

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Paula Rodrigues Paim

RIO DE JANEIRO

2017/01

Paula Rodrigues Paim

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Juliana de Sousa Gomes Lage**.

RIO DE JANEIRO

2017/01

CIP - Catalogação na Publicação

P143t Paim, Paula Rodrigues
A Teoria da Perda de uma Chance no Ordenamento
Jurídico Brasileiro / Paula Rodrigues Paim. -- Rio
de Janeiro, 2017.
71 f.

Orientadora: Juliana de Sousa Gomes Lage.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Perda de uma Chance. 2. Responsabilidade
Civil. I. Lage, Juliana de Sousa Gomes, orient. II.
Título.

CDD 342.151

Paula Rodrigues Paim

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Juliana de Sousa Gomes Lage**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017/01

Aos meus pais

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Paulo e Cristina, pelo amor incondicional que tem por mim, pelo apoio e força que me deram ao longo da minha trajetória no curso de Direito. Agradeço, ainda, pela dedicação, pelos conselhos e pelas oportunidades que me concederam. Sem eles, não seria possível concluir a faculdade.

Ao meu irmão Rodrigo, que apesar da distância, sempre esteve presente em minha vida, me incentivando e me ajudando a conquistar meus sonhos.

Aos meus avós por todo o amor, carinho e dedicação.

Ao meu namorado Victor por todo amor, incentivo, dedicação, conselhos e por ter acompanhado cada semestre da vida acadêmica.

Agradeço a todos os familiares que sempre estiveram presentes na minha vida, que sempre acreditaram no meu potencial e me incentivaram a seguir no curso de Direito.

A todos os meus amigos da época de escola que acompanharam meu desenvolvimento, que me apoiaram nos momentos difíceis e que compreenderam minha ausência em certos momentos.

Aos amigos que fiz durante o estágio de Direito, que me incentivaram e me transmitiram diversos ensinamentos jurídicos.

Agradeço, também, a todos os amigos que a FND me proporcionou. Eles estiveram ao meu lado ao longo desses cinco anos de muita dedicação e estudos em grupo.

Agradeço a todos os professores pelo tempo e dedicação a esta profissão. Em especial, a minha orientadora Juliana pelos ensinamentos transmitidos e pela ajuda na elaboração deste trabalho.

A todos que, direta ou indiretamente, colaboraram para a minha formação.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a relevância e aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. A perda de uma chance consiste em uma teoria desenvolvida na França, na qual a vítima é indenizada em decorrência de um ato ilícito praticado por terceiro, pela perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Este estudo promoverá uma análise dos elementos do instituto da responsabilidade civil e dos pressupostos da perda de uma chance. Haverá maior destaque para as discussões acerca do tipo de dano decorrente da chance perdida, da seriedade e realidade das chances perdidas, assim como para a fixação do montante equivalente à indenização que a vítima receberá em razão da conduta do infrator. Serão analisadas as posições da doutrina brasileira sobre o modo de aplicação da teoria, bem como da jurisprudência brasileira, com o intuito de demonstrar a ampla aceitação da teoria no direito brasileiro, principalmente em relação à responsabilidade civil do médico pela perda da chance de cura ou sobrevivência do paciente; bem como a responsabilidade civil do advogado, visto que são áreas com maior enfoque e aplicação da teoria.

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

ABSTRACT

Loss of chance is a law theory developed in France stating that the victim of an unlawful act practiced by an agent, the loss of opportunity to obtain any kind of advantage or avoid injury, should be compensated. This work analyzes the importance and application of that theory in the Brazilian legal system. It first determines the elements of civil liability and the conjectures of loss of chance. Then, it discusses the type of damage resulting from a lost chance, the impact and reality of lost chances and the rightful compensation the offender must pay to the victim. It finally focus on the positions of the Brazilian doctrine in regards to that theory, and tries to demonstrate its broad acceptance, specially for two professions: physicians and lawyers.

Keywords: civil liability; loss of a chance; damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
1.1 Conduta:.....	14
1.2.Dano:.....	15
1.3. Nexo de causalidade:	17
1.3.1 Causas excludentes de responsabilidade civil:	17
1.4. Teorias relacionadas ao nexo de causalidade:	19
1.4.1. Teoria da equivalência das condições:	19
1.4.2. Teoria da causalidade adequada:	19
1.4.3. Teoria do dano direto e imediato:	20
1.5. A relação com a teoria da perda de uma chance:.....	23
2. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	24
2.1. Origem e evolução histórica:	24
2.2. Requisitos da perda de uma chance:	26
2.3. Modalidades da perda de uma chance:	27
2.4. A perda de uma chance como dano autônomo:	30
2.5. Natureza jurídica do dano decorrente da chance perdida: dano emergente ou lucros cessantes?	31
2.6. A perda de uma chance fundamentada na teoria da causalidade parcial:.....	34
2.7. Chances reais e sérias:	37
2.8. Fixação do <i>quantum</i> indenizatório:	40
3. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	44
3.1. Compatibilidade da teoria com o ordenamento jurídico brasileiro:	44
3.2. Análise jurisprudencial e doutrinária:.....	46

3.3. O caso “Show do Milhão”:	56
3.4. A consolidação da teoria no direito brasileiro:	61
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

Durante anos o dano decorrente da chance perdida não foi tutelado pelo Direito, não havendo reparação às vítimas que tiveram suas chances perdidas. Somente após o advento da Constituição de 1988, a lógica individual e patrimonialista fora abandonada, surgindo, assim, o que chamamos de solidarismo, que tem relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, a responsabilidade civil evoluiu e passou a dar maior destaque à proteção da vítima do evento danoso, deslocando-se o foco anteriormente adotado, o qual enfatizava a punição do agente infrator, reprimindo o ato ilícito causado pelo mesmo. Deste modo, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, atualmente há primazia pelos interesses existenciais em relação aos interesses patrimoniais.

Neste diapasão, com o advento do solidarismo surgiram novos danos; dentre eles, o dano decorrente da chance perdida. Nesta conjuntura, passou-se a considerar o dano proveniente da chance perdida como independente e autônomo, procedendo-se à reparação da chance que a vítima tinha de obter uma vantagem, visto que a referida chance fora perdida em razão da conduta de um terceiro. Isto é, a vítima possuía uma chance antes da intervenção de um terceiro, mas foi perdida em virtude de um acontecimento.

Deste modo, a presente monografia apresentará um estudo sobre a teoria da perda de uma chance, mostrando sua evolução, aceitação e aplicação no Direito brasileiro. O tema em estudo apresenta cada vez mais relevância, visto que o mesmo demonstra a “solução” para os casos de lesão a interesses relativos a eventos aleatórios.

Por conseguinte, o referido tema foi escolhido em virtude de sua relevância social e contemporaneidade, haja vista que antes o Direito não tinha solução para a chance perdida, para a álea. Contudo, com o avanço das discussões e pesquisas, foi possível configurar um dano autônomo e independente na chance perdida, o qual é passível de reparação.

Os objetos de estudo da presente monografia são dois institutos jurídicos: a responsabilidade civil e a teoria da perda de uma chance. Ambos serão analisados sob a perspectiva das polêmicas que se inserem no contexto da aplicação da aludida teoria em nosso ordenamento jurídico, bem como na fixação do *quantum* indenizatório em decorrência da chance perdida e a classificação da chance perdida.

Assim, procurar-se-á fomentar as discussões acerca do tema, procurando demonstrar o vínculo existente entre os dois institutos supracitados, explicando as finalidades dos mesmos,

as razões pelas quais a teoria da perda de uma chance deve ser aplicada e como a vítima será indenizada pela chance perdida.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance consiste em uma teoria desenvolvida na França, na qual a vítima é indenizada em decorrência de um ato ilícito praticado por terceiro, pela perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Ressalta-se, contudo, que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance visa reparar a chance que a vítima tinha de obter uma vantagem e não reparar a vantagem em si, visto que a chance que a vítima tinha fora perdida em razão de uma atitude de um terceiro. Isto é, busca-se a reconstrução do *status quo ante*, recolocando a vítima na situação em que se encontrava antes da intervenção de um terceiro, ou seja, antes a vítima possuía uma chance e é esta chance que será devolvida por meio de reparação.

Não se pode negar que a grande problemática do tema envolve a questão da fixação *quantum* indenizatório, do reconhecimento das chances sérias e reais, bem como a caracterização da chance perdida como dano emergente ou lucro cessante.

Resta clara a relevância do tema da presente monografia, em razão da busca pela tutela de direitos decorrentes de eventos aleatórios, os quais, há anos atrás não eram sequer tutelados, demonstrando o avanço do Direito mediante a evolução da sociedade e dos conflitos que permeiam-na.

Sendo assim, o referido tema será abordado da seguinte maneira: no primeiro capítulo serão estudados os pressupostos da responsabilidade civil: a conduta, o dano, o nexo causal e suas teorias.

No segundo capítulo, por sua vez, abordar-se-ão a origem e evolução histórica da teoria; os requisitos da perda de uma chance; suas modalidades; a chance perdida como dano autônomo; a natureza jurídica do dano decorrente da chance perdida; a perda de uma chance fundamentada na teoria da causalidade parcial; a questão da seriedade e realidade das chances, bem como a fixação do *quantum* indenizatório.

No terceiro capítulo, proceder-se-á a análise da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, assim como será demonstrada a compatibilidade da teoria com o direito brasileiro. Ademais, serão abordadas a manifestação da teoria na doutrina e sua aplicação na jurisprudência, mediante análise de julgados, tal como o emblemático caso do “Show do Milhão”.

Por fim, serão analisados julgados acerca da teoria na seara médica e da advocacia, as duas áreas de atuação com maior destaque para a aplicação da teoria da perda de uma chance, comprovando a consolidação da teoria no direito brasileiro, muito embora ainda não exista dispositivo legal positivando sua aplicação. Neste sentido, a teoria da perda de uma chance vem sendo aplicada nos Tribunais com base no disposto na doutrina e na jurisprudência.

1. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos da responsabilidade civil serão analisados neste primeiro capítulo para uma melhor compreensão da Teoria da perda de uma chance no decorrer deste trabalho.

A concepção de responsabilidade civil guarda relação com o dever que um indivíduo possui de reparar o dano que causou a outrem em virtude de uma violação a um dever jurídico.

Neste sentido é o entendimento de Paulo Nader:

“A responsabilidade civil, como já assentado, decorre do descumprimento de um dever jurídico básico, definido e imposto em lei ou em convenção. Assim, ao violar o dever jurídico o agente pratica ilícito extracontratual ou contratual. Haverá a responsabilidade, ou seja, dever de reparação, em caso de dano ou conforme condições previstas em ato negocial.”¹

O instituto da responsabilidade civil pode ser decomposto em nos seguintes elementos: conduta, dano e nexo de causalidade, os quais serão analisados ao longo deste capítulo.

1.1 Conduta:

A conduta humana, seja ela positiva ou negativa, é imprescindível para a configuração da responsabilidade civil.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 assim dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Neste sentido, ao analisar o artigo supracitado, depreende-se que a conduta humana pode ser uma ação comissiva ou omissiva, a qual ocasionará um dano.

Cabe ressaltar que esta ação ou omissão deverá ser voluntária, haja vista que o agente deve ter consciência do que está realizando naquele momento. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.”²

¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.9.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.78.

A conduta humana pode ser classificada em positiva e negativa. Na primeira tem-se uma ação propriamente dita, na qual o sujeito pratica uma ação que irá gerar um dano. Já no segundo caso, a atuação do agente é omissiva; trata-se de uma abstenção, um não fazer que acarreta em um dano.

1.2.Dano:

O dano consiste no prejuízo ou lesão causada a alguém em decorrência de uma conduta. Sem ocorrer o dano, não há obrigação de indenizar.

Insta salientar que a lesão causada pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. O dano patrimonial ocasiona um prejuízo de ordem econômica à vítima. O dano extrapatrimonial, no entendimento de Pablo Stolze e Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³, não acarreta lesão de cunho econômico, visto que o dano causado será de ordem moral, estético, dano à honra, dano aos direitos da personalidade, etc.

Em relação ao conceito de dano moral, Maria Celina Bodin de Moraes⁴ ensina que:

“O conceito de dano moral não parece dever vincular-se, pois, a sentimentos ou sofrimentos, isto é, a disposições emocionais complexas, seja qual for o seu teor, nem a sensações íntimas ou, menos ainda, a percepções psicológicas que são, necessariamente, aspectos subjetivos, intangíveis e inaveriguáveis, e que variam, por definição e de modo significativo, de pessoa para pessoa; deve vincular-se, sim, a noções jurídicas consolidadas, construídas e tuteladas pelo ordenamento jurídico, garantidas constitucionalmente, e que dizem respeito aos direitos fundamentais de cada pessoa humana.

(...)

Dano moral será, em consequência, a lesão a algum dos substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação a um desses princípios: i) liberdade; ii) igualdade; iii) solidariedade; e iv) integridade psicofísica de uma pessoa.”

Cediço que, além da classificação dos danos em patrimoniais e extrapatrimoniais, há uma subdivisão dos danos patrimoniais em danos emergentes e lucros cessantes. Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

“O dano emergente, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente

³GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.88.

⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 413, p. 370-371, jan./jun.2011.

avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos. Em um abaloamento de veículo, por exemplo, o valor do dano emergente é o custo para repor a coisa no estado anterior. Será o valor do veículo, se a perda for total.”⁵

Neste diapasão, conclui-se que os danos emergentes consistem na real diminuição do patrimônio da vítima em consequência da realização de um ato ilícito.

Em relação aos lucros cessantes, dispõe Venosa:

“O lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. (...)”⁶

Desta forma, os lucros cessantes podem ser definidos como aquilo que vítima deixou de lucrar, em razão do ato ilícito.

Além das espécies de dano acima expostas, há, ainda, o dano reflexo ou em ricochete. O referido tipo de dano foi amplamente estudado no direito francês e, apesar, de não ser de fácil caracterização, tem sido cada vez mais considerado pela doutrina e jurisprudência brasileira. Trata-se do prejuízo sofrido por uma pessoa em decorrência de um dano causado a outrem, isto é, o dano atinge reflexamente pessoa próxima à vítima.⁷

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.42.

⁶ Idem.

⁷ Neste sentido é o Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Indenização por dano moral. Legitimidade do filho e esposa da vítima. Marido e pai tetraplégico. Estado vegetativo. Dano moral reflexo. Alegação de necessidade de reexame de provas. Inocorrência. Premissas, expressamente, assentadas na corte local. Precedentes: agrg no aresp. 104.925/sp, rel. Min. Marco buzzi, dje 26/06/2012; agrg no ag 1.413.481/rj, rel. Min. Ricardo villas boas cueva, dje 19/03/2012; e resp. 1.041.715/es, rel. Min. Massami uyeda, dje 13/06/2008. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. Não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto à jurisprudência tem admitido a possibilidade dos parentes do ofendido e a esse ligados afetivamente, postularem, conjuntamente com a vítima compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo.

2. Trata-se de hipótese de danos morais reflexos, ou seja, embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo dos referidos autores.

3. No caso em apreço, não pairam dúvidas que a esposa e o filho foram moralmente abalados com o acidente que vitimou seu esposo e pai, atualmente sobrevivendo em estado vegetativo, preso em uma cama, devendo se alimentar por sonda, respirando por traqueostomia e em estado permanente de tetraplegia, sendo que a esposa jamais poderá dividir com o marido a vicissitudes da vida cotidiana de seu filho, ou a relação marital que se esvazia, ou ainda, o filho que não será levado pelo pai ao colégio, ao jogo de futebol, ou até mesmo a colar as figurinhas da Copa do Mundo.

4. Dessa forma, não cabe a este Relator ficar enumerando as milhões de razões que atestam as perdas irreparáveis que sofreram essas pessoas (esposa e filho), podendo qualquer um que já perdeu um ente querido escolher suas razões, todas poderosamente dolorosas; o julgamento de situações como esta não deve ficar preso a conceitos jurídicos ou pré-compreensões processuais, mas leva em conta a realidade das coisas e o peso da natureza da adversidade suportada.

Como exemplo do dano reflexo ou em ricochete tem-se o caso de uma mãe que falece ao receber um tiro em uma operação policial e seus filhos sofrem com a ausência do sustento, alimentos, etc. Desde que comprovada a responsabilidade civil do infrator, bem como o prejuízo causado à vítima reflexa, haverá indenização.

1.3. Nexo de causalidade:

Para a configuração do dever de indenizar deve haver uma relação entre a conduta do agente e o dano ocorrido. Em outras palavras, esta conduta realizada deve causar o dano.

Verificar a presença do nexos que liga o resultado danoso à conduta do infrator é essencial para configurar a responsabilidade deste agente.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

“Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexo causal entre o ato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O art. 186 do Código Civil a exige expressamente ao atribuir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem.”⁸

1.3.1 Causas excludentes de responsabilidade civil:

Salienta-se que o nexo causal pode ser rompido mediante uma das causas excludentes de responsabilidade civil, afastando a responsabilidade do agente, são elas: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal.

Este é o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“Como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.”⁹

5. Esta Corte já reconheceu a possibilidade de indenização por danos morais indiretos ou reflexos, sendo irrelevante, para esse fim, até mesmo a comprovação de dependência econômica entre os familiares lesados. Precedentes: REsp. 1.041.715/ES, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 13/06/2008; AgRg no AREsp. 104.925/SP, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 26/06/2012; e AgRg no Ag 1.413.481/RJ, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, DJe 19/03/2012. 6. Agravo Regimental a que se nega provimento.

STJ, 1ª T., AgRg no Resp n.º 1212322, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 10/06/2014.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.328.

⁹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.171.

Contudo, caso a vítima concorra com o agente para a configuração do dano, a responsabilidade, assim como a indenização, serão repartidas entre ambas, na proporção da contribuição de cada um para a ocorrência do evento danoso.

O chamado caso fortuito e a força maior são caracterizados pela sua imprevisibilidade ou inevitabilidade. Muito embora tratarmos como sinônimos nesta monografia, há divergência doutrinária acerca do significado das expressões. Uma parte da Doutrina entende que são expressões equivalentes, não havendo diferenciação entre caso fortuito e força maior.¹⁰ Já para outra parte da Doutrina, caso fortuito seria um evento da natureza, tal como um terremoto, enquanto a força maior seria causada pelo homem, como uma passeata em uma avenida.¹¹

Em relação à culpa exclusiva da vítima, esta ocorre, por exemplo, quando o agente está em seu veículo e a vítima se lança na frente do automóvel de maneira consciente, acarretando em seu falecimento. Neste caso, inexistente causalidade entre a ação do agente – dirigir seu automóvel – e o resultado lesivo – morte da vítima.

O fato de terceiro, por sua vez, consiste na conduta daquele que realmente causou o dano e não a pessoa que aparentemente havia lhe causado.

No que tange à legítima defesa, esta consiste em uma situação excepcional na qual o agente causa um dano diante de uma injusta agressão, atual ou iminente, dirigida a si ou a outrem. Neste contexto, o autor não será responsabilizado por seus atos, uma vez que sua conduta não caracteriza ato ilícito, consoante disposto no inciso I do artigo 188 do Código Civil.¹²

No estado de necessidade, por sua vez, o agente atua quando houver perigo iminente. “O estado de necessidade consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação.”¹³

¹⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.121.

¹¹ Neste sentido, é o entendimento de Venosa: “O caso fortuito (act of God, ato de Deus no direito anglo-saxão), decorreria de forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades (fato do príncipe)”.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.56.

¹² Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.172.

Por fim, tem-se o exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal. O primeiro também encontra fundamento no já mencionado artigo 188 do Código Civil e relaciona-se com o fato do agente agir em prol de seu direito, sem prejudicar os demais. O segundo, por sua vez, seria o caso de um Oficial de Justiça que deve cumprir um mandado de despejo e retira a família que vivia no local. Neste cenário, o Oficial de Justiça, ao despejar esta família, estará exercendo seu dever legal e não poderá ser responsabilizado por isso.

1.4. Teorias relacionadas ao nexo de causalidade:

Por se tratar de um dos elementos mais peculiares da responsabilidade civil, neste tópico estudaremos as três principais teorias relacionadas ao nexo causal: (i) teoria da equivalência de condições; (ii) teoria da causalidade adequada; e (iii) teoria do dano direto e imediato.

Considerando que muitas vezes há diversas causas concorrentes, é preciso verificar qual daquelas causas, de fato, ensejou o dano. Nesta toada, as teorias que serão apresentadas a seguir buscam solucionar a celeuma da causalidade múltipla.

1.4.1. Teoria da equivalência das condições:

Esta teoria teve origem na Alemanha, no século XIX, e também é conhecida por “*conditio sine qua non*”. Para esta teoria, todas as causas concorrem para o evento danoso. Isto é, todas as causas contribuíram, na mesma medida, para o dano acontecer.

Ao considerar a causa como todos os antecedentes necessários do resultado, a teoria nos levaria a uma infinidade de causas. Deste modo, “esta teoria é de espectro amplo, considerando elemento causal todo o antecedente que haja participado da cadeia de fatos que desembocaram no dano.”¹⁴

É inegável que a teoria da equivalência das condições carece de segurança jurídica, podendo promover resultados equivocados. Isto posto, a doutrina e jurisprudência não adotam esta teoria.

1.4.2. Teoria da causalidade adequada:

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.152.

Ao contrário da teoria acima analisada, a teoria da causalidade adequada não considera qualquer antecedente como causa do dano.

Para Sérgio Cavalieri Filho:

“Esta teoria, elaborada por von Kries, é a que mais se destaca entre aquelas que individualizam ou qualificam as condições. Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for mais adequada à produção do evento.”¹⁵

Neste diapasão, muito embora muitos antecedentes tenham concorrido para aquele resultado, nem todos serão considerados causas, em virtude que somente a condição mais adequada e decisiva gerará o dano.

Por conseguinte, a fim de identificar a condição mais adequada, deve-se analisar o caso concreto, observando a causa mais idônea para a produção do dano, ocorrendo, assim, uma análise probabilística da relação entre a causa e o evento.¹⁶

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona concordam com o entendimento de Cavalieri ao afirmarem que “para se considerar uma causa “adequada”, esta deverá, abstratamente, e segundo uma apreciação probabilística, ser apta à efetivação do resultado.”¹⁷

1.4.3. Teoria do dano direto e imediato:

Desenvolvida no Brasil, pelo professor Agostinho Alvim, esta teoria também é chamada de “teoria da causa próxima” ou de “teoria da causalidade direta ou imediata”. Ao determinar que entre a conduta e dano exista uma relação de causa e efeito direta e imediata, esta teoria responsabiliza o agente pelos danos que decorrerem diretamente de sua conduta, não havendo intervenção de outras causas no evento.¹⁸

Segundo Paulo Nader, “Das várias condições que atuaram, sucessivamente, para a realização do prejuízo, a causa desta seria a última, da qual dependeu diretamente.”¹⁹

¹⁵, CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.51.

¹⁶ Idem.

¹⁷GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3:responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.154.

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3:responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.156.

¹⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 7:responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.118.

Vale ressaltar que esta teoria encontra-se positivada no artigo 403 do Código Civil de 2002²⁰ e, por esse motivo, Carlos Roberto Gonçalves²¹ considera que esta foi a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico:

“Segundo tal teoria, cada agente responde, assim, somente pelos danos que resultam direta e imediatamente, isto é, proximamente, de sua conduta.
Das várias teorias sobre o nexa causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a teoria do dano direto e imediato (...).”

Todavia, Rafael Peteffi da Silva afirma que o supracitado artigo “apresenta relação ainda mais evidente com a seara negocial, visto que se encontra dentro do título que trata do inadimplemento das obrigações”²², guardando relação somente com a área de direito das obrigações, não sendo aplicado ao nexa de causalidade, ao contrário do afirmado pelo autor Carlos Roberto Gonçalves²³, que entende pela aplicação da teoria do dano direto e imediato no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de inúmeras discussões, nossa doutrina e jurisprudência encontram-se divididas em relação à teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico. Sérgio Cavalieri Filho²⁴ e Rafael Peteffi da Silva²⁵, por exemplo, defendem a ampla aplicação da teoria da causalidade parcial, por se tratar da teoria mais pertinente à responsabilidade civil. Contudo, Carlos Roberto Gonçalves, conforme já mencionado, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, consideram a teoria do dano direto e imediato como a mais adequada ao direito civil brasileiro, haja vista o texto do artigo 403 do Código Civil, bem como o pressuposto da causalidade necessária.

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“Alinhamo-nos ao lado daqueles que entendem mais acertado o entendimento de que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata (teoria da interrupção do nexa causal), na vertente da causalidade necessária.

²⁰ 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.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.330.

²² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.26.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.330.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo:Atlas, 2012. p.53-54.

²⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.25.

E a essa conclusão chegamos ao analisarmos o art. 403 do CC-02 (correspondente ao art. 1.060 do Código revogado) (...).²⁶

Nesta lógica, a jurisprudência também diverge sobre a aplicação das teorias. No Acórdão abaixo, a Ministra Nancy Andrichi baseou seu voto na aplicação da teoria da causalidade adequada:

“PROCESSO CIVIL, CIVIL E COMERCIAL. DECISÃO POR FUNDAMENTO JURÍDICO DIVERSO DO ALEGADO NA PETIÇÃO INICIAL. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO EFEITO DEVOLUTIVO. EXTENSÃO E PROFUNDIDADE. DISTINÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PESSOA JURÍDICA. ATOS LEGITIMAMENTE PRATICADOS. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. CAUSALIDADE ADEQUADA. CHEQUE TB. ENDOSSO. IMPOSSIBILIDADE. CHEQUE ADMINISTRATIVO. VERIFICAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO ENDOSSANTE. DEVER DO BANCO SACADO E DO BANCO INTERCALAR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. INTIMAÇÃO DA PARTE ADVERSA. DESNECESSIDADE. CORREÇÃO POR DECISÃO UNIPESSOAL. ANULAÇÃO DA DECISÃO, COM RETORNO DO PROCESSO À ORIGEM. NÃO CABIMENTO. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E DA CELERIDADE DO PROCESSO. – (...) - A partir da teoria da causalidade adequada, a concorrência de culpas, que na verdade consubstancia concorrência de causas para o evento danoso, só deve ser admitida em casos excepcionais, quando não se cogita de preponderância causal manifesta e provada da conduta do agente. Sempre que seja possível estabelecer a inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar de concorrência de culpa, ou seja, a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpas (...).²⁷

Muito embora o entendimento da Ministra Nancy Andrichi no Acórdão acima citado, o também Ministro do STJ, Ministro Luis Felipe Salomão, acolheu a teoria do dano direto e imediato no Acórdão abaixo:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. FALÊNCIA DE EMPRESA. AÇÃO INDENIZATÓRIAPROPOSTA EM FACE DO SEBRAE. ELABORAÇÃO DE PROJETO DE VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. NÃO CONFIGURAÇÃO CAUSA DIRETA, IMEDIATA E NECESSÁRIA DA INSOLVÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO”²⁸

Desta forma, resta claro que a doutrina e jurisprudência divergem quanto à aplicação das teorias relacionadas ao nexo causalidade, ora aplicando a teoria da causalidade adequada e ora a teoria do dano direto e imediato.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.159.

²⁷ STJ, 4ª T., Resp n.º 1007692, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 17/08/2010.

²⁸ STJ, 4ª T., Resp n.º 1154737, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 07/02/2011.

1.5. A relação com a teoria da perda de uma chance:

Por muitos anos, o dano decorrente da chance perdida não foi tutelado pelo Direito brasileiro. Após o advento da Constituição de 1988, a lógica individual e patrimonialista fora abandonada, surgindo, assim, o que chamamos de solidarismo, que tem relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, ocorreu uma modificação na sistemática da responsabilidade civil no que tange à reparação dos danos, deslocando-se o foco que recaía para o causador do dano para a vítima que sofreu o dano injusto e deve ser reparada.

Neste sentido, após alguns anos de estudo e aplicação, a teoria da perda de uma chance vem ganhando maior destaque no estudo da responsabilidade civil. Atualmente, diversos autores destinam, pelo menos, um capítulo de seus manuais para discorrer sobre a teoria.

Este primeiro capítulo apresentou os pressupostos do instituto da responsabilidade civil que possuem correlação com a teoria objeto desta monografia. Assim sendo, ao decorrer do trabalho, retornaremos ao estudo de alguns pressupostos da responsabilidade civil, quando será demonstrado que, muitas vezes, haverá a flexibilização de um dos elementos em prol da vítima do evento danoso.

Ressalta-se, por oportuno, que a perda de uma chance detém características peculiares, posto que sua configuração e indenização são realizadas de forma distinta de outras hipóteses de responsabilidade civil.

2. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Após o estudo dos elementos do instituto da responsabilidade civil, passa-se à análise da Teoria da Perda de uma chance. Abordar-se-ão, neste capítulo, a origem e evolução histórica da Teoria, os requisitos para sua configuração, as modalidades de perda de uma chance, a natureza do dano decorrente da chance perdida, a classificação das chances em reais e sérias, assim como a questão da fixação do *quantum* indenizatório.

2.1. Origem e evolução histórica:

A Teoria da perda de uma chance surgiu na França, no século XIX, sendo inserida no mundo jurídico de acordo com sua manifestação nos casos concretos. O fundamento da Teoria decorreu da jurisprudência, na qual os tribunais buscavam condenar o agente a indenizar à vítima da chance perdida. No entanto, foi no século XX que a teoria ganhou destaque.

A Corte de Cassação Francesa proferiu uma decisão emblemática ao condenar um médico pela perda da chance de cura de seu paciente. No caso em comento, o paciente sofreu um acidente que ocasionou uma lesão em seu braço. Muito embora o médico tenha medicado e tratado a vítima, este retornou ao hospital com muitas dores e foi atendido por outros médicos, os quais constataram que ele apresentava problemas no cotovelo, assim como deficiências locomotoras que jamais seriam superadas.

Neste caso, a Corte de Cassação Francesa afirmou que o médico que apresentou o primeiro diagnóstico de forma errônea havia reduzido as chances de cura daquele paciente.

Por conseguinte, os tribunais franceses passaram a aplicar a teoria em casos como de uma vítima de acidente automobilístico que ficou impossibilitada de trabalhar e de advogados que perderam o prazo processual para interposição de Recurso de Apelação, retirando as chances de seu cliente de conseguir a reforma de uma sentença e obter a tutela que almejava.

Na Itália, por sua vez, a teoria foi avaliada no ano de 1940, pelo professor Giovanni Pacchioni, ao investigar o que aconteceria com uma pessoa que privasse outra, de forma culposa, de auferir lucro.²⁹

²⁹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.7.

Giovanni Pacchioni analisou casos corriqueiros, como o envio de uma pintura pelo serviço postal em razão de uma exposição, porém, por culpa dessa empresa ou de terceiros, o quadro fora destruído; e, também, citou o caso de um cavalo de corrida que não fora entregue ao jóquei a tempo de participar de um campeonato. Sendo assim, concluiu que as vítimas das condutas culposas perderam, em decorrência destes atos, a possibilidade de lucrar, que seria uma mera possibilidade aleatória e não um valor determinado, não gerando danos patrimoniais.³⁰ Deste modo, o referido autor considerava, por não haver certeza sobre a lesão sofrida, que as vítimas optariam por não ajuizar ação indenizatória.

Em 1965, na Itália, Francesco Busnelli seguiu a linha de raciocínio de Pacchioni ao afirmar que o dano decorrente da perda de uma chance não seria indenizável, haja vista a incerteza acerca da lesão sofrida pela vítima. Foi em 1966, por intermédio de Adriano de Cupis, que a teoria destacou-se no Direito italiano. Nas palavras de Sérgio Savi:

“Adriano De Cupis foi, em nosso sentir, o responsável pelo início da correta compreensão da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no Direito Italiano. Este autor conseguiu visualizar um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam.”³¹

De acordo com o Autor acima citado, Adriano de Cupis passou a considerar o dano decorrente da chance perdida como dano emergente. Ressalta-se, contudo, que a perda da chance de vitória foi considerada um dano emergente e não a vitória em si. Desta maneira, o enquadramento do dano da perda de uma chance como dano emergente aniquilou as dúvidas que permeavam o Direito italiano acerca da certeza da ocorrência do dano e do nexos causal existente entre a ação do agente e o dano. Adriano de Cupis contribuiu, ainda, com o entendimento de que meras esperanças aleatórias não deveriam ser indenizadas, mas somente as chances sérias e reais. Já em relação à quantificação do dano, declarou que este cálculo deveria ser feito pelo Juiz de maneira equitativa, devendo considerar o valor da chance de vitória menor do que a vitória em si.³²

Em 1976, Mauricio Bocchiola, ao estudar a teoria da perda de uma chance, concordou com o entendimento de Adriano de Cupis ao afirmar que o dano decorrente da chance perdida seria classificado como dano emergente. Ponderou, ainda, que a vítima somente seria

³⁰ Idem.

³¹ DE CUPIS, Adriano. *II dano: teoria generale dela responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966 apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.10.

³² Idem.

indenizada quando demonstrasse que a probabilidade de vitória seria superior a 50%, a fim de se configurar o dano certo.³³

No Brasil, por sua vez, a teoria ganhou destaque com Agostinho Alvim, ao tratar da responsabilidade civil do advogado ao perder um prazo processual. Além deste Autor, Sérgio Cavalieri Filho e Rafael Pettefi da Silva foram, e ainda são, grandes precursores da teoria em nosso ordenamento jurídico, conforme será analisado ao longo deste estudo.

2.2. Requisitos da perda de uma chance:

Como visto no tópico anterior, a responsabilidade civil pela perda de uma chance consiste em uma teoria desenvolvida na França, na qual a vítima é indenizada em decorrência de um ato ilícito praticado por terceiro, pela perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Os requisitos para a caracterização da perda de uma chance são aqueles vistos no primeiro capítulo deste estudo. Inicialmente, deve haver um ato ilícito decorrente de uma conduta comissiva ou omissiva, com culpa do agente ou não, em que são interrompidos os acontecimentos regulares da vida da vítima, criando óbice para a mesma auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo. Além disso, deve-se observar o elemento nexó de causalidade, o qual realiza a ligação entre a conduta do agente e o resultado, qual seja, a perda de uma chance.

Ademais, para a configuração da perda de uma chance, a configuração do dano é imprescindível. Neste caso, define-se dano como a chance que a vítima perdeu de obter aquela vantagem. Nas palavras de Daniel Amaral Carnaúba:

“Os casos de perda de chances são caracterizados pelos quatro elementos supramencionados: a preexistência de um interesse sobre um resultado aleatório; uma intervenção de um indivíduo privando, no todo ou em parte, a vítima de suas chances de obter esse resultado desejado; e, enfim, uma incerteza contrafactual, que resulta dos elementos anteriores.”³⁴.

³³ BOCCHIOLA, Mauricio. Perdita di una chance e certeza del dano. *in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno XXX (1976), p.55-101, 1976 apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.14.

³⁴ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: A álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p.39.

Outrossim, destaca-se que não é qualquer chance perdida que será passível de reparação. O magistrado, ao analisar o caso concreto, deverá verificar se não está diante de um dano meramente hipotético, uma vez que, para haver reparação, as chances perdidas devem ser sérias e reais, conforme será examinado no item 2.7. desta monografia.

2.3. Modalidades da perda de uma chance:

A chance deve ser entendida como “a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda”³⁵. A partir deste conceito, depreende-se que a responsabilidade civil pela perda de uma chance possui duas modalidades, quais sejam, a perda de auferir uma vantagem futura e a perda da chance de evitar um prejuízo.

A primeira modalidade, também conhecida como a perda de uma chance clássica, caracteriza-se pela interrupção do processo aleatório antes que o mesmo chegue ao fim. Neste contexto, todas as chances da vítima são exauridas e não há como saber qual seria o resultado se aquele evento não ocorresse, havendo, portanto, mera probabilidade de um resultado já esperado. Como exemplo tem-se o caso do advogado que perdeu o prazo para interpor um recurso, retirando as chances de seu cliente de obter a liminar que pleiteava; e do estudante que estava a caminho do local que realizaria o vestibular e o táxi em que estava, por imprudência, chocou-se com outro automóvel, impedindo que o aluno chegasse a tempo de fazer o exame e, conseqüentemente, retirando suas chances de ser aprovado em uma universidade.

Nos casos da perda de auferir uma vantagem futura as vítimas foram impedidas, por intermédio de outrem, de alcançar o resultado almejado. Já nos casos de perda de chance de evitar um prejuízo, as chances perdidas são analisadas no passado, visto que o processo aleatório encerrou-se e se sabe qual foi o resultado alcançado. Esta modalidade é comum na seara médica, principalmente nos casos em que, por culpa do médico, o paciente falece ou perde sua chance de cura.

Além destas modalidades tradicionais, Fernando Noronha apresentou nova classificação para as chances perdidas, dividindo-as em “frustração da chance de obter uma vantagem futura” e “frustração da chance de evitar um dano que já aconteceu”, sendo esta

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo:Atlas, 2012. p.81.

última subdividida em “perda de uma chance de evitar que outrem sofresse prejuízo” e “perda de uma chance por falta de informação”.³⁶

A primeira classificação de Noronha, também conhecida como teoria da perda de uma chance clássica, versa sobre a impossibilidade de obter uma vantagem esperada diante de um fato antijurídico que aconteceu no passado. Nesta perspectiva, conclui-se pela existência de duas submodalidades: a perda da chance de realizar um benefício em expectativa e a perda da chance de evitar um prejuízo futuro.³⁷

Ambas as submodalidades relacionam-se com eventos que aconteceriam no futuro, mas foram interrompidos por um fato antijurídico, não havendo como afirmar se tais eventos, de fato, ocorreriam:

“Nesta modalidade de perda de chances houve, em razão de determinado fato antijurídico, interrupção de um processo que estava em curso e que poderia conduzir a um evento vantajoso; perdeu-se a oportunidade de obter uma vantagem futura, que podia consistir tanto em *realizar um benefício* em expectativa como em *evitar um prejuízo futuro*. Com a interrupção, nunca mais se poderá saber se a vantagem tida em vista viria ou não a concretizar-se; por outras palavras, embora o lesado afirme que a interrupção lhe causou um dano futuro, nunca se poderá saber se o processo conduziria necessariamente a ele, porque se trata de ocorrência que era aleatória, em medida maior ou menor.”³⁸

Nesta conjuntura, a classificação de frustração da chance de obter uma vantagem futura compreende os casos citados anteriormente, quais sejam, o estudante que estava a caminho do local que realizaria o vestibular e o táxi em que estava, por imprudência, chocou-se com outro automóvel, impedindo que o aluno chegasse a tempo de fazer o exame e, conseqüentemente, retirando suas chances de ser aprovado em uma universidade; e o advogado que perdeu o prazo para interpor um recurso. Em ambas as situações, não será possível afirmar que o resultado teria acontecido, caso o fato antijurídico não ocorresse. Isto é, jamais saberemos se o estudante que não realizou o certame em virtude do acidente automobilístico seria aprovado no curso que pretendia estudar, pois o evento aleatório retirou suas chances de aprovação. Assim como o cliente do advogado que perdeu o prazo para interposição de recurso, perdeu a oportunidade de evitar um prejuízo naquela demanda, muito embora não seja possível afirmar se o recurso que seria interposto reverteria a situação processual da parte.

No que concerne à modalidade de frustração da chance de evitar um dano que já aconteceu, faz-se necessário que já estivesse em curso o processo que causou o dano, bem

³⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.699.

³⁷ Idem.

³⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.701-702.

como houvesse a possibilidade de o mesmo ser evitado, mas não o foi. Nesta hipótese, caso seja possível reconhecer que o dano não aconteceria se o evento danoso tivesse sido interrompido, haverá certeza acerca do dano, com a consequente reparação. Nas palavras de Fernando Noronha “o dano surge exatamente porque o processo em curso (agora danoso) não foi interrompido, quando poderia ter sido”.³⁹

A problemática desta modalidade consiste na dúvida se o dano que poderia ser evitado, de fato, não aconteceria caso fossem adotadas as medidas que interromperiam o processo. Ressalta-se que o dano proveniente desta modalidade representa um dano presente.

Em relação à perda de uma chance de evitar que outrem sofresse prejuízo, Fernando Noronha⁴⁰ cita o caso de um estabelecimento comercial que foi furtado e seu sistema de alarme não funcionou naquele momento. Certo é que não há como saber se o crime ocorreria se o alarme funcionasse, no entanto, a empresa que forneceu o sistema deverá reparar a chance que a loja perdeu de não ser furtada.

Por fim, a submodalidade de perda de uma chance por falta de informação ocorre quando a vítima sofre um dano em razão de não ter recebido as informações e aconselhamentos imprescindíveis por quem possuía este dever de informar. Caso a informação devida houvesse sido comunicada, a vítima poderia não ter sofrido o dano. Salienta-se, por oportuno, que, para configurar este tipo de responsabilidade pela perda de uma chance, o ato que gerou o dano deverá ser evitável.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance por falta de informação é muito comum na área médica. Como exemplo tem-se o caso de um paciente que foi operado devido a problemas de surdez e ficou com paralisia facial, consequência esta que era de conhecimento do doente. Ocorre que a cirurgia não era a única alternativa, posto que o uso de aparelhos poderia melhorar parcialmente a surdez. Entretanto, o médico cirurgião não informou ao paciente que a cirurgia não era a única possibilidade de correção da audição, descumprindo seu dever de informação e retirando as chances do paciente de optar por outro tratamento. Por conseguinte, a indenização que esse médico deverá ser instado a pagar, deverá ser restrita ao valor da chance perdida.⁴¹

Diante disso, a problemática da responsabilidade civil pela perda da chance pelo descumprimento de um dever de informação “surge nos casos em que o ato que acabou

³⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.706-707.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.716-717.

causando o dano não fosse absolutamente inevitável, ou, dizendo de outro modo, nos casos em que o interessado tivesse uma opção, que lhe tenha sido subtraída.”⁴²

2.4. A perda de uma chance como dano autônomo:

Durante anos o dano decorrente da chance perdida não foi tutelado pelo Direito, não havendo reparação às vítimas que tiveram suas chances perdidas. Somente após o advento da Constituição de 1988, a lógica individual e patrimonialista fora abandonada, surgindo, assim, o que chamamos de solidarismo, que tem relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, passou-se a considerar o dano proveniente da chance perdida como independente e autônomo, procedendo-se à reparação da chance que a vítima tinha de obter uma vantagem, visto que a referida chance fora perdida em razão de uma atitude de um terceiro. Isto é, a vítima possuía uma chance antes da intervenção de um terceiro, mas foi perdida em virtude de um acontecimento; em outras palavras, a chance foi deteriorada e deve ser reparada.

O dano autônomo consiste, justamente, na chance perdida. Sérgio Cavalieri Filho sustenta que “a indenização deve corresponder 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.”⁴³

Destaque-se que a natureza da chance perdida é patrimonial, igualmente à vantagem final que a vítima esperava que fosse ocorrer, sendo certo que, para haver reparação da chance perdida, deverá ser configurado o dano e o nexos de causalidade entre a conduta do infrator e o evento danoso, qual seja, a perda da oportunidade de auferir uma vantagem.

Muito embora o entendimento majoritário da doutrina em classificar o dano decorrente da chance perdida como independente, alguns juristas defendem que este dano seria uma espécie de causalidade parcial. Na opinião desta minoritária parte da doutrina, nas hipóteses nas quais o processo aleatório chega ao fim, o dano não pode ser autônomo, posto que ocorre a materialização do nexos causal entre a conduta do agente e o prejuízo sofrido pela vítima. Destarte, deve-se aplicar a teoria da causalidade parcial com o propósito de ponderar a participação do infrator e da própria vítima no resultado final.

⁴² Idem.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.84.

Neste viés, as chances perdidas seriam um mecanismo para quantificar a causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano final, sendo averiguada a participação de cada um dos indivíduos para a configuração do resultado final.⁴⁴

Importa frisar que esta pesquisa adotará a corrente majoritária, a qual defende a autonomia das chances perdidas, classificando o dano decorrente da chance perdida como autônomo e independente do dano final.

Vale ressaltar, ainda, que os casos de perda de uma chance não devem ser confundidos com meros riscos que podem ser criados no dia-a-dia, segundo entendimento de Rafael Peteffi da Silva:

“Nos casos de simples aumentos de riscos, a vítima também se encontra em um processo aleatório que visa alcançar uma vantagem ou evitar um dano. Entretanto, a vítima ainda não sofreu o prejuízo derradeiro, tampouco perdeu a vantagem esperada de forma definitiva, mas, devido à conduta do réu, aumentaram os riscos de ocorrência de uma situação negativa. É impossível saber se em momento futuro a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima será efetivamente observada. Exemplo clássico dessa situação ocorre nos casos de exposição de pessoas a elementos tóxicos, quando o substancial aumento do risco de contrair uma doença pode ser cientificamente comprovado, apesar de a vítima continuar gozando de saúde perfeita. Aqui, impossível saber se a vítima efetivamente desenvolverá determinada doença, que pode restar em estado de latência durante vários anos ou nunca vir a se desenvolver. Desse modo, a vantagem esperada pela vítima, que é a manutenção da saúde perfeita, ainda pode ser alcançada. Por outro lado, nas demandas de responsabilidade pela perda de uma chance, a doença já se manifestou de forma definitiva.”⁴⁵

Nesta perspectiva, para que seja configurada a chance perdida, com a consequente reparação pertinente, o dano deve se manifestar em caráter definitivo, que corresponde à perda da vantagem pretendida.

2.5. Natureza jurídica do dano decorrente da chance perdida: dano emergente ou lucros cessantes?

A problemática do dano proveniente da chance perdida, além da questão estudada no tópico anterior, também abrange a questão da classificação do referido dano.

Conforme visto no item 1.2, o dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, sendo o primeiro dividido em danos emergentes e lucros cessantes. O dano emergente pode ser

⁴⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.108-110.

⁴⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.117.

definido como o prejuízo que a vítima auferiu em decorrência de um evento. Os lucros cessantes, por sua vez, correspondem ao que a vítima do evento danoso deixou de lucrar com o acontecimento do mesmo.

Neste sentido, há quem diga que a chance perdida configura-se um dano emergente. No entanto, alguns autores classificam-na como lucros cessantes.

Inicialmente, deve-se examinar o dano tendo por base a situação na qual a vítima se encontra após evento danoso e verificar como seria sua situação caso o agente não tivesse praticado determinada conduta que originou o dano.

A técnica de reparação de chances, por seu turno, tem o propósito de recolocar a vítima na situação em que se encontrava até a ocorrência do evento danoso, posto que a vítima dispunha de uma chance antes do infrator intervir no processo aleatório e, diante desta intervenção, a chance fora perdida. Neste sentido, o prejuízo auferido pela vítima tem como parâmetro o *status quo ante* em que a mesma se encontrava.

Percebe-se que a chance está sendo tratada como “um bem, material ou imaterial, pertencente à vítima e que foi destruído em razão do fato imputável ao réu.”⁴⁶ Assim sendo, houve a perda de um patrimônio da vítima, que consiste na chance.

A chance deve ser vista como um patrimônio e este fora perdido. Logo, aquela oportunidade fora perdida em consequência da configuração de um evento danoso, devendo a reparação ser equivalente à chance perdida. No entendimento do ilustre Daniel Amaral Carnaúba:

“(…) Ora, se aquelas perdas configuravam a frustração de um ganho, esta constitui, sempre, uma piora efetiva imposta à vítima. A reparação de chances pressupõe que a vítima dispunha de uma oportunidade no momento do acidente e que seu desaparecimento representa uma deterioração dessa situação anterior. Trata-se, portanto, de um dano emergente.”⁴⁷

Nesta lógica, a chance perdida representa um dano emergente, visto que a vítima angariou um prejuízo em decorrência de um evento.

Muito embora o entendimento da chance perdida como um dano emergente, parte da doutrina brasileira a interpreta como uma espécie de lucros cessantes, haja vista o desapontamento da vítima em relação a um possível ganho. Nesta lógica, os juízes que entendem haver indenização por lucros cessantes afirmam que a vítima deve ser reparada pelo

⁴⁶ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p.168.

⁴⁷ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p.169.

o que presumidamente ganharia no futuro caso sua chance não fosse retirada pelo agente infrator.⁴⁸

Ademais, alguns juristas acreditam que este tipo de dano não seria propriamente uma espécie de dano emergente ou lucro cessante. Sílvio Venosa assevera que a chance perdida configura-se um meio termo entre o dano emergente e lucro cessante, representando uma modalidade híbrida de dano.⁴⁹

Daniel Carnaúba, por sua vez, afirma que a teoria da perda de uma chance tem por escopo “indenizar o próprio interesse sobre a vantagem aleatória desejada, e não as eventuais frustrações morais decorrentes da perda dessa vantagem. Os dois prejuízos não se confundem e podem até dar ensejo a reparações independentes, quando configurados.”⁵⁰

Neste diapasão, muito embora classificarmos a chance perdida como um dano patrimonial, em algumas hipóteses pode haver tanto danos de ordem moral (extrapatrimonial) quanto danos de cunho patrimonial. De acordo com o caso em concreto, deverá ser analisado se a vítima do evento danoso sofreu prejuízos de natureza patrimonial; ou se ela sofreu danos aos direitos da personalidade, como ofensa à honra; ou, ainda, poderá ocorrer prejuízo material e moral ao mesmo tempo.

Na primeira hipótese, Daniel Carnaúba⁵¹ cita o caso do advogado que perdeu o prazo para interpor recurso de apelação em face de uma sentença que condenou seu cliente ao pagamento de uma dívida, acarretando prejuízo de ordem patrimonial. Desta forma, houve lesão a um interesse patrimonial, podendo ser estimado em dinheiro. Contudo, se a demanda versar sobre ação de reconhecimento de paternidade, sem intenção pecuniária, e o advogado da parte cometer um erro e prejudicar seu cliente, a chance perdida terá a natureza de dano moral.⁵²

No que concerne à possibilidade da chance perdida configurar prejuízo material e moral, tem-se o caso de um paciente que foi privado de um tratamento médico apropriado, perdendo suas chances de cura e sofrendo prejuízos patrimoniais ao ficar incapacitado para

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.304.

⁵⁰ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p.176.

⁵¹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p.170.

⁵² CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p.171.

atividades laborais, bem como prejuízos extrapatrimoniais, ao suportar os malefícios que a doença lhe ocasionou.⁵³

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a teoria da perda de uma chance pode ser aplicada aos danos materiais e morais⁵⁴:

“PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. 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.”

Insta salientar a possibilidade da existência de outros danos de natureza moral, além da chance perdida, em razão da frustração da chance perdida poder ofender também a honra da vítima, sua dignidade, abalos psicológicos, entre outros. Por conseguinte, a lesão “deverá ser reparada através de uma indenização proporcional às suas probabilidades de vitória e às benesses materiais e morais decorrentes de uma conquista dessa estirpe.”⁵⁵

2.6. A perda de uma chance fundamentada na teoria da causalidade parcial:

Conforme visto no tópico 2.4., alguns doutrinadores sustentam que o dano decorrente da chance perdida seria uma espécie de causalidade parcial.

⁵³ Idem.

⁵⁴ STJ, 3ª T., Resp n.º 1079185, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJe 04/08/2009.

⁵⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p.172.

Rafael Peteffi⁵⁶ afirma que na seara médica é muito comum vermos a aplicação da teoria da causalidade parcial. Normalmente, nestes casos, o processo aleatório chega ao fim e a conduta do agente retira, apenas, algumas chances que a vítima possuía de obter a vantagem almejada. Desta forma, será verificada a proporção da causalidade da ação ou omissão do agente para a configuração do dano final. Sendo assim, “estar-se-iam utilizando as chances perdidas apenas como um meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada)”.⁵⁷

Neste panorama, tendo em vista que a conduta do ofensor não configura uma *conditio sine qua non* para a perda da vantagem esperada, a reparação deve ser parcial, tendo como base a contribuição do agente para a configuração do dano. Ora, se existem 60% (sessenta por cento) de probabilidade da conduta do réu ter contribuído para a constituição do dano final, certo é que a reparação será quantificada em 60% (sessenta por cento) do prejuízo total sofrido por aquela vítima.

Rafael Peteffi cita, ainda, o caso de um médico que prescreveu o medicamento errado ao seu paciente e o mesmo se curou. Muito embora tenha sido configurada a falha médica, o profissional não será responsabilizado por sua conduta, haja vista que sua ação não causou a enfermidade e nem acarretou na morte do doente.⁵⁸ Nesta toada, para haver reparação, deve-se esperar o fim do processo aleatório, com o consequente exame do nexos de causalidade da conduta do réu e o evento danoso.

Deste modo, com a aplicação da teoria da causalidade parcial, “o réu será condenado a pagar apenas pelo dano que, segundo as estatísticas, se espera que ele tenha causado.”⁵⁹ Neste sentido, haverá uma ponderação da participação do infrator naquele evento danoso.

Fernando Noronha⁶⁰ também trata da questão da perda de uma chance na área médica ao analisar as causas do agravamento do estado de um paciente. Afirma que quando o agravamento da doença decorrer da própria evolução da doença, não há o que se falar em perda de uma chance. Assim como, se o agravamento do quadro do paciente ocorrer em

⁵⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.105.

⁵⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.50.

⁵⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.52.

⁵⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.62.

⁶⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.711-712.

virtude do próprio tratamento, mas sem ter havido erro médico, também não haverá responsabilização do médico. No entanto, havendo erro médico, este será responsabilizado.

No entanto, se a causa do agravamento do estado clínico do paciente for desconhecida, bem como o tratamento utilizado for inadequado, sem saber qual ocasionou a piora do paciente, haverá a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Há duas possibilidades: o dano ocorreu em razão da evolução da doença e tratamento inadequado ou o dano resultou de apenas uma dessas causas, sem se saber de qual. No primeiro caso, haverá o concurso entre o fato do responsável e caso fortuito e de força maior; já no segundo, haverá uma situação de causalidade alternativa.⁶¹

Na eventualidade do dano ter ocorrido em razão da concorrência do caso fortuito ou de força maior com a conduta do agente, este último só irá responder pela parcela de dano que for atribuída à sua conduta, sendo aplicada a teoria da causalidade concorrente. Destarte, “se a falha médica subtraiu dois terços das chances de vida da vítima, a reparação deve guardar a mesma proporção em relação ao dano final verificado.”⁶²

No que se refere à aplicação da teoria da causalidade alternativa, tem-se dois fatos com potencialidade para causar o dano final, no entanto, não se sabe qual deles foi, de fato, o causador. Nesta situação, Noronha⁶³ assegura que também deverá ser feito um cálculo das probabilidades de cada um dos fatos para a conjuntura do evento danoso, devendo o valor do dano ser repartido na proporção em que cada um dos fatos contribuiu para o dano final.

Constata-se que a hipótese de causalidade alternativa apresentada por Noronha visa reparar o dano final, isto é, a vantagem esperada. Rafael Pateffi⁶⁴, por sua vez, não concorda com esta proposta de Noronha, alegando que a teoria da causalidade alternativa é aplicada de acordo com presunções, buscando flexibilizar o ônus probatório da *conditio sine qua non*, viabilizando a comprovação do nexos causal entre a conduta do agente infrator e o prejuízo sofrido pela vítima. Desta forma, todas as vezes que as presunções forem usadas, terão como respaldo o dano final, sendo este indenizado.

Em relação à teoria da causalidade concorrente, na qual o caso fortuito ou de força maior concorre com a conduta do agente, Rafael Pateffi declara que esta não deve ser aplicada ao instituto da perda de uma chance, uma vez que o caso fortuito e de força maior são

⁶¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.712.

⁶² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.714.

⁶³ Idem.

⁶⁴ SILVA, Rafael Pateffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.241-243.

considerados excludentes de responsabilidade civil. Assim sendo, ou o agente responderá pelo dano como um todo ou o caso fortuito ou força maior romperão o nexo causal.⁶⁵

Outrossim, Rafael Peteffi conclui pela inaplicabilidade da causalidade alternativa e concorrente apresentada por Noronha na teoria da perda de uma chance, considerando a causalidade parcial a melhor alternativa para reparação das chances quando o processo aleatório chegou ao fim.⁶⁶

2.7. Chances reais e sérias:

Em relação às chances perdidas que serão indenizadas, a maior parte da doutrina e jurisprudência condiciona a reparação ao caráter real e sério da chance perdida, não devendo haver reparação se as chances possuírem caráter meramente hipotético.

Neste sentido, é o entendimento de Rafael Peteffi da Silva:

“A observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais para separar as chances potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação dever ser rechaçada.

Inicialmente vale ressaltar que as chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-se das simples esperanças subjetivas: um paciente que sofre de um câncer incurável pode manter suas esperanças de viver; cientificamente, porém, não existe qualquer chance apreciável de cura.”⁶⁷

As chances devem basear-se em possibilidades sérias, sendo necessária a realização de um estudo acerca das possibilidades estatísticas de o prejuízo ser configurado em virtude da interrupção do processo aleatório.

Vale ressaltar, ainda, que somente por meio da análise de casos concretos é que será possível identificar precisamente a real chance da vítima daquele evento danoso que retirou sua chance de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

A análise da seriedade e realidade das chances perdidas também leva em consideração a questão do lapso temporal entre o momento em que a chance foi perdida e de quando a

⁶⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.244-245.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. “A responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais.” Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-por-rafael-peteffi-da-silva>> Acesso em 25 de março de 2017.

mesma seria utilizada. Rafael Pettefi⁶⁸ cita o exemplo de uma pessoa que perdeu as chances de trilhar certa carreira; nesta situação, para configurar o prejuízo, esta pessoa já teria que estar se preparando para atuar nesta área antes de ter suas chances perdidas. Ora, não haverá indenização a alguém que perdeu a chance de trilhar em sua carreira profissional se este sequer iniciara algum curso, faculdade, etc. na área.

Sérgio Savi converge com o entendimento de Rafael Pettefi, ao se posicionar sobre o caráter sério e real da chance perdida: “Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real (...)”.⁶⁹

Sérgio Savi, afirma, ainda, que deve haver comprovação de pelo menos 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de ocorrer o resultado desejado, a fim de que as chances sejam consideradas reais e sérias.⁷⁰

Todavia, Rafael Peteffi critica o entendimento de Sérgio Savi, pelo motivo de que, muitas vezes, a vítima perdeu menos de 50% (cinquenta por cento) das chances de auferir uma vantagem, no entanto, há razoável grau de certeza acerca daquelas chances.⁷¹

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro possui inúmeros julgados versando sobre esta questão da configuração de chances reais e sérias. A seguir serão analisados dois recentes Acórdãos:

“APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ADVOGADO – PROFISSIONAL LIBERAL – PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO COM BASE NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – DESCABIMENTO – OPORTUNIDADE PERDIDA QUE TEM QUE SER SÉRIA E REAL E NÃO APENAS HIPOTÉTICA - DANO MORAL CONFIGURADO - VERBA COMPENSATÓRIA MODERADAMENTE ARBITRADA. - Cuida a hipótese de demanda proposta por cliente em face de seus advogados objetivando a condenação destes à indenização com base na teoria da perda de uma chance, além de compensação por danos morais, sob a alegação de negligência na condução de reclamação trabalhista ajuizada em face de sua ex-empregadora, em que teriam os Réus deixado de comparecer à audiência designada, além de não terem interposto os recursos cabíveis para tentar modificar o resultado da sentença que lhe foi desfavorável. - Sentença que julgou procedente o pedido autoral de reparação moral, mas improcedente o pleito de indenização com base na teoria da perda de uma chance. - Impossibilidade de acolhimento da pretensão de indenização pela perda de uma chance. - Teoria da Perda de uma Chance (Perte d'une chance) que exige que a chance perdida seja real e séria, não se indenizando a possibilidade remota ou mera suposição de dano. - Ausência de demonstração da real e séria possibilidade de

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.49.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.141-142.

modificação do resultado da sentença proferida na Justiça Especializada, visto que a pretensão deduzida em favor do Autor já se encontrava fulminada pela prescrição muito antes da contratação e propositura daquela demanda, não tendo a incúria dos Réus contribuído em nada para o desfecho daquela lide. - Falha profissional, contudo, que enseja o dever de reparação pelo dano moral experimentado pelo Autor em razão da frustração de sua expectativa de ver a sua pretensão examinada da forma que esperava no momento em que contratou e depositou toda a sua confiança nos Réus. - Verba compensatória moderadamente arbitrada, não merecendo alteração. - Desprovimento dos recursos.”⁷²

O primeiro caso trata-se de ação indenizatória ajuizada pelo cliente de um advogado que não interpôs os recursos cabíveis para obtenção da reforma da sentença que teria sido desfavorável ao seu cliente em uma Reclamação Trabalhista. Ocorre que a não atuação do advogado não causou prejuízos ao cliente, visto que antes da propositura da demanda o fenômeno da prescrição já havia se configurado. Outrossim, ainda que o advogado tivesse interposto os recursos, o julgamento da demanda não seria favorável ao cliente. Sendo assim, na presente ação indenizatória, o Relator do recurso de Apelação entendeu não restarem configuradas chances sérias e reais, não havendo reparação cabível.

O Acórdão abaixo também negou provimento ao Recurso de Apelação que pleiteou indenização por dano material em virtude da chance perdida, posto que o Desembargador Relator considerou tratar-se mera possibilidade hipotética, sem real probabilidade de êxito:

“AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER c/c INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. Falha na prestação do serviço, concernentemente à demora pela instituição ré na regularização do curso de engenharia civil perante o CREA-RJ. Antecipação da tutela para tal fim, autorizada e cumprida. Pequeno reparo na sentença a quo, tão somente para torna-la definitiva. Dano moral configurado. Quantum bem aplicado e que não merece reforma. Dano material com base na teoria da perda de uma chance bem rechaçado. Meras expectativas que refutam a aplicação da teoria invocada pelo autor, posto tratar-se de possibilidade hipotética e não de real probabilidade de êxito. Apelos conhecidos aos quais se nega seguimento, nos moldes do art. 557, caput do Código de Processo Civil.”⁷³

Neste caso, trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória ajuizada por um ex-aluno de uma Universidade em face da mesma. O ex-aluno cursou engenharia civil e não obteve êxito quando de sua inscrição junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado do Rio de Janeiro (CREA-RJ), visto que a instituição de

⁷² TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação n.º 0387167-91.2011.8.19.0001, Rel. Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, DJe 24/06/2016.

⁷³ TJRJ, 24ª Câmara Cível, Apelação n.º 0017940-50.2013.8.19.0023, Rel. Desembargador Wilson do Nascimento Reis, DJe 01/12/2015.

ensino não havia realizado seu cadastro junto ao referido órgão, ocasionando a perda de oportunidade de obter um emprego.

O ilustre Desembargador afirmou não existirem provas seguras nos autos de que o ex-aluno não teria sido contratado como engenheiro em alguma empresa ante a ausência de seu registro no CREA. Desta forma, não restaram caracterizadas as chances reais e sérias, necessárias à aplicação da teoria da perda de uma chance. Nas palavras do Desembargador Wilson Reis: “não socorre ao demandante, a invocada teoria da perda de uma chance, pois, como é sabido, para a sua aplicação, prescindiria de prova a respeito da ocorrência de um dano real e certo, salientando-se, que mera probabilidade, não conduz à sua aplicação.”⁷⁴

Por fim, salienta-se que a teoria da perda de uma chance não deve ser apenas usada quando houver certeza que a vítima alcançaria a vantagem pretendida, pois, nesta conjectura, haveria a indenização da própria vantagem e não das chances que foram perdidas.

Cumprindo, ainda, destacar o enunciado 443 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, o qual versa sobre a necessidade das chances serem sérias e reais, consolidando a importância da seriedade das chances, desvinculando-as de grandes percentuais de probabilidade:

“Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser real e séria, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.”⁷⁵

Desta maneira, faz-se necessário analisar o caso concreto com o intuito de observar se as chances da vítima naquela situação eram, de fato, reais e sérias, para haver indenização, verificando se a chance perdida tinha relação com a realidade, não sendo, apenas, mera suposição.

2.8. Fixação do *quantum* indenizatório:

De acordo com os institutos já estudados, sabe-se que o valor da indenização não poderá ser equivalente à vantagem esperada pela vítima, posto que somente as chances que

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Enunciado n.º 444 da V Jornada de Direito Civil: Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser real e séria, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

foram perdidas devem ser indenizadas. Em outras palavras, o valor da indenização não poderá ser igual ao valor final esperado pela vítima caso esta tivesse obtido a vantagem desejada.

Convém ressaltar que se deve observar o ganho obtido ou a perda evitada caso a vítima do dano tivesse alcançado a vantagem almejada a fim de estabelecer uma porcentagem de chances da qual a vítima fora privada, com a finalidade de quantificar o valor da indenização à vítima.

A determinação do montante a ser indenizado dependerá da probabilidade de concretização do resultado esperado pela vítima. Isto é, para fixar o valor da indenização, o juiz deve aferir o valor que seria obtido com a vantagem desejada, e, após, estabelecer a porcentagem de chances que a vítima fora privada. O próximo passo será a multiplicação desses valores encontrados; o resultado obtido será equivalente ao montante que será indenizado.

Neste sentido, é a posição de Rafael Peteffi da Silva:

“Mesmo que se concorde com a corrente doutrinária que defende a independência das chances perdidas em relação ao dano final, é inegável que este será o grande referencial para a quantificação das chances perdidas. Como bom exemplo desta afirmação, tem-se aquele do proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar a importância de R\$ 20.000,00 (vantagem esperada), proveniente do primeiro prêmio da corrida que seu cavalo participaria não fosse a falha do advogado, o qual efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Se as bolsas de apostas mostravam que o aludido cavalo possuía vinte por cento (20%) de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pelas chances perdidas seria de R\$ 4.000,00.”⁷⁶

Este método de fixação do *quantum* indenizatório deve ser empregado mesmo nos casos em que a vantagem perdida não tenha valor econômico, ou seja, quando a natureza da chance for de dano moral. Neste diapasão, o magistrado determinará qual seria o ganho obtido pela vítima ou a perda que seria evitada a fim de mensurar os danos morais, multiplicando o valor aplicado pela porcentagem de chances que a vítima perdeu em decorrência do ato ilícito praticado pelo infrator.

Nas palavras de Sérgio Savi:

“Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance, no momento de sua perda, tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade.

⁷⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.141-144.

O fato de a situação ser idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração do dano. Assim, a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.

Quanto à quantificação do dano, a mesma deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.⁷⁷

O exemplo apresentado por Sérgio Savi⁷⁸ para ilustrar o método de quantificação da chance perdida consiste na hipótese de um advogado que ajuíza ação de cobrança de dez mil reais representando seu cliente e o juiz, por imperícia e sem analisar minuciosamente as provas colacionadas aos autos, julga improcedente o pedido. Todavia, o advogado perde o prazo para interposição de recurso de apelação. Neste contexto, o cliente propõe uma demanda em face do advogado pleiteando indenização pela chance perdida. O juiz, por sua vez, conclui que o cliente tinha 90% (noventa por cento) de chances de reverter a sentença que julgou improcedente seu pedido na ação de cobrança. Desta forma, o cálculo deverá partir do valor referente ao resultado esperado, qual seja, dez mil reais, incidindo sobre o referido valor o percentual de chances perdidas, que foi fixado em 90% (noventa por cento). Neste caso, a reparação seria na ordem de nove mil reais.

Fernando Noronha⁷⁹ concorda com o método de Sérgio Savi, ao afirmar que, inicialmente, deverão ser analisadas se as chances eram reais e sérias. Feita esta análise, o valor da chance perdida será determinado de acordo com o caso concreto. Após, será fixada a probabilidade de o resultado acontecer, traduzida em uma porcentagem sobre o valor da vantagem final esperada. Muito embora o valor da chance perdida seja consubstanciado em uma porcentagem incidente sobre o valor da vantagem final esperada pela vítima, não significa que a reparação será parcial, visto que a chance perdida terá sempre um valor inferior ao montante equivalente à vantagem almejada.

A indenização concedida à vítima sempre rapara integralmente as chances que foram perdidas, uma vez que estas, para grande parte da doutrina, são classificadas como um dano autônomo e independente em relação ao resultado final esperado, que consiste na vantagem esperada que fora perdida.

Convém ressaltar que a técnica de reparação de chances não recoloca a vítima no lugar em que ela deveria estar caso o evento danoso não tivesse ocorrido. A vítima pretendia, como

⁷⁷ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.68.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.696-697.

já visto, auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo, no entanto, não existe a possibilidade de recoloca-la nestas situações. Em outras palavras, as vítimas de perda de chances não serão colocadas no cenário em que se encontrariam na eventualidade do agente infrator não ter interferido no processo aleatório, haja vista não ser possível afirmar como as vítimas estariam sem o acontecimento do evento danoso.

Deste modo, a técnica de reparação usada terá como base o passado, ou seja, a situação na qual a vítima se encontrava antes do evento, visto que ela não poderia ser reposicionada na situação em que se encontraria caso não houvesse intervenção do agente no processo aleatório. Desta forma, a vítima retornará ao *status quo ante*, sendo recolocada na situação em que se encontrava antes do dano ocorrer. Nas palavras de Daniel Amaral Carnaúba⁸⁰:

“(...) 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. É o *status quo ante* que será reconstruído. A vítima será assim recolocada não mais na situação em que se encontraria sem o acidente, mas na situação em que se encontrava antes deste. Ora, é certo que nesse momento pretérito a vítima possuía uma chance. É essa chance, portanto, que lhe será devolvida sob a forma de reparação.”

Destarte, o parâmetro do juiz ao analisar o caso concreto será o *status quo ante* da vítima e, por conseguinte, a chance passará a ser vista como um prejuízo certo. O nexos causal será configurado pelo fato antijurídico e chance perdida, posto que, em razão da atitude do infrator, a vítima perdeu suas chances de obter o resultado almejado.

A técnica de reparação das chances perdidas realiza dois deslocamentos no que concerne ao modo de reparação. Inicialmente, não mais será a vantagem desejada objeto de reparação, mas sim a chance perdida. Ademais, a reparação não recolocará a vítima na situação na qual ela se encontraria na ausência do evento que originou o dano, mas sim na situação em que ela se encontrava antes deste evento.

⁸⁰ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: A álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p.109.

3. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Findado o estudo dos aspectos da teoria da perda de uma chance, passa-se à análise da teoria de acordo com o nosso ordenamento jurídico. Abordar-se-ão, neste capítulo, a compatibilidade da teoria com o ordenamento jurídico brasileiro, alguns casos emblemáticos na doutrina e jurisprudência, a caracterização da perda de uma chance na seara médica e jurídica, bem como haverá um estudo acerca do caso “Show do Milhão”.

3.1. Compatibilidade da teoria com o ordenamento jurídico brasileiro:

A teoria da perda de uma chance não está prevista de forma expressa em nosso ordenamento jurídico, não havendo dispositivo legal tratando da mesma. Contudo, sua aceitação na doutrina e jurisprudência é evidente, sendo estas as responsáveis por tratar dos requisitos e hipóteses da perda de uma chance.

Sua aplicação tem como base uma interpretação sistemática do Código Civil com os princípios constitucionais. Desta forma, o artigo 186 do código civil estabelece uma cláusula geral de responsabilidade civil⁸¹, ao dispor que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Ademais, o artigo 927⁸² do Código Civil dispõe sobre a consequência da prática de um ato ilícito que cause dano a outrem, a qual consistirá na reparação da vítima. Ora, resta claro que o nosso Código empregou um conceito amplo de dano, sem delimitar quais seriam os danos abarcados pelo mesmo, sendo certo que qualquer dano deverá ser reparado, inclusive o dano decorrente da chance perdida.⁸³

Deste modo, desde que preenchidos os requisitos que resultem no dever de indenizar, a vítima será indenizada pelo dano sofrido. No caso da perda de uma chance, para haver reparação, deverá ser demonstrada a seriedade das chances perdidas, assim como o nexo de causalidade entre a conduta do infrator e a chance perdida, conforme dispõe Savi:

⁸¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.94.

⁸² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁸³ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.94.

“(…) 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 o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance.

Isto porque, assim como os Códigos Civis francês e italiano, o Código Civil Brasileiro estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil, em que prevê a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, inclusive o decorrente da perda de uma chance que, como visto, em determinados casos concretos preencherá os demais requisitos exigidos para o surgimento do dever de indenizar.”⁸⁴

Ademais, o artigo 402 do Código Civil estabelece o princípio da reparação integral dos danos, ao dispor que “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.”

Neste sentido, a vítima terá o direito de receber aquilo que efetivamente perdeu e o que deixou de lucrar com o evento danoso. Este princípio garante à vítima o equilíbrio entre o dano e a reparação, promovendo o retorno ao *status quo ante*.⁸⁵ Sérgio Savi afirma que o princípio da reparação integral consiste em um “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.”⁸⁶

Destaque-se que a aceitação e aplicação da teoria da perda de uma chance em nosso ordenamento jurídico encontram respaldo no princípio da dignidade humana e da solidariedade social. Nesta toada, houve a modificação do foco da responsabilidade civil da ótica individual e patrimonialista para a vítima do dano injusto:

“(…) a evolução da responsabilidade civil fez com que o foco da atenção do julgador mudasse radicalmente do ato ilícito para a proteção da vítima contra os danos considerados injustos pelo ordenamento jurídico. Sendo a perda da chance um dano injusto, não há como negar a indenização nestes casos.”⁸⁷

Por fim, Sérgio Savi destaca que:

“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

⁸⁴ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.96.

⁸⁵ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.97.

⁸⁶ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.98.

⁸⁷ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.101.

responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano.”⁸⁸

Desta maneira, conclui-se pela ampla adoção da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerada compatível com os dispositivos do Código Civil, princípios previstos na Constituição Federal e amplamente aceita na Doutrina e Jurisprudência, conforme será visto no próximo tópico.

3.2. Análise jurisprudencial e doutrinária:

Atualmente, o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem sendo abordado constantemente em manuais, Acórdãos, monografias e artigos científicos. Todavia, esta realidade é nova, pois até poucos anos atrás a teoria da perda de uma chance era tratada de maneira sutil, não tendo destaque na doutrina e jurisprudência brasileira.

Em relação à Doutrina, será demonstrada a seguir a posição de alguns autores sobre o tema, a fim de comprovar a ampla aceitação da teoria da perda de uma chance no direito pátrio.

Sílvio Venosa defende a aplicação da teoria da perda de uma chance em seu manual sobre responsabilidade civil, bem como cita como exemplo o ocorrido nos jogos olímpicos de 2004, em Atenas, com o atleta brasileiro que liderava a prova de maratona. Neste caso, o atleta foi surpreendido por um espectador que o empurrou, prejudicando sua atuação na prova e retirando sua concentração. Discutiu-se, por conseguinte, se o maratonista deveria ou não receber a medalha de ouro, visto que, em virtude do incidente, obteve o terceiro lugar na prova, ganhando medalha de bronze. Muito embora a grande probabilidade de o atleta ser o primeiro lugar “nada poderia assegurar que, sem o incidente, seria ele o vencedor. Caso típico de perda de uma chance, chance de obter o primeiro lugar, mas sem garantia de obtê-lo.”⁸⁹

O referido autor dispõe ainda que:

“Quando vem à baila o conceito de chance, estamos em face de situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro. Na perda da chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos. A indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final, que pode ser uma certa idade

⁸⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.109.

⁸⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.39.

para a vítima, um certo fato ou a data da morte. Nessas hipóteses, a perda da oportunidade constitui efetiva perda patrimonial e não mera expectativa.”⁹⁰

Sérgio Cavaliere Filho sustenta também que a teoria da perda de uma chance vem encontrando grande aceitação na doutrina e jurisprudência. Em seu manual sobre responsabilidade civil, o autor destinou algumas páginas para discorrer sobre o tema e sua aplicação. Assim sendo, condiciona a aplicação da teoria, com a consequente indenização, ao caráter real e sério das chances perdidas e a probabilidade de sucesso superior a 50% (cinquenta por cento); isto é, meras possibilidades/suposições não serão indenizadas, pois, para haver reparação, deve-se observar a seriedade e realidade das chances, bem como se a probabilidade de êxito da vítima era superior a 50% (cinquenta por cento).⁹¹

Em suas palavras:

“A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas.

(...)

Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável. A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis.”⁹²

Fernando Noronha, por sua vez, pondera que a perda de uma chance guarda relação com a interrupção de um processo aleatório diante de um fato antijurídico, no qual a vítima foi privada de obter a oportunidade desejada. Noronha apresenta em seu manual, como já visto no item 2.3., duas modalidades de perda de uma chance, “frustração da chance de obter uma vantagem futura” e “frustração da chance de evitar um dano que já aconteceu”, sendo esta última subdividida em “perda de uma chance de evitar que outrem sofresse prejuízo” e “perda de uma chance por falta de informação”. Ademais, o aludido autor, a fim de ilustrar a

⁹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.39.

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.81-83.

⁹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.81-82.

aplicação da teoria, cita exemplos da perda de uma chance na seara médica e da advocacia, defendendo, por conseguinte, sua aplicação nestes casos.⁹³

Sérgio Savi talvez seja uma das maiores referências para o estudo da teoria da perda de uma chance no Brasil. Sua doutrina está baseada no estudo da teoria na Itália e de como ela surgiu em nosso ordenamento jurídico. Consoante entendimento de Savi, a perda de uma chance, atualmente, vem sendo reconhecida e aplicada em diversos tribunais brasileiros, trazendo como requisitos para haver reparação o caráter sério e real das chances perdidas, desde que comprovados, pelo menos, 50 % (cinquenta por cento) de probabilidade de ocorrer o resultado desejado.⁹⁴

Rafael Peteffi da Silva, em sua obra, fez uma análise comparativa da teoria da perda de uma chance no direito comparado e no direito brasileiro, apresentando os requisitos para aplicação da perda de uma chance, suas modalidades, bem como procedeu a uma análise doutrinária e jurisprudencial. Neste sentido:

“O momento atual, porém, e mais uma vez guardando correspondência com a produção, se caracteriza pela ebulição da teoria da perda de uma chance em alguns tribunais brasileiros. Além do já citado tribunal gaúcho, que continua trilhando o caminho bem pavimentado por seus acórdãos pioneiros, a sólida jurisprudência de outras Cortes passa a conferir caráter nacional ao movimento de aceitação da teoria da perda de uma chance, considerada como instrumento útil para o deslinde das ações de reparação de danos. Uma rápida pesquisa, utilizando o mecanismo de busca dos sítios eletrônicos dos principais Tribunais brasileiros, principalmente nos Estados do Sul e do Sudeste, dá conta do crescimento exponencial da teoria da perda de uma chance como *ratio decidendi* de inúmeros julgados.”⁹⁵

O referido autor destaca também a importância de verificar se as chances perdidas não se tratavam meros riscos criados pela ação ou omissão do agente infrator. Nesta toada, deve-se analisar se houve, de fato, a perda definitiva da vantagem desejada. Caso este dano tenha sido configurado, será hipótese de perda de uma chance:

“O ponto nevrálgico para a diferenciação da perda de uma chance da simples criação de um risco é a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, a existência do dano final. De fato, em todos os casos de perda de uma chance, a vítima encontra-se em um processo aleatório que, ao final, pode gerar uma vantagem. Entretanto, no momento em que as envolvendo a perda de uma chance

⁹³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.695-718.

⁹⁴ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.49.

⁹⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.198.

são apreciadas, o processo chegou ao seu final, reservando um resultado negativo para a vítima.”⁹⁶

Após a verificação da posição de vários civilistas acerca da teoria da perda de uma chance, conclui-se pela aceitação da mesma no campo da responsabilidade civil, havendo maior destaque para as chances perdidas no estudo deste instituto.

Passa-se, então, à análise da jurisprudência brasileira, que vem aceitando e aplicando a teoria em diversos julgados.

O primeiro Acórdão que mencionou a teoria da perda de uma chance, conforme estudo de Savi⁹⁷, é do ano de 1990, cujo Relator era o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Muito embora a menção à teoria, o Desembargador decidiu pela não configuração da perda de uma chance no caso em comento, conforme ementa abaixo:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORREÇÃO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NAO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGACAO DE RESULTADO E DE INDENIZACAO POR PERDA DE UMA CHANCE”.⁹⁸

Tratava-se de ação de indenização em razão de erro médico, na qual a autora da demanda havia passado por uma cirurgia de correção de miopia de grau quatro da qual ocasionou hipermetropia em grau dois, além de outros problemas na córnea. Como restou comprovado o nexo de causalidade entre a ação do médico e o resultado final, visto que os danos causados a vítima possuíam relação direta com o erro médico, não houve a configuração da perda de uma chance.

Aproximadamente um ano após a publicação deste Acórdão, o Desembargador Ruy Rosado julgou um caso em que foi reconhecida a configuração da perda de uma chance:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO Á SUA

⁹⁶SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.116.

⁹⁷SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.48.

⁹⁸TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação n.º 598069996, Rel. Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJe 12/06/1990.

CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR Á MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE.”⁹⁹

Tratava-se de ação indenizatória proposta por uma senhora que havia contratado o réu, que era advogado, para ajuizar demanda em face do INPS a fim de que recebesse pensão decorrente da morte de seu marido. Ocorre que os autos foram extraviados e o advogado, ora réu na ação indenizatória, não comunicou o incidente a sua cliente e sequer providenciou a restauração do processo. Nesta perspectiva, a vítima ajuizou ação indenizatória e fora reconhecida a perda da chance de ter sua ação julgada. Apesar de não haver certeza sobre o êxito da ação previdenciária, certo é que o advogado retirou as chances que sua cliente tinha, devendo repará-la.¹⁰⁰

A partir desses dois julgados apresentados surgiram diversos outros versando sobre responsabilidade civil e perda de uma chance, como será visto a seguir.

No Recurso Especial de n.º 1.190.180/RS¹⁰¹ o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, define o dano decorrente da chance perdida como um terceiro tipo de dano, intermediário ao dano emergente e ao lucro cessante. No caso em comento, afastou-se a aplicação da perda de uma chance, haja vista que o pedido do autor fora certo e determinado em relação aos danos

⁹⁹ TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação n.º 591064837, Rel. Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJe 29/08/1991.

¹⁰⁰ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.49.

¹⁰¹RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de 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. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3. Assim, 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.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

STJ, 4ª T., Resp n.º 1190180, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 22/11/2010.

que suportara ante a negligência de seu advogado, que perdera o prazo para oferecer contestação.

Ocorre que o autor da demanda, ora recorrido no recurso especial em questão, não pleiteou indenização pela perda de uma chance de se defender, mas sim, requereu a indenização por parte do advogado réu, ora recorrente, por todo o prejuízo que a não apresentação de defesa lhe causou. Muito embora não ter havido pedido de aplicação da teoria da perda de uma chance, o tribunal *a quo* reformou a sentença de primeiro grau a fim de reduzir a indenização concedida com base na perda de uma chance. O STJ, por sua vez, em sede de Recurso Especial, anulou a decisão, por considera-la *extra petita*.

Destaque-se, por oportuno, que o Ministro Luis Salomão, ao mencionar a teoria da perda de uma chance, afirmou que, para sua aplicação, deve-se observar o caráter real e sério das chances perdidas, realizando uma análise acerca das reais probabilidades de se obter o resultado desejado. Contudo, o Ministro classifica o dano decorrente da chance perdida como um dano intermediário entre o dano emergente e o lucro cessante, divergindo do entendimento exposto no item 2.5. deste estudo, qual seja, de que a chance perdida seria um dano emergente, visto que a vítima angariou um prejuízo em decorrência de um evento.

Certo é que o entendimento do ilustre Ministro Luis Felipe Salomão no Acórdão supracitado guarda relação com a posição de Venosa, o qual afirma que a chance perdida configura-se um meio termo entre o dano emergente e lucro cessante, representando uma modalidade híbrida de dano.¹⁰²

Novamente o Ministro Luis Felipe Salomão mencionou a teoria da perda de uma chance em seu voto no Recurso Especial de n.º 1.210.732/SC¹⁰³. Tratava-se de ação

¹⁰² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.304.

¹⁰³ RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO QUE CONTRATA SERVIÇOS DOS CORREIOS PARA O ENVIO DE PETIÇÃO RECURSAL. SEDEX NORMAL. CONTRATO QUE GARANTIA A CHEGADA DA PETIÇÃO AO DESTINATÁRIO EM DETERMINADO TEMPO. NÃO CUMPRIMENTO. PERDA DO PRAZO RECURSAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CORREIOS PARA COM OS USUÁRIOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. DANO MORAL CONFIGURADO. DANO MATERIAL NÃO PROVADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. 1. A controvérsia consiste em saber se o advogado que teve recurso por ele subscrito considerado intempestivo, em razão da entrega tardia de sua petição pelos Correios ao Tribunal ad quem, pode pleitear indenização por danos materiais e morais contra a mencionada empresa pública. É certo também que a moldura fática delineada demonstra a contratação de serviço postal que, entre Capitais, garantia a chegada de correspondência até o próximo dia útil ao da postagem (SEDEX normal). 2. As empresas públicas prestadoras de serviços públicos submetem-se ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 14 do CDC, de modo que a responsabilidade civil objetiva pelo risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, é confirmada e reforçada com a celebração de contrato de consumo, do qual emergem deveres próprios do microsistema erigido pela Lei n. 8.078/90. No caso, a contratação dos serviços postais oferecidos pelos Correios revela a existência de contrato de consumo, mesmo que tenha sido celebrado entre a mencionada empresa pública e um advogado, para fins de envio de suas petições ao Poder Judiciário. 3. Não se confunde a

indenizatória ajuizada por um advogado em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em razão do atraso na entrega de petição enviada via “sedex”. O advogado havia enviado recurso de Embargos de Declaração pelos correios, mas, em virtude do atraso da empresa no envio, o recurso fora considerado intempestivo. Nesta conjuntura, o advogado ajuizou ação pleiteando danos morais e materiais correspondentes a 20% de honorários advocatícios que receberia caso obtivesse êxito em sua demanda. Considerando que a demanda fora julgada improcedente nas instâncias inferiores, o advogado interpôs Recurso Especial.

O i. Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, afirmou que havia somente uma remota expectativa do cliente do advogado obter sucesso na demanda trabalhista, não devendo ser aplicada a teoria da perda de uma chance nesse caso, ante a ausência dos requisitos para sua configuração.

Ocorre que o pleito do advogado recorrente, qual seja, a condenação da empresa ao correspondente a 20% de honorários advocatícios que receberia caso seu recurso fosse provido equivale à vantagem final esperada pelo advogado e não às chances que foram perdidas em razão do atraso na entrega da petição pelo correio.

Desta maneira, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deveria, de fato, ser responsabilizada pela chance que o advogado perdeu de obter êxito na demanda trabalhista e,

responsabilidade do advogado, no cumprimento dos prazos processuais, com a dos Correios, no cumprimento dos contratos de prestação de serviço postal. A responsabilidade do advogado pela protocolização de recurso no prazo é de natureza endoprocessual, que gera consequências para o processo, de modo que a não apresentação de recursos no prazo tem consequências próprias, em face das quais não se pode, certamente, arguir a falha na prestação de serviços pelos Correios. Porém, essa responsabilidade processual do causídico não afasta a responsabilidade de natureza contratual dos Correios pelos danos eventualmente causados pela falha do serviço, de modo que, fora do processo, o advogado – como qualquer consumidor – pode discutir o vício do serviço por ele contratado, e ambas as responsabilidades convivem: a do advogado, que se limita às consequências internas ao processo, e a dos Correios, que decorre do descumprimento do contrato e da prestação de um serviço defeituoso. Assim, muito embora não se possa opor a culpa dos Correios para efeitos processuais da perda do prazo, extraprocessualmente a empresa responde pela falha do serviço prestado como qualquer outra. 4. Descabe, no caso, a condenação dos Correios por danos materiais, porquanto não comprovada sua ocorrência. Também não estão presentes as exigências para o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que as alegações de danos experimentados pelo autor se revelam extremamente fluidas. Existia somente uma remota expectativa e improvável possibilidade de seu cliente se sagrar vitorioso na demanda trabalhista, tendo em vista que o recurso cujo prazo não foi cumprido eram embargos de declaração em recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, circunstância que revela a exígua chance de êxito na demanda pretérita. 5. Porém, quanto aos danos morais, colhe êxito a pretensão. É de cursivo conhecimento, no ambiente forense e acadêmico, que a perda de prazo recursal é exemplo clássico de advocacia relapsa e desidiosa, de modo que a publicação na imprensa oficial de um julgamento em que foi reconhecida a intempestividade de recurso é acontecimento apto a denegrir a imagem de um advogado diligente, com potencial perda de clientela e de credibilidade. É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva (apreço por si próprio) e a objetiva (imagem social cultivada por terceiros) de um advogado, razão suficiente para reconhecer a ocorrência de um dano moral indenizável. 6. Condenação por dano moral arbitrada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 7. Recurso especial parcialmente provido. STJ, 4ª T., Resp. n.º 1210732, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15/03/2013.

consequentemente, receber os honorários advocatícios arbitrados anteriormente. Muito embora o Ministro Relator tenha considerado que havia apenas mera probabilidade de obter sucesso na reclamação trabalhista, certo é que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos retirou, ao enviar o recurso tardiamente, as chances que aquele advogado possuía de obter êxito, ainda que pequenas.

Ora, a indenização pleiteada poderia ter sido negada com base na equivocada formulação de pedidos, pois o advogado pretendia obter a vantagem final correspondente aos 20% de honorários advocatícios que lhe seriam devidos caso lograsse vitória na demanda trabalhista. Contudo, com base na teoria da perda de uma chance, o advogado deveria ter pleiteado indenização pelas chances perdidas em virtude do atraso no envio de sua petição por parte dos correios.

Desta forma, o Ministro Relator não observou que existiam danos patrimoniais a serem indenizados, correspondentes as chances que os correios retiraram do advogado de receber seus honorários ao enviar a petição após o decurso de prazo para interposição de Embargos de Declaração.

No Recurso Especial de n.º 1254141/PR¹⁰⁴, por sua vez, o STJ manifestou-se no sentido de que a indenização não pode corresponder ao valor da vantagem final esperada pela vítima. Tratava-se de perda da chance de cura, na qual o médico havia sido condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a indenização equivalente a morte da vítima, isto é, o médico fora condenado à indenizar o dano final. Em sede de Recurso Especial, o STJ reformou a decisão, frisando que o montante correspondente à condenação deve ser calculado

¹⁰⁴ DIREITO CIVIL. 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. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 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 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.

STJ, 3ª T., Resp. n.º 1254141, Rel. Min. Nancy Andriahi, DJe 20/02/2013.

de maneira proporcional ao dano final experimentado pela vítima. Nas palavras da Ministra Relatora: “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.”¹⁰⁵

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça reduziu o *quantum* indenizatório para 80% (oitenta por cento) do valor ao realizar uma análise probabilística das chances perdidas.

Insta salientar que o STJ, ao reduzir o *quantum* indenizatório, posicionou-se de forma emblemática, aplicando a teoria da perda de uma chance com base nas doutrinas já mencionadas neste estudo.

Além da responsabilidade civil pela perda de uma chance no âmbito privado, a teoria também pode ser aplicada no âmbito público, quando o ente público retira as chances da vítima de obter a vantagem desejada ou de evitar um prejuízo. Ao julgar o Recurso Especial de n.º 1308719/MG¹⁰⁶, muito embora o Relator tenha afastado a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso em comento, este reconheceu a possibilidade da referida teoria ser aplicada também no setor público, em relação à responsabilidade civil do Estado, visto que o Estado também deve proceder à reparação quando, por sua conduta, ocasionar a perda de uma chance do cidadão desfrutar de determinado benefício.

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE EQUIVOCADAMENTE CONCLUIU PELA INACUMULABILIDADE DOS CARGOS JÁ EXERCIDOS. NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HIPÓTESE EM QUE OS CARGOS PÚBLICOS JÁ ESTAVAM OCUPADOS PELOS RECORRENTES. EVENTO CERTO SOBRE O QUAL NÃO RESTA DÚVIDAS. NOVA MENSURAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO. 1. A teoria da perda de uma chance tem sido admitida no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Esta modalidade de reparação do dano tem como fundamento a probabilidade e uma certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Precedente do STJ. 2. Essencialmente, esta construção teórica implica num novo critério de mensuração do dano causado. Isso porque o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que “há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. 3. Esta teoria tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas *stricto sensu*, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é certo que o ente público também está obrigado à

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ STJ, 2ª T., Resp n.º 1308719, Rel. Min.Mauro Campbell Marques, DJe 01/07/2013.

reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício. 4. No caso em tela, conforme excerto retirado do acórdão, o Tribunal a quo entendeu pela aplicação deste fundamento sob o argumento de que a parte ora recorrente perdeu a chance de continuarem exercendo um cargo público tendo em vista a interpretação equivocada por parte da Administração Pública quanto à impossibilidade de acumulação de ambos. 5. Ocorre que o dano sofrido pela parte ora recorrente de ordem material não advém da perda de uma chance. Isso porque, no caso dos autos, os recorrentes já exerciam ambos os cargos de profissionais de saúde de forma regular, sendo este um evento certo sobre o qual não resta dúvidas. 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 em prejuízo de ordem certa e determinada. A questão assim deve continuar sendo analisada sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado, devendo portanto ser redimensionado o dano causado, e, por conseguinte, a extensão da sua reparação. 6. Assim, afastado o fundamento adotado pelo Tribunal a quo para servir de base à conclusão alcançada, e, considerando que a mensuração da extensão do dano é matéria que demanda eminentemente a análise do conjunto fático e probatório constante, devem os autos retornarem ao Tribunal de Justiça a quo a fim de que possa ser arbitrado o valor da indenização nos termos do art. 944 do Código Civil. 7. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta extensão, provido.”

No concerne à hipótese do dano decorrente da chance perdida ser de ordem moral, o Acórdão abaixo converge com o entendimento da Ministra Nancy Andrighi¹⁰⁷ de que a perda de uma chance se aplica tanto aos danos morais quanto danos materiais.

No caso em comento, o advogado impetrou mandado de segurança fora do prazo previsto e sem instruí-lo com os documentos necessários, retirando a possibilidade de sua cliente, aprovada em concurso público, tomar posse no cargo almejado. Deste modo, o Ministro Relator entendeu pela aplicação da perda de uma chance, sendo a chance perdida considerada um dano de cunho moral.

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CONDUCTA OMISSIVA E CULPOSA DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO. DECISÃO MANTIDA. 1. Responsabilidade civil do advogado, diante de conduta omissiva e culposa, pela impetração de mandado de segurança fora do prazo e sem instruí-lo com os documentos necessários, frustrando a possibilidade da cliente, aprovada em concurso público, de ser nomeada ao cargo pretendido. Aplicação da teoria da "perda de uma chance". 2. Valor da indenização por danos morais decorrentes da perda de uma chance que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os objetivos da reparação civil. Inviável o reexame em recurso especial. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ STJ, 3ª T., Resp n.º 1079185, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 04/08/2009.

¹⁰⁸ STJ, 4ª T., Resp n.º 1321606, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 08/05/2013.

Por fim, o Ministro Relator do Recurso Especial de n.º 1104665¹⁰⁹ foi categórico ao definir alguns limites para a aplicação da teoria da perda de uma chance, quais sejam, a atualidade e a certeza do dano em juízo de probabilidade. Assim sendo, a fim de ser configurada hipótese de perda de uma chance, o dano deve ser atual, real e certo, dentro de um juízo de probabilidade que deverá ser feito pelo magistrado ao analisar o caso concreto.

Desta feita, é evidente que a teoria da perda de uma chance é amplamente aplicada em nosso ordenamento jurídico, condicionada à seriedade e realidade das chances perdidas. Ademais, conforme visto anteriormente, a indenização que será recebida pela vítima sempre deverá ter valor inferior à vantagem final esperada, devendo o juiz realizar uma análise probabilística do caso a fim de mensurar o valor correspondente às chances perdidas.

3.3. O caso “Show do Milhão”:

O caso “Show do Milhão”¹¹⁰ foi considerado um caso emblemático na jurisprudência do STJ, em virtude de ter consagrado a aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁹ RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido. STJ, 3ª T., Resp n.º 1104665, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 04/08/2009.

¹¹⁰ 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, 4ª T., Resp n.º 788459, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 13/03/2006.

Trata-se de um caso em que a perda de uma chance fora reconhecida em um programa televisivo da rede SBT, chamado “Show do Milhão”, cujo apresentador era Silvio Santos. Este programa consiste em um jogo de perguntas e respostas de diversos temas, cujo objetivo é chegar até a última pergunta e ganhar um milhão de reais revestidos em barras de ouro. Caso o participante chegue à última pergunta e erre, perderá todo o dinheiro que conquistara até aquele momento. No entanto, se o mesmo desistir de responder a última pergunta, ficará com o prêmio de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

A autora da demanda, Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, participou do aludido programa em 15 de junho de 2000. Após acertar as perguntas, chegou a “pergunta do milhão”, contudo “optou por não respondê-la, por entender que a pergunta, da forma em que fora formulada, não havia como ser respondida. Assim, para não perder os quinhentos mil reais que já havia acumulado, a autora optou por parar.”¹¹¹

A pergunta formulada indagava qual a porcentagem de terras que a Constituição Federal reconhece como de direito dos índios. As opções de resposta eram: 1) 22%; 2) 02%; 3) 04%; e 4) 10%.

A resposta considerada correta pelo programa era a de número 4 (quatro), 10% (dez por cento) do território brasileiro. Ocorre que, de fato, a pergunta formulada não possuía resposta correta, tendo em vista que a Constituição Federal não reserva em seu texto qualquer porcentagem de terras aos indígenas.

Desta forma, Ana Lúcia Serbeto propôs ação indenizatória em face da empresa pertencente ao apresentador Silvio Santos, pleiteando indenização por danos materiais, no valor de R\$ 500.000 (quinhentos mil reais), haja vista a formulação de pergunta sem resposta, impedindo que conquistasse o prêmio máximo de um milhão de reais, bem como requereu indenização por danos morais, em razão de seu sonho de sagrar-se vencedora do programa ter sido frustrado.

Em sede de contestação, a parte ré alegou que havia sim uma resposta correta, uma vez que o artigo 231 da Constituição Federal dispõe que: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” Neste diapasão, segundo argumento contido na defesa da ré, se a autora da demanda soubesse a área do território brasileiro, os termos do artigo

¹¹¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.76.

supramencionado e a quantidade de terras que os indígenas ocupam, lograria êxito em responder a pergunta e ganhar o prêmio de um milhão de reais.

Todavia, adveio a sentença, a qual reconheceu que a Constituição Federal não menciona, em nenhum dispositivo, o percentual de terras pertencente aos índios, não sendo possível responder a “pergunta do milhão”, e que, por tal motivo, a autora viu-se obrigada a desistir do programa e não responder a referida pergunta, a fim de não perder todo o montante que já havia ganhado. Neste sentido, a sentença acolheu o pedido da autora de indenização por danos materiais, condenando a parte ré ao pagamento de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), quantia essa que a autora receberia caso a pergunta formulada tivesse resposta. Em relação aos supostos danos morais sofridos, a sentença julgou improcedente o pedido.

A ré, por sua vez, interpôs Recurso de Apelação, o qual fora negado provimento, mantendo os exatos termos da sentença *a quo*. Inconformada, a ré interpôs Recurso Especial em face do Acórdão proferido, em razão de suposta violação ao artigo 1.059 do Código Civil de 1916, sob alegação de que a chance da autora de responder corretamente a “pergunta do milhão” era de apenas 25% (vinte e cinco por cento), visto que existiam quatro alternativas de resposta.

Desta feita, na eventualidade da manutenção da condenação, a ré requereu que o valor da condenação fosse minorado para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). Tal argumento foi acolhido pelo STJ.

O Ministro Fernando Gonçalves entendeu que se tratava de hipótese de aplicação da teoria da perda de uma chance, dando provimento ao Recurso Especial. Em suas palavras:

“Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à “pergunta do milhão”. Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese, de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais). Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no

momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).”¹¹²

Inicialmente, insta salientar que, como já visto ao longo deste estudo, o montante correspondente à indenização da chance perdida será sempre inferior ao montante que a vítima receberia caso suas chances não tivessem sido perdidas e, por consequência, tivesse obtido a vantagem esperada. Além disso, jamais se teria a certeza de que a autora da demanda acertaria a pergunta apresentada caso a mesma tivesse sido formulada adequadamente. Assim, a indenização jamais poderia ser no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Não restam dúvidas que a conduta da ré causou a perda da oportunidade da autora de ganhar o prêmio máximo oferecido pelo programa “Show do Milhão”. Deste modo, o ilustre Ministro Fernando Gonçalves, ao promover o cálculo das probabilidades de a autora acertar a “pergunta do milhão”, verificou que as chances de a vítima obter a vantagem esperada eram de 25% (vinte e cinco por cento), haja vista que havia quatro alternativas que a autora poderia assinalar.

Sérgio Savi, ao opinar sobre o Acórdão acima exposto, afirmou que os critérios, limites e a forma da aplicação da teoria da perda de uma chance reconhecidos pelo Ministro Relator foram praticamente iguais aos de sua obra, criticando, somente, a questão do limite da aplicação da teoria, posto que seu entendimento é de que somente haverá reparação nos casos em que as chances, a fim de serem consideradas reais e sérias, precisam ser superiores a 50% (cinquenta por cento). Ocorre que no presente caso, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que as chances eram de apenas 25% (vinte e cinco por cento) e mesmo assim houve indenização à vítima. Nas palavras de Savi:

¹¹² STJ, 4ª T., Resp n. ° 788459, Rel. Min.Fernando Gonçalves, DJ 13/03/2006.

“O acórdão é, em nosso sentir, quase impecável e, sem dúvida, merecedor de nossos aplausos pela forma técnica em que elaborado. Os critérios, limites e a forma de aplicação da teoria defendidos neste livro foram acolhidos quase integralmente. O único reparo que entendemos cabível e que implicaria a modificação do julgado, diz com os limites para a aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

Isto porque, conforme anteriormente exposto, entendemos que a chance, para ser considerada séria, real e, portanto, passível de indenização a título de danos materiais, precisa ser superior a 50% (cinquenta por cento). Neste caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o raciocínio dos Ministros que compõem a Quarta Turma foi perfeito. As chances da autora foram adequadamente analisadas no caso concreto. Contudo, mesmo tendo chegado à conclusão que as chances eram de apenas 25% (vinte e cinco por cento), entenderam por indenizar a chance perdida.

Não há como afirmar que o acórdão está equivocado neste ponto. A diferença entre o entendimento esposado pelo STJ no caso do show do milhão e aquele por nós defendido neste livro é, tão somente, em relação ao critério a ser adotado. Há quem entenda, como o Superior Tribunal de Justiça, que a decisão amolda-se perfeitamente à forma de indenização baseada em probabilidades, onde o valor devido será sempre aquele resultante da probabilidade multiplicada pelo valor que obteria em caso de concretização da chance, mesmo naqueles casos em que a probabilidade é inferior a 50% (cinquenta por cento).”¹¹³

Rafael Peteffi da Silva, por sua vez, muito embora reconheça a importância do julgado para a consagração da teoria da perda de uma chance em nosso ordenamento jurídico, entendeu que a indenização deveria ter sido superior a 25% (vinte e cinco por cento):

“O presente Acórdão tem importância cabal, pois ratifica o entendimento do Tribunal com a responsabilidade de dar a última palavra em matéria civil infraconstitucional de aceitação da teoria da perda da chance. Apesar de a decisão ser digna de aplausos, acreditamos que a quantificação do dano poderia sofrer leve majoração. É forçoso admitir que, no caso em tela, qualquer pessoa, mesmo uma criança em tenra idade ou um amental, teria, matematicamente, ao menos 25% de chances de acertar a derradeira pergunta do programa televisivo. Como a vítima havia mostrado, durante o próprio programa, impressionante conhecimento enciclopédico, acreditamos que, mesmo levando em conta o elevado grau de complexidade da “pergunta do milhão”, a indenização deveria ter ficado um pouco acima dos 25% concedidos no julgamento final.”¹¹⁴

Apesar dos argumentos de Savi e Peteffi acerca da fixação do *quantum* indenizatório, cediço que o Acórdão foi emblemático ao reconhecer a aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando os critérios, limites e forma de aplicação e indenização das chances perdidas.

Sendo assim, no presente caso em análise, restou evidente tratar-se da perda da chance de auferir uma vantagem futura, a qual fora retirada ante a atitude de má-fé do programa de

¹¹³ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.80/81.

¹¹⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.204-205.

televisão, que formulou uma pergunta inadequadamente e sem resposta. Diante disso, após a confirmação de se tratarem de chances reais e sérias, houve a reparação da vítima.

3.4. A consolidação da teoria no direito brasileiro:

No direito brasileiro a aplicação da perda de uma chance é mais comum na seara médica e da advocacia. Desta forma, neste último tópico, será feito um breve estudo da responsabilidade civil do médico e do advogado com base na teoria da perda de uma chance, mediante análise da doutrina e jurisprudência.

Os primeiros casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance no Brasil ocorreram no âmbito da medicina. Conforme visto no item 3.2. deste estudo, o primeiro Acórdão¹¹⁵ que mencionou a teoria é da década de 90.

A responsabilidade pela perda de uma chance aos médicos ocorre quando o paciente perde sua chance de cura ou sobrevivência em razão de ação ou omissão do profissional.

Sérgio Cavalieri¹¹⁶ afirma que nestas situações a falta cometida pelo médico consiste em não dar ao paciente todas as chances de cura. Sendo assim, o que se perde é justamente a chance de ser curado. Ademais, aduz que a atividade médica não causa a morte ou a doença do paciente, mas acarreta na impossibilidade de cura da doença.

No que concerne à indenização pela perda da chance de cura ou sobrevivência, Cavalieri dispõe que:

“Pela perda de uma chance os Tribunais têm concedido indenização a título de dano moral, em valor mitigado, pois a chance de sucesso, repita-se, terá sempre valor menor que o próprio sucesso, o que deve refletir no montante da reparação. Também aqui a indenização deverá ser arbitrada pelo juiz de forma equitativa, atentando para o princípio da razoabilidade.”¹¹⁷

Em recente Acórdão¹¹⁸ proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o ilustre Relator do caso reconheceu a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência:

¹¹⁵ TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação n.º 598069996, Rel. Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJe 12/06/1990.

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.413.

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo :Atlas, 2012. p.414.

¹¹⁸TJRJ, 25ª Câmara Cível/Consumidor, Apelação n.º. 0046178-53.2010.8.19.0001, Rel. Desembargador Werson Franco Pereira Rêgo, DJe 21/07/2016.

“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 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.”

O paciente havia passado por um procedimento denominado “broncoscopia” e, logo após o término, foi encaminhado para o CTI (centro de terapia intensiva) e por lá permaneceu monitorado durante um período de pouco mais de duas horas. O mesmo recebeu alta para o quarto e quando deu entrada já apresentava o quadro de dispneia.

Apesar desta complicação no quadro de saúde do paciente, o mesmo permaneceu no quarto do hospital sem o devido monitoramento. Por conseguinte, cerca de duas horas depois o doente apresentou quadro de sudorese, cianose e hipoglicemia. Desta maneira, foi realizado o exame de eletrocardiograma sendo constatada a necessidade de retorno do paciente ao CTI. O quadro evoluiu para uma parada cardiorrespiratória, a qual ocasionou o óbito.

A perícia constatou que a equipe médica não realizou alguns procedimentos necessários, tais como o chamado “risco cirúrgico” e a necessidade do paciente permanecer no CTI por, no mínimo, 24 (vinte e quatro) horas.

Nesta conjuntura, o Relator concluiu pela aplicação da teoria da perda de uma chance, haja vista que o quadro de saúde do paciente era grave e que se o mesmo tivesse permanecido no CTI devidamente monitorado, todas as medidas necessárias para que o óbito fosse evitado teriam sido realizadas com maior rapidez. Importante destacar parte do voto do Relator:

“(…) Jamais se saberá o que poderia ocorrer com o paciente, caso tivesse tido o tratamento ágil e eficaz. Sabe-se, entretanto, que perdeu a oportunidade de ser atendido adequadamente.
E dúvida não há que se configuraram os danos morais no caso concreto, pois, por certo os autores viram o ente querido perder a chance de receber tratamento adequado e sobreviver.

A verba compensatória dos danos morais, no caso concreto, deve cumprir importante função punitivo-pedagógica, mormente porque a área de saúde é a que mais apresenta resultados negativos em termos de atendimento ao consumidor. Trata-se de área eminentemente técnica, cujos normativos e procedimentos adequados não podem ser desconhecidos e/ou negligenciados por seus operadores. Os danos daí advindos podem ser gravíssimos e de difícil reparação. (...)”¹¹⁹

Isto posto, no caso em comento foi reconhecida a aplicação da perda de uma chance de cura ou sobrevivência em virtude da negligência médica ao não realizar alguns exames antes da realização do procedimento de broncoscopia, assim como a precoce alta que o paciente teve para o quarto, visto tratar-se de quadro de saúde grave, permanecendo sem monitoramento adequado e vindo a óbito. Os autores da demanda, esposa e filhos do paciente, receberam indenização por danos morais, pois viram o mesmo perder a chance de receber o tratamento adequado e sobreviver.¹²⁰

No Recurso de Apelação de n.º 0027959-56.2005.8.19.0004¹²¹ também fora reconhecida a aplicação da perda de uma chance de sobrevivência. Neste caso, a filha do autor apresentou complicações após o parto e não fora providenciada a internação da mesma em UTI (unidade de tratamento intensivo) neonatal, não recebendo o tratamento adequado.

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. REALIZAÇÃO DE PARTO. ESTADO DE SAÚDE DELICADO DE RECÉM-NASCIDA. INTERNAÇÃO EM UTI NEONATAL NÃO PROVIDENCIADA. FALECIMENTO DA MENOR. DEMONSTRADA A PERDA DE CHANCE DE SOBREVIVÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. DANO MORAL CONFIGURADO. Conforme se denota nos autos, nasceu a filha do Autor no hospital Réu banhada em “mecômio”, recebendo medicação e, com a piora do seu estado de saúde, veio a falecer, constando como causa da morte “pneumonia por bronco aspiração”. Não

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Neste sentido é o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. DANO EM RICOCHETE. DEMORA NA TRANSFERÊNCIA DE PACIENTE PARA UTI PEDIÁTRICA EQUIPADA PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DO CASO. VÍTIMA QUE VEM A FALECER. NO MÉRITO, HÁ RESPONSABILIDADE DA APELANTE, CONSOANTE ASSEVEROU O LAUDO PERICIAL, AO MENOS PELA PERDA DA CHANCE DE CURA. DANOS MORAIS RAZOAVELMENTE ARBITRADOS EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS). PRECEDENTES DO EG. TJRJ. 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. (...)” (AgRg no AREsp 553104 / RS- Min. Rel. Marco Buzzi- Quarta Turma- Julgado em: 01/12/2015); 2. “A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação. ” (Enunciado sumular nº 343 do Eg. TJRJ); 3. In casu, o laudo pericial é assertivo ao concluir que houve, pelo menos, a perda de uma chance de cura. Daí a indenização de danos morais em ricochete arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mostrar-se adequada à luz do método bifásico. Julgados deste Eg. TJRJ; 4. Recursos desprovidos.

TJ RJ, 25ª Câmara Cível/Consumidor, Apelação n.º. 0005676-93.2011.8.19.0209, Rel. Desembargador Luiz Fernando de Andrade Pinto, DJe 29/07/2016.

¹²¹ TJ RJ, 26ª Câmara Cível/Consumidor, Apelação n.º. 0027959-56.2005.8.19.0004, Rel. Desembargadora Elisabete Filizolla, DJ 30/01/2012.

restou demonstrada qualquer responsabilidade do demandado pela existência de “mecômio” na recém nascida, inexistindo indício de que o fato tenha sido propiciado por eventual mau atendimento hospitalar à gestante e/ou à criança. Todavia, os prontuários médicos denotam que, apesar do estado de saúde delicado da recém-nascida, esta não recebeu atendimento em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), vindo a falecer, apenas, 24 horas depois do seu nascimento. Descabido entender que o hospital Recorrente tenha se utilizado de todas as medidas imprescindíveis à melhora do quadro da paciente, não só por fax, mas também por outros documentos comprovando empenho necessário à implementação urgente do melhor tratamento à criança, no caso, internação em unidade de terapia intensiva (UTI), onde seria assegurado à menor melhores recursos para o suporte ininterrupto às suas funções vitais, 24 horas por dia. Não há como atribuir, exclusivamente, ao hospital, ora Apelante, a responsabilidade pelo falecimento da filha do Autor, sendo inegável, todavia, que, com sua conduta, conforme confirmado pelo perito médico, diminuiu a chance de sobrevivência da filha do Autor, que veio a falecer, fato que, inquestionavelmente, causou profunda dor e angústia ao demandante. A prova do dano, nestas hipóteses, está no próprio fato que o ensejou; ou seja, está ínsita ao próprio evento danoso. Levando-se em conta em observância aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação do enriquecimento e considerando as circunstâncias fáticas e peculiares da presente lide e o enorme sofrimento pelo Autor experimentado, mostra-se correto o quantum indenizatório a título de danos morais no valor de R\$ 50.000,00.”

Insta salientar que não há como afirmar que se a vítima tivesse recebido o tratamento específico adequado teria sobrevivido. Contudo, é inegável que a conduta da equipe médica reduziu as chances de sobrevivência da recém-nascida, que veio a óbito. Desta forma, o pai da vítima recebeu indenização por danos morais, em razão da perda de oportunidade de sobrevivência de sua filha.

O já mencionado Recurso Especial de n.º 12544141/PR¹²² no item 3.2. desta monografia traz a hipóteses de perda de uma chance de cura ou sobrevivência diante da ocorrência de erro médico. A Ministra Relatora Nancy Andrichi, afirmou que o procedimento e tratamento adotados pelos médicos não foram adequados. Ademais, o acompanhamento pós-cirúrgico da vítima foi realizado com imperícia. Nesta toada, a Relatora concluiu que, caso os procedimentos adotados fossem os apontados pela perícia, as chances de cura ou sobrevivência da vítima seriam maiores. Destaca-se importante trecho do voto da Relatora:

“Disso decorre que o pedido de dano moral formulado e deferido pelo TJ/PR teve como causa de pedir a imperícia médica que resultou numa verdadeira 'via crucis' para a vítima, especialmente no período de aparecimento da metástase e a sua morte. Há, portanto, a frustração de uma chance e a obrigação de indenizá-la.”¹²³

¹²² STJ, 3ª T., Resp n.º 1254141, Rel. Min.Nancy Andrichi, DJe 20/02/2013.

¹²³ Idem.

Após a análise dos julgados, resta evidente que a perda de uma chance de cura ou sobrevivência vem sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, estando consolidados seus pressupostos de verificação e aplicação, quais sejam, chances sérias e reais e ação ou omissão do médico para a ocorrência da morte ou perda da oportunidade da vítima ser curada.

Em relação à responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance esta é configurada, normalmente, quando o profissional perde o prazo para interpor o recurso, quando não promove o recolhimento das custas processuais pertinentes no prazo de interposição do recurso, quando o advogado não propõe ação rescisória cabível dentro do prazo prescricional de dois anos, entre outros.

Todavia, vale ressaltar que “a simples comprovação da falha do advogado não é suficiente para a concessão da reparação, sendo necessária a prova da seriedade das chances perdidas.”¹²⁴

No Recurso Especial de nº 993936/RJ¹²⁵ o cliente do advogado ajuizou ação indenizatória alegando que seu patrono perdera o prazo para interposição de Recurso, ocasionando prejuízos de ordem material e moral. O Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, afirmou ser difícil verificar o vínculo existente entre a negligência do advogado e a diminuição do patrimônio da vítima:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE. 1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes. 3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida. 4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade

¹²⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.167.

¹²⁵ STJ, 4ª T., Resp n.º 993936, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23/04/2012.

do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se deduz da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior. 5. Recurso especial não provido.”

Ora, o fato do advogado ter perdido o prazo para interpor o aludido Recurso não enseja a reparação automática da vítima, visto que deve ser realizada uma análise das reais possibilidades de êxito da mesma na eventualidade de o Recurso ter sido interposto dentro do prazo previsto pela legislação.

Nesta lógica, o Relator verificou que mesmo que houvesse a interposição do Recurso no prazo previsto, este não seria apreciado pelo STJ, uma vez que ensejaria a aplicação da Súmula 7¹²⁶ do referido Tribunal, sendo vedado o reexame de matéria fática neste Tribunal. Deste modo, independente da tempestividade do Recurso, este sequer seria admitido, razão pela qual não restou configurada a perda de uma chance.

No que concerne à reparação da vítima que foi privada de ver a sentença de seu processo reformada ante a negligência de seu patrono, é o entendimento de Sérgio Cavaliéri Filho:

“No caso do advogado que perde o prazo para recorrer de uma sentença, por exemplo, a indenização não será pelo benefício que o cliente do advogado teria auferido com a vitória da causa, mas pelo fato de ter perdido essa chance; não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar. O que deve ser objeto da indenização, repita-se, é a perda da possibilidade de ver o recurso apreciado e julgado pelo Tribunal.”¹²⁷

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, reconheceu a configuração da perda de uma chance diante da negligência do advogado da parte em interpor o Recurso cabível no prazo previsto em lei e sem prepará-lo corretamente ao não recolher as custas processuais pertinentes. Diante desta conduta negligente, o advogado retirou as chances de seu cliente de ver seu pedido novamente analisado e, conseqüentemente, ocorrer a possível reforma da sentença. Conforme já exposto diversas vezes neste estudo, para ser configurada a perda de uma chance com a conseqüente reparação, as chances devem ser sérias e reais. Neste sentido, o Acórdão abaixo apenas deixou de mencionar este pressuposto de forma clara:

¹²⁶ Súmula 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.82.

“INDENIZATÓRIA. SERVIÇOS PRESTADOS. ADVOGADO. NEGLIGÊNCIA. PERDA DA CHANCE. Ação indenizatória dirigida em face de advogado em relação ao qual se imputa negligência, pela perda da chance de recorrer. Sentença de procedência. 1-Prejudiciais de mérito Prescrição - O prazo é decenal, na falta de outro específico, conforme (REsp 1.150.711-MG), com termo inicial da data da publicação da decisão judicial que não recebeu o apelo naquela ação, ocasião em que ocorreu o trânsito. Ilegitimidade ativa e passiva - Foram os autores aqueles que tiveram o patrimônio atingido pela decisão judicial de desconsideração da personalidade jurídica da empresa da qual são sócios, o que lhes confere legitimidade ativa para propor esta demanda. No que se refere a ilegitimidade passiva, verifica-se que o réu possuía procuração para defender os interesses da pessoa jurídica e nessa condição intervinha nos autos da ação distribuída por aquela pessoa jurídica em face de Telerj Celular SA . Rejeição de todas as prejudiciais de mérito. 2-Mérito. Na avaliação dos atos de advogados em relação aos quais se imputa negligência, o que se considera é a perda da chance de ver apreciada ou reapreciada pelo Judiciário a situação jurídica litigiosa, pouco importando se a demanda está fadada ao insucesso, salvo uma situação de extrema notoriedade quanto ao insucesso da pretensão deduzida. Todavia, esta não é a hipótese presente, pois neste feito o causídico recorreu e se o fez foi porque acreditava ter chance de reverter o resultado do julgamento que não foi benéfico aos seus clientes, autores. Acontece que ao fazê-lo, não preparou o recurso e o fez intempestivamente. Nestas situações se concentram as falhas. Para recorrer há necessidade do preparo, sob pena de deserção. Também há necessidade que se o faça a tempo, no prazo. A não observância destas diretrizes demonstra negligência do profissional. É nisto que reside a falha na prestação do serviço e que retirou dos autores a chance de ver reapreciado pelo Judiciário seus pedidos. Sentença correta, com fixação apenas de verba compensatória. Desprovimento de ambos os recursos.”¹²⁸

Após esta análise da doutrina e jurisprudência no âmbito médico e da advocacia, pode-se verificar que a teoria da perda de uma chance vem sendo aplicada reiteradamente, sem haver, até o momento, dispositivo legal positivando sua aplicação. Além disso, pode-se perceber, ainda, que nestas áreas mencionadas a teoria já está consolidada, obtendo maior destaque em manuais, julgados, revistas jurídicas, entre outros.

¹²⁸ TJRJ, 15ª Câmara Cível, Apelação n.º. 0089248-23.2010.8.19.0001, Rel. Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo, DJe 21/08/2013.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil tem por objetivo a reparação do dano injusto sofrido pela vítima. Atualmente, a jurisprudência brasileira, com fulcro na solidariedade social, tem preconizado por não deixar as vítimas de danos civis sem reparação.

Deste modo, a técnica de reparação das chances perdidas está de acordo com a nova vertente da responsabilidade civil, uma vez que há proteção aos interesses aleatórios, buscando, sempre, a reparação da chance que fora perdida, haja a vista as probabilidades de ocorrência do evento esperado pela vítima. Sendo assim, repara-se aquilo que não há certeza sobre sua ocorrência, mas que, em razão de existirem probabilidades de que o evento ocorresse, as chances da vítima que foram retiradas devem ser indenizadas.

Consoante visto no primeiro capítulo, os pressupostos da responsabilidade civil consistem na conduta (ação ou omissão do agente), nexos de causalidade e dano. No que concerne à perda de uma chance, os mesmos elementos estão presentes, havendo nexos de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano procedente da chance perdida.

Além dos pressupostos comuns da responsabilidade civil, para que haja reparação das chances perdidas, estas devem ser consideradas sérias e reais, ou seja, meras expectativas não são passíveis de indenização. Conforme analisado no terceiro capítulo, a jurisprudência brasileira vem destacando desde o início da aplicação da teoria no direito brasileiro a importância da verificação da seriedade e realidade das chances diante do caso concreto.

Ademais, ante a impossibilidade de se afirmar como a vítima estaria sem a ocorrência do evento danoso, a técnica de reparação usada terá como base o passado, ou seja, a situação na qual a vítima se encontrava antes do evento, visto que ela não poderia ser reposicionada na situação em que se encontraria caso não houvesse intervenção do agente no processo aleatório. Desta forma, a vítima retornará ao *status quo ante*, sendo recolocada na situação em que se encontrava antes do dano ocorrer.

Uma das problemáticas acerca da aplicação da teoria relaciona-se com a natureza jurídica do dano decorrente da chance perdida. Inicialmente, deve-se examinar o dano tendo por base a situação na qual a vítima se encontra após evento danoso e verificar como seria sua situação caso o agente não tivesse praticado determinada conduta que originou o dano.

A chance deve ser vista como um patrimônio que fora perdido. Logo, aquela oportunidade fora perdida em consequência da configuração de um evento danoso, devendo a reparação ser equivalente à chance perdida. Deste modo, em razão do prejuízo sofrido, a

chance perdida é classificada como um dano emergente. Como visto na análise jurisprudencial realizada neste estudo, alguns desembargadores em seus votos consideraram as chances perdidas como sendo uma terceira modalidade de dano, intermediário ao dano emergente e ao lucro cessante.

Além disso, ficou demonstrado que, muitas vezes, as chances perdidas serão classificadas como danos morais, haja vista a configuração de danos aos direitos da personalidade.

Concluiu-se, então, com base no entendimento do STJ, que as chances perdidas podem ser tanto de ordem material quanto moral, podendo, inclusive, ocorrer reparação da chance perdida em danos material e moral ao mesmo tempo.

Outra questão controvertida abordada neste estudo relaciona-se com a necessidade de se fixar percentual mínimo de chances do resultado final acontecer para ensejar a reparação pela chance perdida. De acordo com a posição de Sérgio Savi analisada, somente seria cabível aplicar a teoria da perda de uma chance nos casos em que a probabilidade de auferir a vantagem desejada ou de evitar o prejuízo fosse superior a 50% (cinquenta por cento).

Contudo, diante da pesquisa jurisprudencial e doutrinária realizada, concluiu-se não ser coerente fixar um percentual mínimo para haver reparação, posto que a vítima pode ter perdido menos de 50% (cinquenta por cento) de chances de obter o resultado almejado e haver razoável grau de certeza acerca destas chances. Sendo assim, somente mediante análise do caso concreto é que se poderá verificar se as chances eram, de fato, sérias e reais.

Insta salientar que a indenização concedida à vítima sempre irá reparar integralmente as chances que foram perdidas, uma vez que estas são classificadas como um dano autônomo e independente em relação ao resultado final esperado, que consiste na vantagem esperada que fora perdida.

Verificou-se que a teoria da perda de uma chance não está positivada em nosso ordenamento jurídico, no entanto, apesar disto, ela é aplicada sem impedimentos e dificuldades, sendo amplamente aceita no direito brasileiro e consolidada nos Tribunais, representando um verdadeiro avanço da responsabilidade civil ao reparar interesses aleatórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Enunciado n.º 444 da V Jornada de Direito Civil.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 413, p. 361-378, jan./jun.2011.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 23, p. 29-46, jul./set.2005.

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

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *A responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais*. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-por-rafael-peteffi-da-silva>> Acesso em 25 de março de 2017.

STJ, 4ª T., Resp n.º 788459, Rel. Min.Fernando Gonçalves, DJ 13/03/2006.

STJ, 3ª T., Resp n.º 1079185, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 04/08/2009.

STJ, 3ª T., Resp n.º 1079185, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 04/08/2009.

STJ, 3ª T., Resp n.º 1104665, Rel. Min.Massami Uyeda, DJe 04/08/2009.

STJ, 3ª T., Resp n.º 1254141, Rel. Min.Nancy Andrighi, DJe 20/02/2013.

STJ, 4ª T., Resp n.º 1007692, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 17/08/2010.

STJ, 4ª T., Resp n.º 1190180, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 22/11/2010.

STJ, 4ª T., Resp n.º 1154737, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 07/02/2011.

STJ, 4ª T., Resp n.º 993936, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23/04/2012.

STJ, 4ª T., Resp n.º 1210732, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15/03/2013.

STJ, 4ª T., Resp n.º 1321606, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 08/05/2013.

STJ, 2ª T., Resp n.º 1308719, Rel. Min.Mauro Campbell Marques, DJe 01/07/2013.

STJ, 1ª T., AgRg no Resp n.º 1212322, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 10/06/2014.

TJRJ, 26ª Câmara Cível/Consumidor, Apelação n.º 0027959-56.2005.8.19.0004, Rel. Desembargadora Elisabete Filizolla, DJ 30/01/2012.

TJRJ, 15ª Câmara Cível, Apelação n.º 0089248-23.2010.8.19.0001, Rel. Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo, DJe 21/08/2013.

TJRJ, 24ª Câmara Cível, Apelação n.º 0017940-50.2013.8.19.0023, Rel. Desembargador Wilson do Nascimento Reis, DJe 01/12/2015.

TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação n.º 0387167-91.2011.8.19.0001, Rel. Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, DJe 24/06/2016.

TJRJ, 25ª Câmara Cível/Consumidor, Apelação n.º 0046178-53.2010.8.19.0001, Rel. Desembargador Werson Franco Pereira Rêgo, DJe 21/07/2016.

TJRJ, 25ª Câmara Cível/Consumidor, Apelação n.º 0005676-93.2011.8.19.0209, Rel. Desembargador Luiz Fernando de Andrade Pinto, DJe 29/07/2016.

TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação n.º 598069996, Rel. Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJe 12/06/1990.

TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação n.º 591064837, Rel. Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJe 29/08/1991.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.