutrinador Argentino Carlos A. Gherzi, reproduzida por Silvio Venosa^[30], colocando a teoria da perda da chance como algo intermediário entre os danos emergentes e os lucros cessantes.

Entende-se, todavia, como mais correto o posicionamento de que a natureza jurídica é simplesmente de danos materiais ressarcíveis^[31], inseridos, contudo, não entre os danos emergentes e os lucros cessantes, mas sim entre estes últimos e os danos hipotéticos.

3. Aplicação prática – o caso do “O Show do Milhão” analisado pelo RESP. 788.459-BA (4ª turma do STJ)

Através do julgamento do Recurso Especial acima mencionado, realizado em 8 de novembro de 2005, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou curiosa questão.

A Srª. Ana Lucia S. F. Mattos participou do programa televisivo conhecido como Show do Milhão, tendo ultrapassado todas as etapas até chegar à derradeira. Contava já com R\$ 500.000,00 (quinhentos mil Reais) acumulados, e, após ter-lhe sido apresentada a última questão^[32], encontrava-se, diante das seguintes opções: 1ª) não responder e sair do programa com o valor até então percebido; 2ª) responder corretamente a questão e finalizar o programa como vencedora, recebendo, o prêmio máximo, ou seja, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de Reais) e; 3ª) responder equivocadamente a questão, deixando programa com apenas R\$ 300,00 (trezentos reais).

Formulada a questão, optou a participante por deixar de responder e ganhar o até aquele momento conquistado. Nenhum problema, não houvesse sido verificado, post festum, que a pergunta não comportava nenhuma resposta correta, vez que o percentual tido por acertado (10%) foi retirado de informações da Enciclopédia Barsa e não da CRFB/88.

Assim, foi ajuizada a ação de indenização para ver-se ressarcida dos R\$ 500.000,00 (quinhentos mil Reais) que “deixara de ganhar”, tendo a Sra. Ana Lucia obtido sucesso em ambas as instâncias da justiça estadual baiana. Interposto o Recurso Especial pela empresa patrocinadora do programa televisivo, teve o mesmo a admissão negada e, após conversão de Agravo de Instrumento em Recurso Especial (artigo 544 § 3º do CPC), houve sua análise pela 4ª Turma, cabendo a relatoria ao eminente Ministro Fernando Gonçalves, que teve de resolver as seguintes questões:

a) não se trata de indenização por lucros cessantes, pois mesmo que a questão houvesse sido corretamente formulada, não havia qualquer certeza (ou grande probabilidade) de que esta seria respondida acertadamente, visto existir uma dificuldade progressiva entre as fases do programa, com enorme carga emocional e, inclusive, já ocorrido de outras pessoas terem tentado e sucumbido na derradeira pergunta;

b) não se trata de indenização por lucros hipotéticos, pois longe de uma situação irreal, imaginária, havia possibilidade (plausibilidade) de que viesse a participante a acertar a resposta.

Diante da impossibilidade de se concluir pela ocorrência de lucros cessantes (se ela acertaria a questão) ou lucros hipotéticos (ela não acertaria), valeu-se o julgador – acertadamente – da teoria da perda da chance para solucionar o caso.

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.

Entende-se, todavia, que no arbitramento do valor a solução poderia ter sido melhor refletida. Assim está transcrito o acórdão:

“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) equivale 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.”

Percebe-se, pois, a utilização de um critério de “probabilidade matemática”, ou seja, se eram 4 (quatro) alternativas, com 1 (uma) correta, e a possibilidade de se escolher uma única vez, havia 1 (uma) chance em 4

(quatro) e, por isso, os danos foram calculados e, R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil Reais), representando $\frac{1}{4}$ (um quarto) do valor em disputa.

Desprezaram, portanto, os julgadores qualquer fator exis-tente (conhecimento acumulado, mérito de ter chegado naquela fase do programa, etc.) que diferenciasse a participante da última fase de outro concorrente, de uma criança ou de um animal ades-trado, capaz de escolher uma alternativa (ou apontar uma respos-ta). Entende-se que o mais adequado seria – em adoção à teoria da perda da chance – reconhecer a possibilidade (oportunidade) de acerto e, por ser esta maior do que a fórmula matemática de 1 para 4, indenizar a demandante no valor de R\$ 250.000,00 (du-zentos e cinquenta mil Reais), equivalente a 50% (cinquenta por cento) das chances de acertar a questão.

4. Aplicações práticas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Como se percebe através das ementas abaixo transcritas, várias Câmaras Cíveis estão aplicando a Teoria da Perda da Chance como forma de identificar e quantificar o dano:

Desídia em serviços de advogados que não interpuseram o recurso cabível em outra demanda. (TJRJ – 1ª Câmara, Apel. 2008.001.03832, Rel. JDS. Des. Myriam Medeiros, j. 01/04/2008)

Falha em diagnóstico da qual possivelmente adveio a perda de visão da parte Autora. (TJRJ – 2ª Câmara, Apel. 2009.001.01653, Rel. Des. Heleno Ribeiro P. Nunes, j. 04/02/2009)

Franquia. Descumprimento de contrato e cancelamento da concessão após realização de todo o estudo e projeto de via-bilização do negócio. (TJRJ – 5ª Câmara, Apel. 2007.001.47396, Rel. Des. Cristina Gaulia, j. 26/09/2007)

Acidente de trânsito com coletivo. O risco da morte e a perda de chance de promissora carreira como atleta. (TJRJ – 16ª Câmara, Apel. 2004.001.02939, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 22/06/2004)

Prescrição de remédio equivocado que retardou o início do tratamento adequado para a doença, diminuindo sua possibilidade de cura. (TJRJ – 17ª Câmara, Apel. 2005.001.44557, Rel. Des. Edson Vasconcelos, j. 08/03/2006)

Falha em contrato de transporte de integrantes de escola de samba em dia de desfile de carnaval. Atraso na chegada ao desfile que ocorreu com número reduzido de componentes, gerando perda de pontos e possivelmente tendo sido a causa do rebaixamento da agremiação. (TJRJ – 18ª Câmara, Apel. 2007.001.64967, Rel. Des. Rogério Oliveira de Souza, j. 22/07/2008)

Plano de Saúde. Falha em serviço de resgate. Redução na possibilidade de salvamento do segurado infartado que aguardou longo período de tempo até ser resgatado por ambulância do corpo de bombeiros. (TJRJ – 20ª Câmara, Apel. 2008.001.27438, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, j. 05/11/2008)

Percebe-se, pela variedade das causas de pedir analisadas, o vasto campo de aplicação da perda da chance como forma de identificar e indenizar danos ressarcíveis.

Conclusão

Como abordado na introdução, sempre houve controvérsia acerca do que (e quanto) é devido pelo fato de a vítima pretender indenizações por ela consideradas como lucros cessantes (certas) e que, na visão oposta do causador do fato não seriam tão certas assim, configurando meros danos hipotéticos (incertas). E o julgador não podia valer-se (isso é óbvio) de uma decisão de cunho alternativo (SE sim ou SE não) para, em exercício de futurologia, decidir a demanda.

Dentro desta nova ótica de enquadrar tais situações como perda da chance, o que se verifica, então, é que, nesses casos, a parte interessada (vítima) formula de forma inadequada sua pretensão^[33], pois deve requerer indenização pela perda da oportunidade e não da vantagem (que “iria” auferir).

Posição esta que se adequa na lição de Gracia Cristina Moreira do Rosário^[34]: *“a perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável (...) Deve-se realizar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo resultante, obter-se-á a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos”*.

Desta maneira, não mais se analisará o SE com necessidade de julgá-lo, isto é, decidir (no deferimento da indenização) SE algo ocorreria ou não. Estando o magistrado diante de uma possibilidade séria, concreta, real^[35], concederá a indenização pela oportunidade, pela chance, tornando o SE indenizável.

[1] MAURIZIO BOCCHIOLA, “Perdita di una chance e certezza del danno”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXX, p. 60, 1976, apud SERGIO SAVI, *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.

[2] “Dano é prejuízo. É diminuição de patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações”. (JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidade Civil*, p. 21.)

[3] SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 71. “Quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão de sua natureza não-patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral”.

[4] JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Borsói, Rio, v. 14, p. 221 apud RUI STOCO. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação jurisprudencial*. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 654

[5] SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed., rev., atual. e ampl.

São Paulo: Atlas, 2007, p. 72.

[6] PAULO MAXIMILIAN W. M. SCHONBLUM, *Dano Moral: Questões Controvertidas*, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9. Outras definições são extraídas de julgado do então De-sembargador Carlos Alberto Menezes Direito: “Dano moral. Lição de AGUIAR DIAS: o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão considerada. Lição de SAVATIER: dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Lição de PONTES DE MIRANDA: nos danos morais a esfera ética da pessoa é que é ofendida: o dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.” (TJRJ – 1ª Câmara, Rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.11.91, RDP 185/198)

[7] “Chance é o termo admitido em nosso idioma, embora possamos nos referir a esse instituído, muito explorado pelos juristas franceses, como perda da oportunidade ou de expectati-va” (SILVIO DE SALVO VENOSA, *Direito Civil*, v. 4, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 200).

[8] “O prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação” (JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Carvalho Santos e colaboradores, v. 14, p. 221).

[9] “Processo civil. Rescisória. Violação à literal disposição de lei. Condenação a ressarcir dano incerto. Procedência. Os arts. 1.059 e 1.060 exigem dano efetivo como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e

subsistente. Incerto é dano hipotético, eventual, que pode ocorrer ou não. A atualidade exige que o dano já tenha se verificado. Subsistente é o dano que ainda não foi ressarcido. Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é certo e, portanto, não há indenização possível. (...)” (STJ – 3ª Turma, REsp. 965.758, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/08/2008) “(...) Da mesma forma, incabível o pedido de danos materiais por lucros cessantes. Não existe dano hipotético, nem se pode pedir indenização pelo que se sonhou receber, sem qualquer amparo fático ou jurídico. Sentença que se mantém. Desprovimento do recurso. (TJRJ – 20ª Câ., Apel. 2008.001.18513, Rel. JDS. Des. Cristina Serra Feijó, j. 18/06/2008).

[10] KAZUO WATANABE, Da cognição no processo civil, p. 127, CEBEPEJ, São Paulo, 2 ed., 1999.

[11] SILVIO SALVO VENOSA. Direito Civil: Responsabilidade Civil, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 200.

[12] JAIME SANTOS BRIZ. La responsabilidad civil. 4ª ed., Madri: Montecorvo, 1986, p. 269.

[13] GIOVANNI PACCHIONI, Diritto Civile Italiano, parte seconda: Diritto delle obbligazioni, v. IV: Delitti e Quase Delitti, Padova: Cedam, 1940, p. 109-115 apud SERGIO SAVI, op. cit., p. 7.

[14] Idem.

[15] FRANCESCO DONATO BUSNELLI, “Perdita di una chance e risarcimento del danno”, in Il Foro Italiano, v. LXXXVIII, parte quarta, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1965, p. 46-52.

[16] ADRIANO DE CUPIS, Il Dano: Teoria Geerale Della Responsabilità Civile, 2ª ed., 2 v., Milano: Giuffrè, 1966.

[17] MAURIZIO BOCCHIOLA, “Perdita di una chance e certezza del danno”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano XXX, p. 60, 1976.

[18] Na Itália, o leasing case somente ocorreu em 1983. “Uma empresa denominada Stefer convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motorista que iam compor o seu quadro de funcionários. Após terem se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos pela Stefer de participar das demais provas (de direção e de cultura elementar) que seriam necessárias à conclusão do processo de admissão. (...) A Corte di Cassazione cassou a decisão do apelo e confirmou a sentença de primeiro grau de jurisdição que havia reconhecido aos trabalhadores o dano da perda da chance, consistente na perda da possibilidade de conseguir o emprego em razão de não terem feito as demais provas necessárias à admissão.” (PATRIZIA PETRELLI. “Causalità e Perdita di Chances”, in I grandi Orientamenti della Giurisprudenza Civile e Commerciale... Padova: CEDAM, 1999, p. 303 apud SERGIO SAVI, op. cit., p. 25)

[19] MIGUEL KFOURI NETO. Responsabilidade Civil do Médico. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46.

[20] 19 Consta no anteprojeto de reforma do direito das obrigações da FRANÇA o art. 1.346, de seguinte redação: “La perte d’une chance constitue un préjudice réparable distinct de l’avantage qu’aurait procuré cette chance si elle s’était réalisée. Na livre tradução: “A perda de uma chance constitui um prejuízo reparável distinto da vantagem que se procura obter e sim pela chance dela se realizar.”

[21] http://pt.wikipedia.org/wiki/Perda_da_chance

[22] SERGIO CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 74/75.

[23] PHILIPPE TOURNEAU. Droit de la responsabilité, n. 669/676, Paris: Dalloz, 1998, p. 213/215.

[24] ROBERTO DE ABREU E SILVA. “A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil”. Revista da EMERJ, v. 9, n. 36, 2006, p. 37.

[25] 22 “Na perda de uma chance o dano é tido como dano emergente e não como lucros cessantes, isso quer dizer que no momento do ato ilícito essa chance já se fazia presente no patrimônio do sujeito passivo desta relação jurídica, sendo algo que ela efetivamente perdeu no momento do ilícito e não algo que ela deixou de lucrar.” (ROSAMARIA NOVAES FREIRE LOPES, “Responsabilidade Civil pela perda de uma chance”, texto colhido do site www.direitonet.com.br em julho de 2009)

[26] JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Da Responsabilidade Civil*, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 721, nota 33 apud SERGIO SAVI, op. cit., p. 39.

[27] J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI, p. 321-322 apud SERGIO SAVI, op. cit., p. 39.

[28] SERGIO CAVALIERI FILHO. *Programa de Responsabilidade Civil*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 91-92 apud SERGIO SAVI, op. cit., p. 39.

[29] ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS. *Dano Moral Indenizável*, 2 ed., São Paulo: Lejus, 1999, p. 110 apud SERGIO SAVI, op. cit., p. 42.

[30] SILVIO DE SALVO VENOSA. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 198-200 apud SERGIO SAVI, op. cit., p. 41.

[31] 30 “Conforme se verifica pela leitura das obras dos autores citados neste capítulo, apesar de haver posições diversas acerca do enquadramento da indenização das chances perdidas – se como dano patrimonial ou moral, dano emergente ou lucro cessante-, é possível afirmar que desde os clássicos até os autores contemporâneos a grande maioria admite que, se se tratar de chance (oportunidade) séria e real, a mesma passa a ter valor econômico e, portanto, a ser passível de indenização” (SERGIO SAVI, op. cit., p. 43)

[32] “QUESTÃO: A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? ALTERNATIVAS: 1) 22%, 2) 02%, 3) 04%, 4)10%”.

[33] “...a própria vítima do dano formula inadequadamente sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requer indenização em razão da perda da própria vantagem. Ao assim proceder, a vítima esbarra no requisito de certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.” (EDUARDO ABREU BIONDI, “Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil”, texto colhido do site www.direitoNet.com.br em julho de 2009.)

[34] GRACIA CRISTINA MOREIRA DO ROSÁRIO. *A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 133.

[35] Transcreve-se exemplar ementa proveniente da 3ª Turma do STJ: “(...) Ocorre que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional e prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dados, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas(...)”(STJ – 3ª Turma, REsp. 965.758, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/08/2008)

A RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE: REFLEXÕES SOBRE SUA NATUREZA JURÍDICA QUE AINDA PREVALECEM

Henrique Avelino Lana¹

César Augusto de Castro Fiúza²

Resumo

Inicialmente será feita uma abordagem geral sobre a teoria da perda de uma chance e sua inserção na seara da responsabilidade civil. Após breve contextualização histórica e evolutiva, serão apresentadas algumas reflexões acerca de sua natureza jurídica, bem como sobre sua quantificação, mediante fundamentos legais, jurisprudenciais e doutrinários. Metodologicamente, adotar-se-á a linha indutiva para a elaboração da tese, atentando-se à vertente jurídico-dogmática. Ao final, pretende-se denotar que se divide a doutrina e jurisprudência entre os que defendem o enquadramento da perda de uma chance como espécie de danos emergentes, lucros cessantes, como estritamente modalidade de dano moral ou, ainda, quando dotada esta de caráter patrimonial, como sendo algo intermediário entre os danos emergentes e os lucros cessantes. Ademais, pretende-se mostrar que é salutar a reflexão sobre como mensurar a chance perdida, considerando-se as vias de arbitramento e probabilidade. Não se almeja esgotar o tema, mas trazer questionamentos que parecem demonstrar que o assunto é mesmo muito instigante e merecedor de aprofundamento doutrinário e jurisprudencial cada vez maior.

Palavras-chave: Perda de uma chance; indenização; responsabilidade civil; Natureza Jurídica; Danos materiais; Danos extrapatrimoniais.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil tem como finalidade primordial a indenização dos danos injustos e apresenta-se em contínua evolução, de modo a acompanhar as mudanças sociais.

Os tribunais vêm se deparando com casos em que o proponente teve retirada uma chance que possuía de auferir determinada vantagem ou de evitar um prejuízo. A retirada da chance tem como consequência um dano definitivo, o qual poderia não ter ocorrido se não fosse a conduta do ofensor.

Nestes casos, em princípio, a aplicação literal dos pressupostos clássicos da responsabilidade civil não tutelaria o dano sofrido pela vítima, haja vista a ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o dano final.

¹ Doutor em Direito Privado pela PUC/MG. professor de cursos de graduação e pós graduação em Belo Horizonte / MG. E-mail: henrique@mpatrocinio.com.br

² Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Direito Civil e Romano nos cursos de graduação e pósgraduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Universidade Federal de Minas Gerais e da FUMEC. Professor colaborador da Universidade de Itaúna. E-mail: henrique@mpaladvogados.com.br

Assim, a perda da chance, teoria criada pela jurisprudência francesa proporciona outra solução.

Ao que se nota, a teoria da perda de uma chance é exposta de forma superficial na maior parte dos livros e doutrinas clássicas, mas vem sendo objeto de um maior estudo recentemente, principalmente após as lides terem sido submetidas ao Superior Tribunal de Justiça.

As reflexões a seguir, abordarão a perda de uma chance no âmbito da responsabilidade subjetiva, decorrentes de condutas evitadas de negligência, imprudência ou imperícia, não tendo por escopo, desta forma, analisara aplicabilidade da teoria nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

ANOTAÇÕES SOBRE A PERDA DE UMA CHANCE

Sabe-se que no início de sua aplicação, a perda de uma chance estava mais restrita aos casos de responsabilidade dos profissionais liberais, em especial médicos e advogados. Todavia, nos últimos dez anos foi crescente a sua aplicação, alcançando-se situações afetas ao direito do trabalho e direito administrativo.

A princípio, sempre que o dano for certo, restará configurado o dever do agente de indenizar de forma integral o dano causado, incluindo-se o que efetivamente se perdeu (danos emergentes) e o que se deixou de ganhar (lucros cessantes).

Mas há casos em que a vítima do ato ilícito pode vir a ser privada de obter um vantagem futura ou de evitar um dano.

A expressão perda de uma chance advém do francês *perte d'une chance*, que significa “perda de uma oportunidade”. Entende-se como chance ou oportunidade a probabilidade de se obter um benefício futuro ou evitar uma perda.

Caio Mário da Silva Pereira, citando Yoes Chartier sintetiza que “a reparação pela perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.” (PEREIRA, 2002, p. 42). Acerca da teoria, também leciona Sérgio Savi:

(...) hoje é possível visualizar um dano independentemente do resultado final. Se por um lado, a indenização do dano consistente na vitória perdida (na causa judicial, por exemplo), é inadmissível, ante a incerteza que lhe é inerente, por outro lado, não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória, antes da ocorrência do fato danoso. Em relação à exclusão da responsabilidade de vitória poderá, frise-se dependendo do caso concreto, existir um dano jurídico certo e passível de indenização. (SAVI, 2012, p. 3)

É certo que a vantagem que não se concretizou, mas que poderia ter se concretizado, é aleatória. Logo, não mereceria ser reparada.

Porém, deverá ser indenizada a probabilidade que existia dessa vantagem se concretizar, ou seja, a chance perdida, já que esta sim era certa.

Quando se perde uma chance, existe uma certeza que embasa a sua reparação, qual seja, a de que era

provável se alcançar o resultado final.

Há a incerteza no prejuízo e certeza na probabilidade.

É possível dizer que os elementos que caracterizam a perda de uma chance são: a conduta do agente; um resultado que se perdeu, o qual pode ser caracterizado como dano; o nexó causal entre a conduta e as chances que se perderam.

Como se nota, para a responsabilização pela perda de uma chance devem estar presentes elementos básicos da responsabilidade civil. Mas, porém, o dano e o nexó causal são analisados através de uma nova perspectiva, pois neste caso trata-se de uma chance perdida, que não pode em hipótese alguma ser meramente hipotética.

Um bom exemplo é dado por Rafael Peteffi (2013, p. 10), em que cita-se o exemplo de um famoso peão que foi impedido de participar da etapa final de um rodeio devido à falta de pagamento da respectiva inscrição no evento, que deveria ter sido realizada pelo seu agente. Repare-se que não se observa o nexó de causalidade necessário entre a falha do agente e a perda da vantagem esperada pelo peão, que corresponderia ao prêmio concedido ao vencedor da competição. Afinal, o peão poderia ficar sem qualquer premiação, mesmo que tivesse participado da fase final do rodeio, pois vários fatores aleatórios poderiam causar a perda da vantagem esperada, dentre eles, por exemplo, a dificuldade da prova ou habilidade dos outros competidores.

É preciso se averiguar quais seriam as chances de aprovação do referido peão e quais foram subtraídas de maneira culposa pelo relapso agente. Foi este cenário de probabilidade da chance perdida, que ensejou a criação de uma nova categoria de dano indenizável, quais sejam, as chances perdidas.

Para a correta compreensão da teoria da perda de uma chance, assim como propôs seus criadores, façamos uma breve análise da sua evolução e origem.

Um pouco sobre a evolução da teoria da perda de uma chance

Sua origem foi no direito francês, especificamente na seara da responsabilidade médica, onde houve um maior estudo do tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão da maior dedicação ao assunto neste país, passou-se a defender a existência de uma espécie de dano diverso do resultado final, consistente na perda da possibilidade de se conseguir determinada vantagem, e não pela perda da própria vantagem esperada.

Houve ensejo a acirrados embates doutrinários, que acabaram por influenciar a própria Corte Francesa em suas decisões, as quais, ao adotar a teoria, passou a conceder indenizações neste sentido.

Ao que parece pelos relatos, a consolidação da aplicação deste instituto tem início com decisão da Corte de cassação que, em 1965, qual a condenou um profissional da saúde a reparar a chamada *perdúne chance de guerison ou de survie* do paciente – perda de uma chance de cura ou sobrevivência de seu paciente (AGUIAR

JÚNIOR³ apud GONDIM, 2005, p. 22). Esta decisão analisava um recurso que tinha como objeto de irresignação a responsabilidade de um médico que, acusado por erro de diagnóstico, teria retirado da vítima as chances de cura de que esta dispunha.

Dessa forma, em face da dificuldade de se afirmar que o dano verificou-se por ato comissivo ou omissivo do médico, a Corte de Cassação Francesa entendeu que o prejuízo consistiu na perda de uma possibilidade de cura e condenou o médico ao pagamento de indenização pela oportunidade que foi retirada da vítima.

A partir dessa nova posição, ocorreram outras decisões proferidas pela referida Corte que aplicaram a mesma teoria, consolidando-se este entendimento perante a Corte de Cassação Francesa.

Há certo pioneirismo do ordenamento jurídico francês que, dentro da família romano-germânica, configurou-se como o sistema mais evoluído no trato da teoria da perda de uma chance.

Nesta esteira, na França, a atividade criadora dos juízes franceses alargou o campo de aplicação deste conceito, e hoje, a perda de uma chance é observada tanto nos danos advindos descumprimento contratual, quanto naqueles gerados pelos atos propriamente ilícitos, seja a responsabilidade subjetiva como objetiva.

A aplicação da teoria no direito brasileiro

No Brasil, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 não restam mais dúvidas acerca do ampliado conceito de dano adotado pela legislação nacional, vez que não há limitação aos tipos de danos indenizáveis, ressalvando-se tão somente a impossibilidade de reparação de danos hipotéticos, que não é o caso da perda de uma chance. É o que se percebe da análise do art. 186 e 927 do CC, que deixa margem a uma larga possibilidade de reparação de danos injustos.

Vê-se que emana do art. 927⁴ do Código Civil o princípio da reparabilidade integral dos danos, o qual acaba por reforçar a admissibilidade pela perda de uma chance.

Desta forma, o nosso atual direito civil decorre de um código que oferece ao julgador maior liberdade para interpretar o direito positivado, permitindo que este aplique as normas jurídicas levando em conta a peculiaridade de cada caso concreto. Isso possibilita uma resposta justa aos jurisdicionados, o que, evidentemente, exige do operador maior conhecimento e responsabilidade.

O princípio da reparabilidade garante o equilíbrio entre o dano e a reparação. Desta forma, o retorno ao *status quo ante*, sempre que possível, será determinado, para que assim seja assegurado o bem estar social que deve prevalecer entre os indivíduos de uma sociedade.

Veja-se que a possibilidade de indenização pela perda de uma chance é tutelada ainda no ordenamento

³ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. Responsabilidade civil do médico. RT718/27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

brasileiro pelo art. 5º, inciso V da CF/88⁵, cláusula geral da responsabilidade em nossa carta magna, que dispõe ser assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Deste preceito decorre que quem causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Nesta teoria, importante destacar que não se pode deixar de indenizar alguém em razão da impossibilidade de se comprovar que o resultado final ocorreria. Assim, visualiza-se um dano que advém da oportunidade retirada.

A aplicação desta teoria não vai de encontro com o disposto no art. 403⁶ do CC/02, o qual afasta a possibilidade de indenização dos danos meramente hipotéticos, pois a chance passível de indenização é somente aquela que se caracteriza por ser séria e real.

Neste teoria, a certeza do dano encontra-se na perda de uma chance de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo. Esta sim que é objeto da indenização a ser pleiteada.

Caio Mário da Silva Pereira já afirmava que a chance perdida será indenizável desde que, mais do que uma possibilidade, haja uma “probabilidade suficiente”, ou seja, a chance tem que ser séria e real (PEREIRA, 2002).

Nota-se que negar a indenização pela chance perdida seria um retrocesso à evolução da responsabilidade civil, que tem hoje como fundamento os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, em consonância com os preceitos contidos na nossa Carta Magna.

Algumas observações sobre o caso “Show do milhão”

O Superior Tribunal de Justiça julgou caso paradigmático, no qual foram aplicadas as premissas da teoria da perda de uma chance, caso este amplamente conhecido como “show do milhão”⁷, programa apresentado por Sílvio Santos no canal SBT.

Consistia em uma série de questões de múltiplas escolhas, sendo que para cada acerto o participante acumulava um prêmio em dinheiro, até a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Neste momento então, o participante teria duas opções: parar de jogar e levar o prêmio conquistado até então, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), ou responder uma última questão no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), na qual correria o risco de perder todo o montante até aquele momento adquirido caso errasse a chamada “pergunta do milhão”.

⁵Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

⁶ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 788.459/BA, Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda., Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005.

A autora da ação participou do programa até a última etapa na qual a pergunta valeria a quantia de R\$ 1.000.000,00, e por um erro na elaboração do programa ao elaborar a pergunta, acabou por desistir de oferecer a resposta e deixou o programa com a premiação que havia acumulado até então (R\$ 500.000,00).

E a pergunta formulada foi a seguinte: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Resposta: (a) 22%; (b) 2%; (c) 4%; (d) 10%.

De acordo com a organização do programa, a alternativa correta seria a letra “d”. Todavia, a Constituição Federal não reserva percentual do território nacional aos povos indígenas, mas apenas se limita a reconhecer os direitos originários dos índios sobre “as terras que tradicionalmente ocupam”, conforme seu artigo 231.

Neste contexto, a jogadora ajuizou ação indenizatória, pleiteando todo o valor perdido e argumentou que havia sido privada da chance de ganhar o prêmio devido à má formulação da pergunta, pois esta não continha alternativa correta.

No Juízo de primeira instância, acolheu-se a teoria da responsabilidade civil pela perda da chance, condenando-se o réu ao pagamento de R\$ 500.000,00. Em segunda instância, esta decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça da Bahia.

Já o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, por decisão unânime de sua 4ª turma, a perda da chance, e acolheu apenas em parte o recurso interposto pelo réu. Logo, ao proporcionar uma solução matemática para o impasse, entendeu o STJ que se a questão tivesse sido formulada corretamente, a autora teria direito ao prêmio de um milhão de reais caso acertasse a resposta correta. E, que, considerando-se que a pergunta possuía quatro alternativas, entendeu o STJ que suas chances de acerto eram de 25%, razão pela qual reduziu a condenação para o valor de apenas R\$ 125.000,00. Veja-se:

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. (REsp 788.459/BA, Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda., Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005.)

Ao que parece, o STJ destacou que a incerteza do acerto da questão impossibilitava a condenação do Réu ao pagamento total da indenização pleiteada (lucros cessantes). O STJ reconheceu a condenação, mesmo que em parte, devido à perda da oportunidade de alcançar o resultado, e não devido à perda do resultado final.

Assim, a autora possuía uma chance efetiva de ganhar o prêmio, e o ato do Réu (má formulação da questão) tirou-lhe a chance de ganhar o prêmio máximo.

Reflexões sobre sua natureza jurídica

Nota-se que se dividem os autores entre os que defendem o enquadramento da perda de uma chance como espécie de danos emergentes⁸, lucros cessantes⁹, outros entendem ser estritamente modalidade de dano moral¹⁰ e, ainda, os que colocam a teoria da perda da chance, quando dotada esta de caráter patrimonial, como algo intermediário entre os danos emergentes e os lucros cessantes.

Percebe-se que o enquadramento da teoria da perda de uma chance não é questão unânime na doutrina.

A que título deve ser concedida a perda de uma chance? Por dano moral ou material? E neste último caso, a título de dano emergente ou lucro cessante? Essa questão é também controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência. Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance, ainda que não se refiram à expressão, a título de lucros cessantes; outras vezes como dano moral.

(...)A jurisprudência, repita-se, ainda não firmou entendimento sobre essa questão; ora a indenização pela perda de uma chance é concedida a título de dano moral, ora a título de lucros cessantes e, o que é pior, ora pela perda da própria vantagem e não pela perda da oportunidade de obter vantagem, com o que se acaba por transformar a perda em realidade. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 77)

Diante deste contexto, a comissão de Responsabilidade Civil, na V jornada de Direito Civil, promovida em 2011 pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), órgão do Conselho da Justiça Federal (CJF), aprovou enunciado relativo à teoria da perda de uma chance, de autoria de Rafael Peteffi da Silva, que assim dispõe:

Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita à categoria dos danos extrapatrimoniais, pois a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial, conforme as circunstâncias do caso concreto. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Sendo assim, não obstante as válidas confusões atinentes à aplicação da teoria nos casos concretos, é possível dizer que o entendimento que vem prevalecendo é o de que a teoria da perda de uma chance não se circunscreve apenas à seara dos danos morais, pois pode, dependendo do caso concreto, também apresentar feição de dano patrimonial.

Neste sentido, a ministra Nancy Andrigui, em acórdão que tratou da responsabilidade civil de advogado que negligentemente perdeu o prazo de recurso de apelação em favor de seu cliente, reconheceu a possibilidade de ensejar tanto danos de natureza patrimonial quanto extrapatrimonial.

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE.

⁸ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 56.

⁹ Neste sentido: JOSÉ DE AGUIAR DIAS. Da Responsabilidade Civil, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 721, nota 33 apud SERGIO SAVI, op. cit., p. 39. J. M. CARVALHO SANTOS, Código Civil Brasileiro Interpretado, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI, p. 321-322 apud SERGIO SAVI, op. cit., p. 39. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9.ed. São Paulo. Atlas, 2008, p. 79.

¹⁰ ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS. Dano Moral Indenizável, 2 ed., São Paulo: Lejus, 1999, p.110 apud SERGIO SAVI, op. cit., p. 42.

APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ.

APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF.

Recurso Especial não conhecido.

(STJ, Recurso Especial nº 1.079.185 MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008, DJ em 4/8/2009.)

Nota-se que a ministra Nancy Andrighi se posiciona no sentido de que a perda de uma chance poderia, além de apresentar natureza de dano patrimonial, agregar também, por vezes, natureza extrapatrimonial.

No mesmo sentido, as recentes decisões:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. MORTE DE PACIENTE, EM TRATAMENTO DE CÂNCER, EM RAZÃO DA INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DO FÁRMACO, PELO ESTADO. ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. ACÓRDÃO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSÃO DO ESTADO E A MORTE DO PAI DOS AUTORES. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. PRETENDIDA REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 19/12/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais, proposta por Joelson de Almeida Souza, Jairo de Almeida Souza, Jailson de Almeida Souza e Joaquim de Almeida Souza, em desfavor do Estado do Acre, em decorrência da não disponibilização de medicamento para tratamento de câncer, na rede pública estadual de saúde, resultando no óbito de seu genitor.

III. Quanto à alegação de negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que, apesar de apontar como violado o art. 535 do CPC/73, o agravante não evidencia qualquer vício, no acórdão recorrido, deixando de demonstrar no que consistiu a alegada ofensa ao citado

dispositivo, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia"). Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 422.907/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/10/2013. IV. No mérito, o Tribunal de origem decidiu a controvérsia, acerca da responsabilidade civil do Estado, sob o enfoque eminentemente constitucional, o que torna inviável a análise da questão, no mérito, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 584.240/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/12/2014; AgRg no REsp 1.473.025/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/12/2014). V. Ademais, o Tribunal de origem manteve a sentença de parcial procedência, concluindo, à luz das provas dos autos, que "há nexo de causalidade entre a conduta omissiva e a precoce morte do Paciente, de quem lhe foi retirada a chance de uma sobrevida, não havendo que se falar em caso fortuito, sequer comprovado pelo Estado". Ainda segundo o acórdão de 2º Grau, "a conduta omissiva do Estado em não fornecer o medicamento impediu que o enfermo tivesse a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciado na esperança de controle da evolução da doença". Conclusão em sentido contrário, demandaria, inarredavelmente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável, em sede de Recurso Especial, em face da Súmula 7 desta Corte.

VI. No que tange ao quantum indenizatório, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a revisão dos valores fixados a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou insignificante, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. A verificação da razoabilidade do quantum indenizatório esbarra no óbice da Súmula 7/STJ" (STJ, AgInt no AREsp 927.090/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016).

VII. No caso, o Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, fixou a indenização por danos morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser dividido pelos quatro autores, quantum que não se mostra excessivo, diante das peculiaridades da causa, expostas no acórdão recorrido. Incidência da Súmula 7/STJ.

VIII. Agravo interno improvido.

(STJ - AgInt no REsp 1577177/AC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017)

GRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO. INSURGÊNCIA DA RÉ.

1. É plenamente cabível, ainda que se trate de erro médico, acolher a teoria da perda de uma chance para reconhecer a obrigação de indenizar quando verificada, em concreto, a perda da oportunidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo decorrente de ato ilícito praticado por terceiro.

2. Nos termos da jurisprudência dessa Corte, incide o óbice da súmula 7/STJ no tocante à análise do quantum fixado a título de compensação por danos morais quando não configurado valor ínfimo ou exorbitante.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no AREsp 553.104/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 07/12/2015)

Reflete-se, porém: qual seria então o parâmetro para que a perda de uma chance seja enquadrada ora como um dano patrimonial, ora como um dano extrapatrimonial?

Rafael Peteffi (SILVA, 2013, p. 162) cita uma manifestação do tribunal de justiça do Rio de Janeiro, quando julgou a demanda proposta por uma pessoa jurídica contra seu antigo advogado, tendo em vista que este havia perdido a oportunidade de recorrer de uma sentença proferida em uma reclamatória trabalhista, em face da intempestividade do recurso interposto.

Consta no acórdão que “estabelecida a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexó de causalidade, e estabelecido o resultado prejudicial, demonstrado está o dano moral, haja vista que, segundo a doutrina majoritária, o dano moral advém do próprio fato”¹¹.

Neste caso, o fato de a Autora da citada demanda ser pessoa jurídica é importante, pois, como é sabido, apesar de atualmente ser pacífico o entendimento judicial de que as pessoas jurídicas podem sofrer o dano moral (súmula 227 do STJ¹²), tal reparação só é possível em casos específicos.

Nota-se que no caso citado, não é fácil imaginar a ocorrência de dano moral, sendo mais perceptível a existência de dano patrimonial, representado pela condenação pecuniária na demanda trabalhista, decorrente da chance perdida.

Oportunamente, Rafael Peteffi se posiciona no sentido de que a natureza do “dano chance perdida” será a mesma do “dano vantagem esperada”, conforme se observa do excerto a seguir:

“Dessa feita, se a vítima esperava ganhar, ao final de uma demanda judicial, 200.000 reais, a perda de uma chance evidentemente terá caráter patrimonial. Do contrário, se a vantagem esperada pela vítima fosse obter a guarda dos filhos, o dano terá caráter extrapatrimonial. Infelizmente a jurisprudência brasileira, seguindo linha bastante difundida em todos os tribunais pátrios que aplicam a teoria da perda de uma chance, não parece seguir esse raciocínio essencial.” (SILVA, 2013, p. 162).

O dano patrimonial refere-se à frustração da obtenção do resultado esperado, que consistiria em um acréscimo patrimonial da vítima. Já o dano moral poderá ocorrer quando os prejuízos pela perda da oportunidade forem relativos à ofensa da pessoa humana. Assim, pode ocorrer a lesão aos dois tipos de interesses, o que acarreta a reparação da chance tanto como dano material quanto extrapatrimonial.

Repare-se também que o voto da ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 1.079.185 parece ter aplicado de forma clara este raciocínio, ao prever que o Autor da demanda não fazia jus à indenização por danos patrimoniais, já que o bem da vida buscado na demanda judicial patrocinada pelo réu acabou sendo alcançado em demanda posterior.

Constatada a negligência do advogado, poderiam advir daí danos materiais e morais. Os danos materiais descritos na inicial estão atrelados à necessidade de viver de aluguel e ao não

¹¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 2003.001.19138, Apelante: Sebastião Carneiro da Silva, apelado: Rapido Monteiro Ltda., Rel. Des. Ferdinando Nascimento, julgado em 7-10-2003. In: SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade civil pela perda de uma chance, p. 162. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sívio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

¹² BRASIL. Superior tribunal de justiça. Súmula 227: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

recebimento das benfeitorias introduzidas no imóvel o qual foram obrigados a deixar. Como tive oportunidade de ressaltar, a indenização relativa aos alugueis foi objeto de ação própria, transitada em julgado, não havendo recurso quanto a este ponto. A indenização por benfeitorias, como a própria autora reconhece, foi objeto de terceira ação autônoma, razão pela qual também não pode ser incluída nesta demanda. Assim, o acórdão recorrido caminhou bem ao afastar a indenização por danos materiais. (STJ, Recurso Especial nº 1.079.185 MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 4/8/2009.)

Este julgado entendeu pela configuração dos danos morais, pois a perda do prazo recursal também teria acarretado à Autora danos de natureza extrapatrimonial:

Assim, a perda do prazo recursal retirou da recorrente a chance de continuar vivendo naquela residência que, durante longo período, foi sua casa. As consequências não-patrimoniais daí advindas são muito claras. O infortúnio de perder o lar familiar e a chance de lutar por ele não se reduz a uma expressão econômica. Assim, correta a condenação do recorrido no dever de compensar este dano moral. (STJ, Recurso Especial nº 1.079.185 MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008, DJem 4/8/2009.)

Ademais, ao que parece, pela análise de alguns outros julgados, nos casos em que não estiverem presentes os requisitos para a reparação por chance, por danos materiais, poder-se-ia conceber a reparação por danos extrapatrimoniais, devido à simples frustração da expectativa.

Porém, a adoção de tal posicionamento poderia ensejar reparações irrestritas, pois tutelaria toda e qualquer oportunidade frustrada, sem se preocupar com a seriedade da chance, e muito menos, com a natureza da vantagem esperada.

Agora, permite-se uma outra reflexão: se a perda da chance tiver caráter patrimonial, qual seria a natureza deste dano patrimonial? Nota-se discussão se este dano patrimonial teria natureza de dano emergente, lucros cessantes, ou se na verdade se trataria de uma nova espécie de dano autônomo.

Apenas para lembrar, o dano emergente consiste na efetiva diminuição no patrimônio da vítima, conforme dispõe o art. 402¹³ do Código Civil. Vê-se então que o prejuízo é objetivamente identificável.

Os lucros cessantes são o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. É a perda do lucro esperável, há probabilidade objetiva de que o lucro seria o resultado do curso normal. Assim, lucros cessantes correspondem necessariamente a um ganho que ocorreria como consequência do normal.

Mostra-se coerente refletir que o lucro cessante poderia se confundir com a perda da chance, já que ambos os conceitos se relacionam à frustração de uma vantagem esperada.

Todavia, o lucro cessante corresponde à lesão a um bem jurídico que razoavelmente seria incorporado ao patrimônio da vítima no futuro, caso a conduta culposa não tivesse sido praticada. Neste caso, o dano final indenizável é certo, mesmo que o dano não exista no momento contemporâneo de sua visualização.

Já na perda de uma chance o resultado almejado é incerto, mas provável. Neste caso o resultado final depende de diversos fatores, havendo, portanto, somente a probabilidade de que este viesse a se concretizar ao

final.

Portanto, mostra-se pertinente refletir que a perda de uma chance seria distinta do lucro cessante, pois neste há uma objetiva probabilidade de que o resultado em expectativa aconteceria, caso não ocorresse o dano.

Por outro lado, em relação à perda de uma chance, a expectativa é aleatória, já que havia apenas um grau de probabilidade para a obtenção da vantagem. Não havia grande certeza de que o resultado aconteceria. Logo, na perda de uma chance, não há a absoluta certeza do benefício, mas sim a perda da oportunidade de ter o benefício.

Existem decisões judiciais em que se confunde a reparação pela perda de uma chance com os lucros cessantes. Veja-se:

In casu, tenho que restou comprovada de forma convincente pelos documentos de fls. 230/232-TJ que a apelada seria biomédica, posto que era estudante de biomedicina, sendo incabível a alegação de que à época do acidente a apelada não exercia atividade remunerada. Logo, lucros cessantes ou perda de uma chance afirmo que não se trata de mera expectativa de direito, mas sim de probabilidade objetiva de que a apelada realmente seria biomédica, pelo que devida a indenização.

E nada mais justo do que considerar o piso salarial da categoria no importe de R\$ 900,00 (novecentos reais), visto que seria o provável salário obtido se a apelante estivesse efetivamente trabalhando, motivo pelo qual deve ter crédito o documento oriundo de pesquisa da internet. (TJMG - Apelação Cível 1.0040.05.037062-2/001, Rel. Des.(a) Rogério Medeiros, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/02/2009, publicação da súmula em 31/03/2009)

No mesmo sentido, recente e atual decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 538 DO CPC/1973. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA. PRÉVIO RECOLHIMENTO. APELAÇÃO. CONHECIMENTO NÃO CONDICIONADO.

ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ATROPELAMENTO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. GRAVIDADE DAS SEQUELAS. CULPA EXCLUSIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO. CÔNJUGE. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. CAPACIDADE LABORATIVA DA VÍTIMA. REDUÇÃO PERMANENTE. PENSIONAMENTO MENSAL DEVIDO. LIMITES.

PEDIDO CERTO E DETERMINADO. DANOS ESTÉTICOS. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.538, §1º, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. LUCROS CESSANTES. NÃO COMPROVAÇÃO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INAPLICABILIDADE NO CASO. DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. RESSARCIMENTO E CUSTEIO. LIMITAÇÃO. PEDIDO INICIAL CERTO E DETERMINADO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. DENUNCIÇÃO DA LIDE. RESISTÊNCIA DA SEGURADORA LITISDENUNCIADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. CABIMENTO. INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA Nº 54/STJ.

¹³Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

1. Ação indenizatória por danos materiais, morais e estéticos suportados por vítima de atropelamento por veículo automotor resultante da ação culposa de seu condutor. Vítima que passou a se locomover com ajuda de aparelhos, sendo acometido de sequelas permanentes em membros superiores e inferiores esquerdos, além de lesão cerebral causadora de falta de atenção e desvio de personalidade. 2. (...) 3. (...) 4. O pensionamento mensal devido à vítima de acidente automobilístico incapacitante deve servir à reparação pela efetiva perda de sua capacidade laborativa, mas deve ser limitado ao pedido certo e determinado eventualmente formulado pelo parte autora em sua petição inicial. 5. A duplicação a que se refere o §1º do art. 1.538 do Código Civil de 1916 abrange tão somente a multa penal porventura aplicada ao causador do dano, não podendo ser cumulada com indenização arbitrada para fins de compensação dos danos estéticos suportados pela vítima, sob pena de restar configurada a ocorrência de bis in idem. 6. A jurisprudência desta Corte admite a responsabilidade civil e o consequente dever de reparação de possíveis prejuízos com fundamento na denominada teoria da perda de uma chance, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória. 7. A simples inscrição do autor em concurso público ou o fato de estar, no momento do acidente, bem posicionado em lista classificatória parcial do certame, não indicam existir situação de real possibilidade de êxito capaz de autorizar a aplicação, no caso, da teoria da perda uma chance, não havendo falar, portanto, na existência de lucros cessantes a serem indenizados. 8. Tendo o autor formulado pedido certo e determinado de ressarcimento/custeio de despesas médico-hospitalares, deve a condenação imposta aos requeridos a tal título ser limitada pelos valores por ele indicados na petição inicial, sob pena de se incorrer em julgamento ultra petita. 9. Escapa à competência desta Corte Superior o reexame das circunstâncias fático-probatórias que levaram as instâncias de cognição plena a concluir pela existência de culpa exclusiva do condutor do veículo envolvido no acidente narrado na inicial e de danos materiais indenizáveis, por incidir, na espécie, o óbice da Súmula nº 7/STJ. 10. (...) 11. (...) 12. O juro moratório fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual (Súmula nº 54/STJ). 13. Recursos especiais parcialmente providos. (STJ - REsp 1591178/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 02/05/2017)

E vê-se que há também o válido posicionamento de que a perda de uma chance seria uma subespécie de dano material emergente, e não de lucros cessantes.

Haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material, poderá também ser considerada um agregador do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta de requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda da chance como sendo um dano exclusivamente moral, já que, presentes os requisitos, a perda da chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente. (SAVI, 2012, p. 56)

No caso abaixo, advindo do Estado do Paraná, concebeu-se a reparação pela perda da chance, como se fossem danos emergentes. Note-se:

Frise-se, até repetindo, que a indenização por perda da chance, como dito, é decorrente de dano material emergente na medida em que, quando da quebra do contrato, já havia na esfera patrimonial do autor a efetiva probabilidade de lograr êxito na exposição de arte, não se confundido, portanto, com o dano moral. (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 471.982-0. Quinta

Câmara Cível. Relator Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Rogério Ribas. Julgamento: 18 de novembro de 2008.)

No caso acima, parece ter sido dado como certo algo probabilístico, já que na perda de uma chance não se indeniza a vantagem perdida, mas sim a chance de obtê-la.

Perceba-se que se a perda de uma chance estiver sendo considerada como dano emergente ou lucro cessante, terá então o Autor do processo provar, de forma inequívoca que, caso não fosse à existência do ato, o resultado teria se consumado, o que, aparentemente, não será tarefa fácil.

Na perda de uma chance o que se pretende identificar é a probabilidade de uma perda, e não o que a vítima deixou efetivamente de ganhar ou de lucrar (lucro cessante ou dano emergente), respectivamente. Aliás, se assim não fosse, a noção de chance seria absolutamente desnecessária, tendo em vista que já estaria inserida no conceito de lucro cessante ou dano emergente. No julgamento do Recurso Especial n.º 1.190.180, o ministro Luiz Felipe Salomão:

A teoria de perda de uma chance (*perte d'une chance*) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas. (REsp 1.190.180-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010.)

Outra reflexão que se permite trazer é que a partir de uma mesma conduta do ofensor, o lesado poderia então pleitear a indenização por danos morais, materiais (dano emergente e lucros cessantes), além da perda da chance, o que não configuraria então o *bis in idem*. Afinal, sabe-se que de um mesmo ato ilícito podem advir resultados e danos diversos.

Veja-se recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que parece diferenciar danos morais de danos pela perda de uma chance:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - PERDA DE UMA CHANCE E DANOS MORAIS - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ. 1. É inviável a análise de teses alegadas apenas em agravo interno - in casu, configuração da prescrição -, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, por se caracterizar inovação recursal, ainda mais quando tais alegações sequer foram analisadas pelas instâncias ordinárias (ausência de prequestionamento).

2. O arbitramento do quantum relativo à indenização pela demonstrada perda da chance bem assim para compensação dos danos extrapatrimoniais deu-se com base no acervo fático-probatório coligido aos autos, não se distanciando, ainda, do parâmetros ditados pelo princípio da razoabilidade. Nesse contexto, a pretensão veiculada no apelo extremo, visando à redução dos aludidos valores, encontra óbice na Súmula 7/STJ. 3. Em atenção ao princípio da unirrecorribilidade recursal, é vedada a interposição de mais de um recurso a fim de impugnar o mesmo decisum. Interpostos três agravos internos em face da mesma decisão, os dois últimos não devem ser conhecidos.

4. Agravo interno de fls. 766-794, e-STJ, conhecido em parte e, na extensão, desprovido. Agravos internos de fls. 795-823 e 824-852, e-STJ, não conhecidos.

(STJ - AgInt no REsp 1643566/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Assim está no relatório do acórdão acima:

Asseveraram, em síntese, a exorbitância do quantum indenizatório - relativo ao dano extrapatrimonial e àquele decorrente da perda de uma chance - arbitrado na origem, os quais, segundo alegaram, revelam-se contrários aos ditames da razoabilidade, e, outrossim, a inadequação da responsabilização subsidiária de pessoa física, pois tal obrigação apenas exsurge se a pessoa jurídica não a cumprir. Requereram, ao final, a reforma do aresto estadual, "reduzindo o quantum indenizatório, uma vez que a quantia majorada foge dos parâmetros da razoabilidade e fixando-o de acordo com o que o caso realmente demonstrou, retirando a sócia do polo passivo; modificando os danos morais para valores compatíveis com as decisões desta Corte; aplicando corretamente o princípio da razoabilidade para fins de reduzir a condenação pela perda de uma chance."

Constata-se que o tema é instigante e cada vez mais invocado pela doutrina e jurisprudência, merecendo sempre atenção e debate.

Algumas ponderações sobre a mensuração do dano

Quanto vale a perda da oportunidade?

Inicialmente, percebe-se que a quantificação dos danos merecerá sempre levar em conta a vantagem esperada, e apurar-se-á a quantia a ser reparada a partir do grau de probabilidade do resultado final que poderia ser alcançado.

Logo, consequentemente, a indenização concedida a título de chance perdida será sempre inferior ao valor da vantagem final.

O caso do Show do milhão, já citado anteriormente, é um bom exemplo, pois o STJ calculou a reparação a partir da vantagem esperada, mediante um percentual correspondente à probabilidade que o ofendido teria de sucesso se a chance não lhe houvesse sido tolhida.

Mas podem existir casos impossíveis de auferir, imediatamente, quais as chances de sucesso. Acredita-se que nestes casos, a probabilidade poderia ser analisada através de dados estatísticos anteriores. Por exemplo, determinar qual seria o percentual de enfermos que, com determinado tratamento, se recuperariam.

Vale refletir também que os artigos 944¹⁴ e 403¹⁵ do Código Civil, possibilitam a reparação integral da chance.

Poderia se cogitar também de um arbitramento, o qual é constantemente utilizado para a apuração dos danos morais. Afinal, a perda de uma chance, a nosso ver, pode também apresentar caráter extrapatrimonial.

No campo patrimonial, o arbitramento pode também ser a única solução em alguns casos. Para isso, é

¹⁴Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

¹⁵Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

necessário que se imagine um caso em que tenha ocorrido a perda de uma chance única e singular de obter um ganho pecuniário, sem que exista qualquer precedente ou parâmetro do qual se possa extrair a probabilidade. A fundamentação da decisão será essencial nestes casos concretos.

CONCLUSÃO

Viu-se que o tema é merecedor de cautelosa análise pelos estudantes do direito e não foi objetivo esgotá-lo nas linhas acima.

Foi feita uma abordagem geral sobre a teoria da perda de uma chance e sua inserção na seara da responsabilidade civil. E, depois de breve contextualização histórica e evolutiva, apresentaram-se algumas reflexões acerca de sua natureza jurídica, bem como sobre sua quantificação, mediante fundamentos legais, jurisprudenciais e doutrinários.

Metodologicamente, adotou-se a linha indutiva para a elaboração da tese, atentando-se à vertente jurídico-dogmática.

Após uma abordagem geral do tema, verifica-se, de forma construtiva, que se divide a doutrina e jurisprudência entre os que defendem o enquadramento da perda de uma chance como espécie de danos emergentes, lucros cessantes, como estritamente modalidade de dano moral ou, ainda, quando dotada esta de caráter patrimonial, como sendo algo intermediário entre os danos emergentes e os lucros cessantes.

Salutar também é a reflexão acerca de como se mensurar a chance perdida, considerando-se as vias de arbitramento e probabilidade.

Assim, vê-se que o tema é mesmo instigante e merece ser aplicado de forma cautelosa e técnica.

RESPONSIBILITY FOR LOSS OF ANY CHANCE: REFLECTIONS ON ITS LEGAL NATURE THAT EVEN PREVENT

Abstract

Initially a general approach will be made on the theory of the loss of a chance and its insertion in the field of civil responsibility. After a brief evolutionary historical context, some reflections about its legal nature, as well as its quantification will be presented. Methodologically, the inductive line will be adopted for the elaboration of the thesis, taking care of the legal-dogmatic aspect. In the end, it is intended to denote that the doctrine and jurisprudence is divided between those who defend the framework of the loss of a chance as a kind of emergent damages, loss of profits, as strictly modality of moral damage or, even, when endowed with this patrimonial character, as something intermediate between the emerging damages and the lost profits. In addition, it is intended to show that it is salutary to reflect on how to measure the lost chance, considering the routes of arbitration and probability. It is not intended to exhaust the theme, but rather to raise questions that seem to demonstrate that the subject is indeed very exciting and deserving of deepening doctrine and increasing jurisprudence.

Keywords: Loss of a chance; indemnity; civil responsibility; Legal Nature; Materials damage; Off-balance sheet.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos Do. **Responsabilidade Civil Pela Perda da Chance**. Ed. Juruá, 2015.

BERNARDINI, Marcos. **Responsabilidade Civil. A Perda de Uma Chance No Direito de Trabalho**. Ed. Letras Jurídicas, 2017.

BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>. Acesso em: 10 de jun. de 2013.

_____. Código Civil de 2002. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 de jun. de 2013.

_____. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 10 de jun. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788.459/BA**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de nov. de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 de Jun. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 821.004/MG**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgamento: 19 de ago. de 2010. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 de Jun. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.079.185/MG**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 11 de nov. de 2008. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 de Jun. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.190.180/RS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 16 de nov. de 2010. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 de Jun. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.254.141/PR**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 04 de dez. de 2012. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 de Jun. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.622/MG**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 18 de dez. de 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo. Atlas, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, v. II.

FONSECA, Cristina Maria Nepomuceno da. Responsabilidade pela perda de uma chance: compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro e aplicabilidade nas relações de trabalho. **Revista LTr**: São Paulo, v. 73, n. 10, p. 1272-1280, out. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. III.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 840, p. 11-36, out. 2005.

_____. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. 2010. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba.

GONDIM, Glenda Gonçalves e STEINER, Renata Carlos. Responsabilidade Civil Médica: breves considerações em face da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia: Universidade Federal de Goiás, v. 33, n.1, 2009.

LANA, Henrique Avelino. **Dissolução parcial nas sociedades limitadas**: análise econômica sobre a inclusão do avião na apuração de haveres. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0024.08.102407-7/001**, Relator(a): Des.(a) José Marcos Vieira , 16ª Câmara Cível, julgamento em 16/05/2013, publicação da súmula em 24/05/2013. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

_____. **Apelação Cível 1.0027.05.068375-7/001**, Relator(a): Des.(a) Alberto Henrique , 13ª Câmara Cível, julgamento em 03/07/2007, publicação da súmula em 26/07/2008. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

_____. **Apelação Cível nº 1.0040.05.037062-2/001**. Relator. Des.(a) Rogério Medeiros, 14ª Câmara Cível, julgamento em 05/02/2009, publicação da súmula em 31/03/2009. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

_____. **Apelação Cível nº 1.0287.09.052904-4/001**, Relator(a): Des.(a) Domingos Coelho , 12ª Câmara Cível, julgamento em 14/11/2012, publicação da súmula em 26/11/2012. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

_____. **Apelação Cível 1.0324.09.084105-1/001**, Relator(a): Des.(a) José Marcos Vieira , 16ª Câmara Cível, julgamento em 24/11/2010, publicação da súmula em 03/12/2010. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

_____. **Apelação Cível 1.0569.08.012210-8/001**, Relator(a): Des.(a) José Marcos Vieira , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/02/2011, publicação da súmula em 25/02/2011. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

_____. **Apelação Cível 1.0699.09.095327-3/001**, Relator(a): Des.(a) Nilo Lacerda , 12ª Câmara Cível, julgamento em 31/10/2012, publicação da súmula em 12/11/2012. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RABELO, César Leandro de Almeida. A responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações jurídicas civis e do trabalho. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v. 24, n. 277, p. 22-47, jul. 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2008.001.56804**, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relatora: Des. Mônica Tolledo De Oliveira, Julgado em 31/03/2009. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 7004003183370040031833**, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Ana Maria NedelScalzilli, Julgado em 27/09/2012. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2013.

ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Direito & justiça**, Porto Alegre, v. 36, n.1, p. 45-60, jan./jun. 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. IV.

SALLET, Frédérique. **La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative a la responsabilite de la puissance publique**. Paris: LGDJ, 1994.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

SCHREIBER, Anderson. Comentários ao acórdão do Resp 1.104.665/RS (rel. Min. Massami Uyeda, DJ 04.08.2009). *In.*: FRAZÃO, Ana et al. (Org). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 81-102.

SILVA, Cássia Bertassone da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito do trabalho. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v. 24, n. 277, p. 9-21, jul. 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. *In.*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

TIMM, Luciano Betti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: RT, v.14, n. 55, 2005.

Trabalho enviado em 05 de julho de 2017.

Aceito em 27 de outubro de 2017.