GABRIELA VILLARINHO CHAVES

DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Francisco dos Santos Amaral Neto

RIO DE JANEIRO

2008

Chaves, Gabriela Villarinho.

Da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance/ Gabriela Villarinho Chaves. – 2008.

73 f.

Orientador: Francisco dos Santos Amaral Neto

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 72-73.

1. Direito Privado - Monografias. 2. Responsabilidade Civil. 3. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance I. Chaves, Gabriela Villarinho. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance.

CDD 342.151

GABRIELA VILLARINHO CHAVES

DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ _____

Banca Examinadora:

_____

Prof. Francisco dos Santos Amaral Neto – Orientador

_____

_____

"Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres". (Rui Barbosa)

RESUMO

CHAVES, Gabriela Villarinho. **Da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance.** 2008. 73f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Este trabalho intitulado trata da Teoria da Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance, que, ao que tudo indica, teria origem na França, tendo mais tarde sido acolhida pelo Ordenamento Jurídico Italiano. A Teoria reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. Tem como característica principal reconhecer a existência de uma nova categoria de dano indenizável, um dano autônomo consistente na oportunidade perdida, o qual independe do resultado final. Atribui-se um valor econômico, à probabilidade de obter um lucro, sem que jamais se saiba se aquela probabilidade efetivamente se verificaria no caso concreto, pois um fato interrompe o curso normal dos acontecimentos antes que se pudesse constatar a concretização do resultado. Apesar de difícil mensuração, é incontestável que no momento de sua perda, a chance possuía um valor, sobre o qual o aplicador do direito deverá efetuar um balanço das perspectivas, obtendo, do saldo resultante, a proporção do ressarcimento. A dificuldade quanto à determinação do *quantum* indenizatório não é um motivo plausível para que seja negada a indenização. Nesse contexto, corresponde, a teoria, a um novo instituto, sendo de extrema importância seu conhecimento por todos, para que as oportunidades perdidas sejam de fato tuteladas juridicamente em prol da manutenção da paz social.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil; Indenização; Dano autônomo; Perda de uma Chance.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO..... 7
2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... 10
2.1 Da responsabilidade civil e penal..... 11
2.2 Da responsabilidade contratual e extracontratual..... 11
2.3 Da responsabilidade objetiva e subjetiva..... 12
2.4 Do novo paradigma da responsabilidade civil..... 13
3. DA ORIGEM DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE..... 16
4. DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO PÁTRIO..... 22
4.1 Do *quantum debeatur*..... 25
4.2 Da posição jurisprudencial - naturezas atribuídas ao dano da perda da chance..... 26
4.2.1 Da perda de uma chance como modalidade de dano moral..... **27**
4.2.2 Da perda de uma chance como mera possibilidade..... **29**
4.2.3 Da responsabilidade civil pela perda de uma chance X lucros cessantes..... **31**
4.2.4 Da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Supremo Tribunal de Justiça..... **34**
5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA FASE PRÉ –CONTRATUAL..... 40
5.1 Dos efeitos da ruptura das negociações preliminares..... 42
5.2 Da perda de uma chance..... 42
6. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS..... 45
6.1 Da responsabilidade civil pela perda de uma chance do advogado..... 47
6.2 Da jurisprudência..... 49
7. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO..... 56
7.1 Da responsabilidade civil pela perda de uma chance do médico..... 60
7.2 Da jurisprudência..... 63
8. DA ADMISSÃO DAS INDENIZAÇÕES DAS CHANCES PERDIDAS..... 68
9. CONCLUSÃO..... 70
REFERÊNCIAS..... 72

1. INTRODUÇÃO

Não é inoportuno evidenciar a grande relevância da Responsabilidade Civil, uma vez que em todas as esferas de atuação social, as premissas atinentes ao dever de indenizar se mostram presentes. Não só como forma de reposição das perdas, mas também como elemento desestimulante de novos danos.

Nesse sentido, o tema da *Responsabilidade Civil Por perda de Uma Chance*, por hora desenvolvido, foi escolhido por sua relevância social, e pela singularidade e contemporaneidade de seus conceitos, que se encontram em crescente utilização no ordenamento jurídico nacional.

Ao que tudo indica, a origem de tal Teoria é Francesa, tendo sido desenvolvida com base na jurisprudência da Corte de Cassação daquele país e mais tarde também acolhida pelo Ordenamento Jurídico Italiano.

A Teoria da Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. Tal Teoria tem como característica principal reconhecer a existência de uma nova categoria de dano indenizável, um dano autônomo consistente na oportunidade (ou chance) perdida, o qual independe do resultado final.

Atribui-se um valor econômico, à probabilidade de obter um lucro, sem que jamais se saiba se aquela probabilidade efetivamente se verificaria no caso concreto, pois um fato interrompe o curso normal dos acontecimentos antes que se possa constatar a concretização daquela oportunidade.

Ressalta-se, contudo, que ao contrario do que se possa concluir de imediato, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela possibilidade séria e real de conseguir esta vantagem. Para tanto mister se faz a distinção entre o resultado perdido e a chance de consegui-lo.

Exemplo clássico da Teoria, em análise, refere-se ao advogado que perde o prazo para a interposição de recurso de apelação contra sentença contrária aos interesses de seu cliente, fazendo com que seu constituinte perca a chance de ver o seu direito reconhecido pela instância superior.

Ora, não há como se afirmar que se tivesse sido tempestivamente interposto, o recurso seria provido para reformar a decisão, contudo, diante do caso concreto, é possível analisar quais eram as reais chances de provimento do referido recurso, sendo possível, portanto a verificação se a chance perdida era séria e real e, desta forma, reconhecer ou não a possibilidade de indenização da perda desta oportunidade de vitória na ação judicial.

No tangente a forma pela qual a teoria vem sendo aplicada no Brasil, tem-se que dificilmente os tribunais brasileiros deixam de reconhecer a existência de um dano indenizável, porém, é total a falta de uniformidade dos conceitos. Ora enquadram o dano por

perda de uma chance como uma espécie de dano moral, ora como lucro cessante, raramente aplicam a teoria como fora idealizada originariamente.

Além de tal diversidade de conceitos, outro grande problema enfrentado pelos juristas em relação à Teoria da Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance, consiste na quantificação da indenização, a qual deverá ser feita de forma eqüitativa pelo juiz do caso concreto. Sendo certo que na maioria dos casos será uma tarefa difícil determinar o valor da chance perdida, não sendo este, um motivo plausível para que seja negada a indenização nestes casos.

Neste diapasão existem determinadas premissas a serem observadas quando da fixação da indenização pela perda de uma chance. Uma delas consiste no fato de que no momento de sua perda, a chance possui um valor, que apesar de difícil mensuração, é incontestável. A outra premissa refere-se à impossibilidade de se dar ao valor de tal indenização, o mesmo valor do beneficio que a vitima obteria se não tivesse perdido a chance, por não haver certeza acerca do resultado.

Assim, o aplicador do direito deverá efetuar um balanço das perspectivas a favor e contra e, do saldo resultante, se obterá a proporção do ressarcimento. Desta forma a quantificação da sanção do lesante, considerando as circunstancias fáticas e jurídicas do caso, deve ser proporcional à intensidade da falta e ao valor do prejuízo causado pela perda de uma chance, da oportunidade ou da probabilidade de obtenção de vantagem ou sucesso em fato já consumado.

É de se ressaltar que diante da contemporaneidade do tema em análise, será necessária minuciosa apresentação dos temas envolvidos, o que se fará a partir de uma pesquisa qualitativa, baseada em análises bibliográficas e documentais cujas fontes, em sua maioria são os livros, revistas jurídicas que abordam o assunto, artigos e textos disponíveis na *Internet,* além de pesquisas jurisprudenciais para exame casuístico.

Nesse sentido, este estudo demonstrará inicialmente, os aspectos gerais desta teoria, apresentando concomitantemente sua origem, mais especificamente em relação às experiências francesa e italiana.

Após tal analise, o mesmo nos remeterá às diferenciações pertinentes quanto a natureza da responsabilidade Civil por perda de uma Chance, no que concerne aos danos envolvidos.

Posteriormente, apresentar-se-á o posicionamento doutrinário nacional, com a proposição da forma mais acertada de utilização da teoria, ao fim de tal demonstração.

Serão indicados, ainda, alguns campos de atuação do tema, relativos às fases das tratativas contratuais, bem como, a atuação profissional do advogado e do médico.

A jurisprudência nacional, também fará parte do presente estudo, para que sejam consubstanciadas as diferentes formas de aplicação da teoria, e suas hipóteses de atuação.

O estudo procurará, por fim, demonstrar as razões que justificam a aceitação e aplicação da teoria em nosso ordenamento jurídico.

Salienta-se, por todo o exposto, que a responsabilidade civil evolui com a sociedade, e traz sempre consigo melhores institutos que efetivamente têm garantido o direito à reposição das perdas. A Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance, nesse contexto, corresponde a um novo instituto o qual reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo, sendo de extrema importância seu conhecimento por todos, para que as oportunidades perdidas sejam de fato tuteladas juridicamente.

Eis ai a relevância da Responsabilidade Civil por perda de uma Chance como instrumento da manutenção da paz social pela atribuição de um valor econômico às possibilidades sérias e reais que por ventura são perdidas por dano de outrem.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É no cotidiano da sociedade, no dia a dia do homem comum, que encontramos as razões para a manutenção do Direito. A esta ciência cumpre delimitar até onde pode caminhar o interesse do indivíduo sem chocar-se com o do grupo social.

Neste diapasão, o Direito não deve jamais estar alheio aos anseios e transformações que a sociedade impõe à si mesma, pois sua principal função é encontrar respostas para as

dúvidas que surgem com os relacionamentos dentro da coletividade, uma vez que este grupo social encontra-se em constante evolução, em um constante desdobramento de estruturas, interesses pessoais, riquezas patrimoniais, obrigações e direitos.

Assim, foi na tentativa de assegurar e tutelar este regular desenvolvimento dos atos jurídicos, que nasceu a figura e a noção conceitual de responsabilidade civil, nascendo assim, a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância que a justifique.

Tal responsabilidade encontra seu fundamento no princípio milenar de que "deve reparar o dano aquele que causá-lo" [1], pois ameaçada restaria a segurança social se permanecessem impunes aqueles que, com culpa ou dolo, viessem a causar danos ao patrimônio ou a integridade física ou moral de terceiros, sem por isso serem responsabilizados.

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça, pois há uma necessidade fundamental de se estabelecer o equilíbrio antes existente, em outras palavras, procura-se colocar o prejudicado no *status quo ante*.

Nesse sentido, tudo quanto for possível deve ser devolvido à vitima, o que se faz através de uma indenização fixada na proporção do dano causado. Ressaltando-se, como bem observado por Daniel Pizzaro, que indenizar pela metade é responsabilizar a vitima pelo resto, é impor que a mesma suporte parte dos prejuízos sofridos.

2.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

Quanto a sua natureza a responsabilidade pode ser civil ou penal. E embora em ambas se encontre uma infração a um dever por parte do agente, existem sensíveis diferenças entre elas.

No caso da responsabilidade civil tem-se como interesse principal lesado, o interesse privado, razão pela qual a indenização só poderá ser solicitada pelo prejudicado, se assim entender necessário.

---

[1] *Rui Stoco,* Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1997, 3a ed, pg. 50.*

Na responsabilidade penal, por outro lado, o agente infringe uma norma de direito público e seu comportamento de alguma forma produz efeitos em toda coletividade.

Em outras palavras, considerar-se-á uma ilicitude como penal ou civil tendo-se como parâmetro a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. Assim, no caso do ilícito penal, o agente estará infringindo uma norma penal, de Direito Público; e no ilícito civil, a norma violada será aquela de Direito Privado.

Ressalta-se, contudo que tal separação entre uma e outra ilicitude atende apenas a critérios discricionários, podendo uma mesma conduta incidir simultaneamente em violação à lei civil e à lei penal.

2.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

De acordo com a qualidade da violação, a doutrina dividi a responsabilidade civil em contratual e extracontratual; assim, se pré-existe um vinculo obrigacional e o dever de indenizar advém de seu inadimplemento temos a responsabilidade contratual, contudo se esse dever surge em virtude de direito subjetivo, sem que haja relação jurídica anterior entre os envolvidos, temos a responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana.

Assim, na responsabilidade contratual tem-se uma responsabilidade derivada de um contrato e por isso, a indenização desta é um substitutivo da prestação contratada. Já na responsabilidade extracontratual ter-se-á uma responsabilidade derivada de uma transgressão de um dever jurídico imposto por lei.

2.3 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

MARIA HELENA DINIZ[2], explica que responsabilidade Civil é "a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar - dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele guarda (responsabilidade subjetiva) ou ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)".

---

[2] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil. *São Paulo: Editora Saraiva, 1984. v. 7. p.32*

Após tais considerações, mister se faz observar que Responsabilidade Civil quanto ao seu fundamento segue duas correntes distintas, uma de caráter subjetivo e a outra de caráter objetivo. Pela primeira, tem-se a indenização do dano moral ou patrimonial decorrente de inadimplemento culposo, e na segunda tem-se a indenização em situações para as quais é a lei que impõe tal reparação, independente de culpa.

A noção de culpa está diretamente ligada à responsabilidade, uma vez que em regra ninguém pode merecer censura sem que tenha faltado com dever de cautela em sua conduta. Por isso, é a culpa, pela teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Tal teoria exige que o prejudicado prove além do dano, a infração ao dever legal, o nexo de causalidade, e a existência da culpa do sujeito passivo da relação jurídica.

Contudo, verifica-se, que nem sempre o lesado consegue provar esses elementos e em conseqüência, a vítima remanesce não indenizada. Desta forma, a responsabilidade civil fundada na culpa tradicional acaba por não dar solução segura a inúmeros casos.

Nesta conotação, a responsabilidade, segundo a corrente objetivista surge com viés distinto, ao impor que todo prejuízo seja atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente do mesmo ter ou não agido com culpa.

Desta forma, na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, porque desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, independente deste último ter agido ou não culposamente.

2.4 DO NOVO PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Não há como não reconhecer, nos tempos modernos, a inegável importância prática e teórica alcançada pela Responsabilidade Civil.

Embora tal instituto, em tempos remotos, se limitasse ao campo dos interesses privados, em razão de uma evolução continua, acabou por se expandir por diversas searas,

como o direito público e privado, contratual e extracontratual, aéreo e terrestre, individual e coletivo, social e ambiental, nacional e internacional, dentre outros.

No mesmo sentido, o solidarismo como um dos pilares da República, presente no art. 3º, inciso I da Constituição Pátria, bem como, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático, observado no art. 1º do mesmo diploma, respaldam uma nova concepção do instituto da responsabilidade civil, que não mais corresponde ao individualismo típico do Estado Liberal, mas sim, com um sistema solidarista da reparação de danos.

Esses novos contornos, não poderiam deixar de influenciar e até mesmo ampliar, de forma significativa, o conceito de dano reparável.

Como bem salienta, Nancy Levit[3], até então eram compensados apenas os danos diretos e tangíveis, atualmente, a dinamicidade da vida moderna fez surgir a necessidade de se repararem aqueles danos que abrangem causas intangíveis e emocionais.

Nesse sentido, as quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha , passaram a ser considerados plenamente reparáveis.

Frente a esta perspectiva de modificação e evolução dos conceitos clássicos de responsabilidade civil, ainda pouco estudados, se comparados aos conceitos tradicionais, observa-se que a teoria da perda de uma chance apresenta fértil campo de pesquisa em expansão.

Tal expansão se deve ao fato de que, além de apresentar um caráter discutível quanto a sua natureza jurídica – ora se manifestando como causalidade parcial, ora como presunção de causalidade, e ainda como ampliação do conceito de dano reparável -, as perdas das chances estão cada vez mais presentes no cotidiano dos indivíduos que apresentam diversas situações probabilísticas dependentes de certa álea, como a possibilidade de se conseguir um emprego, ganhar uma partida de tênis, lucrar em um negócio, entre outros.

Observa-se assim, que o eixo da responsabilidade civil deixou de considerar como principal aspiração, a condenação de um agente culpado, passando a objetivar precipuamente a reparação da vítima prejudicada. Trata-se de uma "aspiração da sociedade atual do sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente possível".[4]

Se esse novo padrão solidarista modificou, de fato, o eixo da responsabilidade civil, da culpa para a reparação da vítima, conclui-se que vários danos antes não indenizáveis por

[3] LEVIT, Nancy. Ethereal Torts. George Washington Law Review, v. 61, nov. 1992, p.139/140.
[4] NORONHA, Fernando, 2003, p.540

envolverem aspectos de incerteza, intangibilidade ou de efeitos puramente emocionais, passam neste momento a serem reparados.

Nesse sentido, importante lembrar a grande celeuma observada quando suscitada, em tempos não tão remotos, a possibilidade de reparação do chamado dano moral, tendo sido á época estabelecidos por parte dos doutrinadores, diversos argumentos contrários à admissão de tal espécie de dano.

Ressalta-se que dentre os empecilhos suscitados, o maior deles, segundo Aguiar Dias, era a impossibilidade de haver perfeita equivalência ente prejuízos e ressarcimento. Contudo, o mesmo autor esclarece que "a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo". [5]

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, não restou qualquer dúvida em relação a necessidade de reparação de danos puramente morais, razão pela qual restou pacificada à admissibilidade desta espécie de dano.

Não obstante essa crescente consciência de que o Direito deve considerar a incerteza como parte das soluções jurídicas, tornando vasta e dinâmica a jurisprudência com a admissão de novas espécies de danos, tal amplitude do campo de atuação da responsabilidade Civil, acaba por criar verdadeiras "zonas cinzentas" sobre determinados temas e aspectos, dentre os quais encontra-se a teoria da perda de uma chance.

Assim, imperioso salientar, que de acordo com esse novo paradigma solidarista, deve-se usar para a teoria hora em exame, o mesmo raciocínio lógico que respalda a reparação dos danos morais, no sentido de que a incerteza deve ser tomada em benefício da vítima.

Por todo exposto, o que não se deve perder de vista é a necessidade de solucionar as controvérsias, através de uma continua utilização da lógica do razoável, uma vez que frente a determinados aspectos aparentemente irresolutos, a razoabilidade se traduz em justiça para as partes envolvidas.

---

[5] AGUIAR DIAS, José de, 1997, p. 739.

3. DA ORIGEM DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Ao que tudo indica, a Teoria da Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance teria sua origem na França, tendo sido desenvolvida com base na jurisprudência da Corte de Cassação daquele país.

Teve seu nascedouro em meados de 1965, quando a jurisprudência francesa passou a considerar a responsabilidade civil do médico pela perda da chance de cura ou de sobrevivência do paciente.

Explica-nos a origem da *perte d' une chance* o eminente Gondim (2005, p. 21/22):

> Este novo enfoque da clássica teoria da responsabilidade civil foi uma criação jurisprudencial francesa, que significa a perda de uma chance de cura. Alguns doutrinadores traduzem somente a perda de uma chance de cura, limitando sua aplicação somente para os casos de responsabilidade médica.
> Foi em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que pela primeira vez se utilizou tal conceituação. Tratava-se de um recurso acerca da responsabilidade de um médico que teria proferido o diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia. Seguindo essa nova posição, houveram outras decisões proferidas pela referida Corte que aplicaram a mesma teoria. Com isso, esse posicionamento passou a se consolidar perante a Corte de Cassação Francesa.

Não obstante esse primeiro enfoque relativo à perda de uma chance na seara médica, em termos gerais de utilização desta teoria, observou-se que ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, a doutrina e jurisprudência francesa passou a considerar a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda da chance.

A partir daí teve inicio o desenvolvimento de uma teoria especifica para casos determinados em que se procura a tutela jurisdicional para a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda dessa própria vantagem perdida. Desta forma, mister observar a diferenciação entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo.

O tema então, despertou acirradas discussões doutrinarias no país, influenciando a corte pátria que passou a conceder indenizações a titulo de perda de possibilidades, o que conseqüentemente contribuiu para o desenvolvimento do tema.

Com os constantes julgados sobre o tema na Corte de Cassação francesa, fomentaram-se diversos questionamentos a cerca da teoria em outros paises da Europa, dentre os quais destaca-se o ordenamento italiano, que não obstante a inicial resistência ao acolhimento da teoria acabou por ceder às consistentes manifestações favoráveis de importantes juristas.

Assim como ocorrera na França, doutrina e jurisprudência italianas passaram a considerar o dano em relação à perda da oportunidade em si, independente do resultado final. Nesse sentido, admitia-se, tão somente, o valor patrimonial da chance por si só considerada.

O tema foi objeto de estudo na Itália, mais precisamente em 1940, com o professor Giovanni Pacchioni, em sua clássica obra intitulada *Diritto Civile Italiano*[6].

---

[6] PACCHIONI, Giovanni. Diritto Civile Italiano. Parte seconda: Diritto delle abbligazioni, v. IV: Delitti e Quase Delliti, Padova: Cedam, 1940, p. 109-115.

Ao tratar das formas de ressarcimento dos danos, Pacchioni, partindo de exemplos clássicos da doutrina francesa, indagava o que ocorreria nos casos em que alguém, mediante culpa, fizesse com que outra pessoa se visse privada de uma possibilidade de lucro.

Um dos exemplos analisados pelo autor refere-se ao jóquei que deveria montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário, mas o mesmo por sua culpa exclusiva não chega a tempo de participar do Grande Premio.

Segundo Pacchioni, o proprietário do cavalo teria razão para se queixar, contudo, o autor afirma que seria controverso afirmar que o mesmo teria interesse jurídico para ajuizar uma ação indenizatória, tendo em vista a impossibilidade de se falar em dano certo.

Nesse sentido, apesar de admitir que parte da doutrina e jurisprudência francesa já estaria reconhecendo o valor da chance em si considerada, desde que séria e real; Pacchioni afirma que não poderia concordar com essa corrente, entendendo que uma simples chance tem seu valor social, mas não possui um valor de mercado.

Adriano de Cupis, à época professor de direito civil da Università di Perugia, ao publicar, em 1966, *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*[7], adotando posição contrária a Pacchioni, reconheceu a existência de um dano passível de indenização, nos mesmos casos em que este último julgava não ser possível tal atribuição indenizatória.

Desta forma, Adriano de Cupis, foi para muitos, o responsável pelo início da correta utilização e compreensão da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no Direito Italiano, visto que conseguiu vislumbrar um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como vinha sendo observado até então.

Retomando-se a hipótese já observada, em relação ao jóquei que não chega a tempo do grande Premio, não obstante, Adriano de Cupis reconheça a inadmissibilidade de indenização de um dano consistente na vitória perdida, afirma o autor, por outro lado, que não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória do proprietário, antes do evento danoso. Assim, entende, que em relação a tal exclusão da possibilidade de vitória, existe um dano jurídico passível de indenização.

Neste diapasão, afirmava o autor que "A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo

[7] DE CUPIS, Adriano. Il Danno: teoria generale della responsabilità civile, 2ª ed., 2 v., Milano: Giuffrè, 1966.

que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada".[8]

Adriano de Cupis fixa, ainda, outras importantes premissas para compreensão da teoria em analise, ressaltando o autor, que a chance de vitória, em relação ao montante de indenização, terá sempre, valor menor que a própria vitória futura.

Ressalta ainda, que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis, pois simples esperanças aleatórias não seriam passiveis de indenização. Nesse sentido, para que sejam vislumbradas tais indenizações mister que as chances sejam serias e reais.

Não obstante, a grande importância do referido autor no concernente à perda de uma chance, tem-se que a adequada compreensão da problemática desta teoria somente se deu em 1976, com a publicação do consistente artigo "Perdita di uma chance e certezza Del danno", escrito por Maurizio Bocchiola, também professor da Università di Milano.

Ao vislumbrar as mesmas hipóteses aventadas pelos autores supracitados, Bocchiola afirma que a chance aparece como "a não ocorrência de uma eventualidade favorável". Implicando, a chance perdida, em uma incógnita, não sendo sua ocorrência passível de demonstração[9].

Se fosse possível ter a certeza absoluta sobre o êxito da chance, ter-se-ia a prova da certeza do dano final, e, assim, o ofensor seria condenado ao pagamento do valor relativo á esse dano final e certo. Por outro lado, se possível a demonstração da inexistência do dano final, estaria o ofensor liberado de qualquer obrigação de indenizar.

O grande problema relativo ao assunto foi apresentado por Bocchiola, com a seguinte indagação: "Mas se não é possível determinar qual teria sido o resultado dos eventos, dos quais dependia a realização da chance, pode-se falar, ainda, de dano certo e, portanto, ressarcível?"

Ora, essa dificuldade em estabelecer tal certeza é que teria justificado aos autores que sucederam Bocchiola, a enquadrar a chance no âmbito do lucro cessante. Pois em ambos os casos, tanto o da perda da chance quanto ao do lucro cessante, terá a vítima, dificuldades em

---

[8] [tradução nossa], no original: " La vittoria è assolutamente incerta, ma la possibilità di vittoria, Che il creditore há inteso garantirsi , già esiste, magari in proporzioni ridotte, al momento in cui si verifica il fatto per effeto Del quale resta esclusa: cosicchè si è in presenza non già di um danno lucro cessante in ragione dell'impedita futura vittoria, ma di um dano emergente in ragioni della frustrata attuale possibilita di vittoria".

[9] BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di uma chance e..., cit, p. 59.Em tradução livre: "É inútil esperar para saber de haverá ou não um prejuízo, porque o seu concretizar-se não depende absolutamente de qualquer acontecimento futuro e incerto. A situação é definitiva e não poderá ser modificada. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos, que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se a chance teria ou não se realizado."

relação à prova do dano, pois aquilo que nunca aconteceu não pode ser nunca objeto de absoluta certeza, sendo indubitável, tão somente, o fato de que uma possibilidade foi perdida.

Não obstante tal semelhança, ambos os conceito são suscetíveis de diferenciação, pois a perda da chance decorre da violação a um *mero interesse de fato*, enquanto o lucro cessante refere-se a violação de um *direito subjetivo*.

Contudo, não sendo possível estabelecer uma diferenciação qualitativa entre ambos os conceitos, tem-se como único critério para diferenciação dos mesmos, aquele referente a certeza dos danos envolvidos. Isto, pois, conforme ensina Bocchiola: De fato, se deve determinar como lucro cessante somente o caso em que se verifica a perda de uma possibilidade que representa a certeza; nas hipóteses de perda de uma chance, por outro lado, o acontecimento do resultado útil é por definição indemonstrável.

Ressalta-se, que na época da publicação deste artigo de Bocchiola, a jurisprudência italiana não admitia, à exceção de casos de alimentos, a indenização das chances perdidas.

Assim, para defender a utilização de sua tese, Bocchiola analisa alguns julgados de outros paises que a admitem, a acaba por concluir que: (i) a indenização não deve ser concedida pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, em outras palavras, deve-se distinguir o resultado perdido e a chance de conseguí-lo; (ii) com o termo chance, não se indica um dano eventual, mas sim, a possibilidade ou probabilidade de uma resultado favorável; (iii) ao se proceder a indenização pela perda de uma chance, não nos afastamos da idéia de certeza de dano, uma vez que a possibilidade perdida era efetivamente existente, e perdida tal chance, o dano é, portanto, certo.

Após chegar a tais conclusões, o autor fixa outras premissas que permitiriam futuramente a admissão da responsabilidade civil por perda de uma chance pela jurisprudência italiana. Após esse extenso trabalho de esclarecimentos de conceitos, Bocchiola conclui que não há qualquer razão, ou justificativa legal, para a não indenização das chances perdidas na Itália. O autor, com base no ensinamento de Adriano de Cupis conclui que se a chance já fazia parte dos bens da vítima, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente.

Apesar de concluir serem inexistentes os obstáculos para a admissão da teoria, no ordenamento italiano, Bocchiola ressalta que a aplicação da teoria encontra limites, uma vez que não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano.

Para o autor, admitir-se-á a indenização da chance perdida, quando a vitima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior à 50%

(cinqüenta por cento). Do contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência da chance. Obrigando-se ao juiz a julgar improcedente o pedido de indenização.

Quanto a valoração da chance perdida, o artigo de Bocchiola apresenta-se insuficiente, dispondo tão somente, que tal valoração seria o ponto mais complicado na aplicação da teoria, e estabelece apenas que no momento da perda, a chance tem um valor econômico, que mesmo de difícil determinação, é incontestável.

A conclusão da pesquisa do autor pode ser assim simplificada: (i) a chance pode ser considerada como um dano certo desde que apresente uma probabilidade de sucesso superior a 50%; (ii) será a chance, indenizada como dano emergente e não lucro cessante; (iii) a certeza do dano será valorada segundo um calculo de probabilidade.

Após importantes trabalhos de aperfeiçoamento de conceitos feito pela doutrina, principalmente com a contribuição de autores como Adriano de Cupis e Maurizio Bocchiola, a jurisprudência italiana, também influenciada por diversas decisões francesas à aplicação da teoria, passou a analisar estes casos com maior atenção do que aquela dispensada até então.

Contudo, apenas sete anos após a publicação do artigo de Bocchiola, é que foi julgado pela *Corte di cassazione* o primeiro caso (leading case) favorável à indenização da perda de chance.

Não obstante a demora da jurisprudência em analisar os casos relativos á perda de uma chance, tem-se que ao final de todo um processo de utilização da mesma, a *Corte di cassazione* chegou a uma importante conclusão, que merece destaque, reconhecendo que a chance ou probabilidade é também um bem patrimonial, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano atual e indenizável sempre que sua existência seja provada ainda que segundo um cálculo de probabilidade, ou por presunção, isto é, se for possível demonstrar com certeza, ainda que somente relativa, e não absoluta, mas como tal suficiente.

No mesmo sentido, pelo que se pôde inferir dos julgados realizados pela referida corte, a jurisprudência italiana evoluiu nos últimos tempos em relação è reparação da chance perdida. Para tanto, inseriu a teoria no conceito de dano emergente, passou a exigir uma probabilidade superior à 50%, como defendido por Bocchiola, e por fim liquidar o dano multiplicando-se o dano final pelo percentual de probabilidade de obtenção do resultado pretendido impedido pelo ofensor.

Por fim, tem-se que a chance é hoje no ordenamento jurídico italiano um dos critérios de imputabilidade da responsabilidade civil, uma vez que tal dano não é mais considerado

como uma lesão a uma simples expectativa, mas sim, como uma lesão a uma legitima expectativa suscetível de ser indenizada como qualquer outro interesse legitimo ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento.

Por todo exposto, tem-se que não obstante a referida teoria não tenha sido até agora objeto de análise mais aprofundada pelos estudiosos do direito civil pátrio, indubitável é, sua grande importância, representada pelos estudos realizados no âmbito do direito comparado, mais precisamente no ordenamento jurídico francês e italiano, sem os quais a teoria não alcançaria seu status atual de crescente utilização pela jurisprudência nacional e internacional.

4. DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO PÁTRIO

A teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, não foi até os dias atuais, objeto de analise aprofundada pelos estudiosos do direito civil, em nosso país, nesse sentido, alguns doutrinadores tão somente, teceram sobre o assunto breves comentários em suas obras sobre responsabilidade civil.

Tal tema, no passado, sofria certa resistência quanto à sua aplicação, por parte de alguns doutrinadores; em análise de casos de falta de recurso cabível frente à uma sentença desfavorável, Carvalho Santos chegou a afirmar que "parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada".[10]

[10] CARVALHO SANTOS, J.M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956. p. 321-322.

Não obstante tal resistência, alguns estudos mais remotos já faziam referência à possibilidade de indenização da chance perdida, razão pela qual, ainda que analisada de forma superficial por grande parte da doutrina nacional, não é difícil perceber que autores clássicos e contemporâneos aceitam a teoria em nosso ordenamento.

Partindo-se para uma análise da posição doutrinária da matéria em nosso país, mister se faz o exame das manifestações de alguns autores clássicos do direito civil pátrio.

Entre as obras mais recentes, salienta-se o estudo de Miguel Kfouri Neto[11], uma vez que tratando da responsabilidade civil por perda de uma chance na seara médica, detalhadamente, o autor discorre precisas posições quanto às condições de aplicação da teoria, como a seriedade da chance e sua quantificação, e se baseia, para tanto, na doutrina francesa.

Também respaldado por doutrinadores franceses, Sérgio Severo[12], demonstra precisa compreensão quanto às condições de aplicação da teoria, importantes para o país, uma vez que nos julgados pátrios são diversas as imprecisões observadas.

Fernando Noronha, também merece destaque, pela realização de profunda análise sobre a natureza jurídica das chances perdidas, pela qual delimitou de forma segura as condições de aplicação da teoria, ressaltando, a importância da seriedade da chance perdida no caso concreto, para que seja feita uma quantificação plausível do prejuízo.[13]

Nesse sentido, dispõe o autor: "A distinção entre danos certos e eventuais é necessária para evitar o risco de confusão de chances perdidas com danos eventuais".[14]

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, "se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro da idéia de perda de uma oportunidade e puder situar-se a certeza do dano." [15]

Para Miguel Maria de Serpa Lopes, "tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que a possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere á própria chance [...] Tudo quanto se impõe é a investigação judicial em torno das

---

[11] KFOURI NETO, Miguel, 2002, p. 96-126.
[12] SEVERO, Sergio, 1996, p. 13.
[13] NORONHA, Fernando, 2003, p.674-675.
[14] Idem. Ibdem. p.666
[15] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, 9. ed. Ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.42.

circunstancias de que se revista cada caso, e apurar se delas emerge uma situação clara e definida, uma apreciação sobre a possibilidade perdida, se certa ou hipotética".[16]

Destaca-se ainda, o posicionamento de Judith Martins-Costa, que ao comentar o art. 403 do código civil afirmou que "embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por esses motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da teoria. O art. 403 afasta o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.[17]

Sílvio de Salvo Venosa, diferentemente de parte da doutrina, afirma ser a perda da chance um terceiro gênero de indenização, que estaria no "meio do caminho entre o dano emergente e o lucro cessante", e que havendo certa probabilidade, tal chance passa a fazer parte da esfera do dano ressarcível.[18]

Sérgio Novais Dias, talvez por não ter recorrido aos doutrinadores franceses e italianos que cuidaram do tema, acabou por não reconhecer a chance em si considerada, como se a mesma tivesse seu valor próprio, e tratou tal chance como uma espécie de lucro cessante. Desta forma a posição do referido autor se opõe àquela defendida pela teoria clássica pela qual, a chance, é considerada, na verdade, como uma espécie de dano emergente.[19]

Rafael Petteffi da Silva, após analisar a posição da doutrina francesa, passou a afirma que a perda da chance encontra-se dividida; ora é utilizada como uma categoria de dano específico, independente do dano final, e ora é utilizada como recurso de uma espécie de causalidade parcial, quando se verifica a perda da vantagem esperada (dano final).

Por todo exposto, e, não obstante as variadas formas de enquadramento da chance perdida, não é forçoso afirmar, que a mesma vem sendo, pela grande maioria dos doutrinadores, admitida, passando a ter um valor econômico e, sendo passível de indenização se se tratar de uma chance séria e real.

A teoria da perda de uma chance, no direito brasileiro, é de aplicação na solução justa da demanda à luz do principio democrático de direito e de respeito á dignidade da pessoa humana e de seus bens jurídicos protegidos.

---

[16] SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil. V. II: Obrigações em geral. 7. ed. Revista atualizada pelo prof. José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas bastos, 2000, p. 391.

[17] MARTINS-COSTA, Judith, Comentários ao Novo Código Civil, v. II, tomo II: Do Inadimplemento das Obrigações, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 362.

[18] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil:responsabilidade civil, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 198 a 200.

[19] DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade Civil do Advogado: Perda de uma Chance, São Paulo: LTr, 1999, p. 67.

Em outras palavras, na chance perdida e reparável, preexiste oportunidade séria e real de se conseguir um benefício futuro, que se revela como interesse jurídico protegido pelo direito e frustrado por conduta torpe do agente causador do dano.

Consiste, tal chance perdida, na privação de uma probabilidade, não hipotética de obtenção de uma vantagem, consistindo a pretensão improvável e hipotética, a contrário senso, em uma simples aventura, sem qualquer relevância jurídica que justifique a obrigação de reparar.

Em síntese, a chance perdida representa um dano injusto indenizável ou reparável quando há um prejuízo causado a uma pessoa pela perda da probabilidade de um evento favorável, certo, sério, não hipotético, em fato já consumado causado por conduta do agente e violadora de interesse juridicamente protegido do direito positivo pátrio (CRFB/8, art. 5º, X, Código Civil, Código do Consumidor, etc.).

4.1 DO *QUANTUM DEBEATUR*

A doutrina da perda de uma chance revela-se como um importante instrumento de reparação prejuízos injustos, permitindo-se, nesse sentido, sanções proporcionais a tais prejuízos causados, em relação direta com o desvalor e a gravidade da conduta do lesante.

Nesse sentido, o direito pátrio, em consonância com o apregoado por ordenamentos alienígenas, resguarda no tocante às indenizações a serem concedidas, que o valor da mesma, na perda de uma chance, deverá ser menor do que o valor que se arbitraria em eventual dano ou prejuízo maior.

Tal quantificação da sanção do agente lesante, considerando-se todas as circunstanciais fático-jurídicas do caso, deve ser proporcional à intensidade da falta e ao valor do prejuízo causado pela perda de uma chance.

Sílvia Mota[20], doutrina sobre a teoria em sua tese de doutorado, e afirma:

[20] MOTA, Silvia. "Responsabilidade civil decorrente das manipulações genéticas: novo paradigma jurídico ao fulgor do biodireito". Tese (Doutorado em Justiça e Sociedade) – Universidade gama

> "a chance é a possibilidade de um benefício futuro provável integrada nas faculdades de atuação do sujeito, considerando um dano ainda quando possa resultar dificultoso seu alcance. Nessa concorrência de fatores passados e futuros, necessários e contingentes, existe uma conseqüência atual e certa. **Aconselha-se efetuar um balanço das perspectivas a favor e contra e, do saldo resultante, se obterá a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance, e não dos ganhos perdidos. A obrigação de reparar é somente parcial, se comparada aos danos finais, por isso não se reivindica a reparação destes, mas somente considera-se relevante a perda da possibilidade de serem evitados".** (grifo nosso).

Na reparação do dano causado pela perda da chance, deve ser arbitrada indenização em valor correspondente ao efetivo prejuízo (*perte d'une chance*), que não se confunde com a indenização por dano ou prejuízo causado por nexo não imputável ao demandado.

Tal entendimento até aqui suscitado, traduz a forma de quantificação observada em outros ordenamentos, nesse sentido, em decisão datada de abril de 2002, a primeira câmara da Corte de Cassação francesa ratificou que "a reparação da perda de uma chance deve ser mensurada de acordo com a chance perdida e não pode ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado".[21]

Impõe-se, por todo exposto, uma quantificação minorada da indenização considerando-se que o valor de tal indenização ou reparação deve traduzir-se em expressão axiológica do interesse violado, nas perspectivas dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, equidade e justiça.

4.2 DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL - NATUREZAS ATRIBUIDAS AO DANO DA PERDA DA CHANCE

A pesquisa da jurisprudência nacional tem, aqui, o condão de demonstrar as variadas formas de aplicação da teoria, bem como, sua crescente utilização no ordenamento jurídico pátrio.

Através da análise de casos de perda de uma chance, extraem-se as variadas formas de aplicação da teoria, quais sejam, a chance considerada como uma modalidade específica de

---

Filho, Rio de Janeiro, 2005.

[21] D. 2002. IR, p. 1469. " La réparation d'une perte de chance doit être mesuree à la chance perdue et ne Pert être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée."

dano moral, ou inserida no conceito de lucro cessante, por vezes, como dano emergente, dentre outras interpretações.

Assim, apesar do significativo crescimento de textos que tratam da teoria em exame, a doutrina e jurisprudência pátria ainda carecem de solidificação e limitação da metodologia aplicada.

Partindo-se para uma análise da jurisprudência nacional, tem-se que o primeiro acórdão a mencionar a teoria em nosso ordenamento, data de 1990 e referia-se a uma ação de indenização dos danos advindos de um erro médico.

Contudo, a teoria acabou não sendo aplicada, pois, naquela hipótese, foi possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final, não havendo razão para se falar em indenização pela chance perdida, pois na perda da chance não há laço de causalidade entre o resultado final e a culpa do agente.

A partir deste processo, diversos outros julgados em que foi enfrentada a questão da perda da chance começaram a surgir, observando-se nessas hipóteses as mais distintas formas de aplicação da teoria, sobre as quais mister se faz minuciosa análise.

4.2.1 A perda de uma chance como modalidade de dano moral

Talvez pela contemporaneidade do tema em tela, tem-se observado diversas formas de aplicação da perda da chance, sendo muito comum o enquadramento deste tipo de dano, como um "agregador" do dano moral, em outras palavras, reconhece-se a existência da perda da chance determinando-se como forma compensatória ao dano observado, uma indenização a titulo de danos morais.

Como exemplificação do correto reconhecimento da chance perdida, mas que enquadra o dano na modalidade de dano moral é o acórdão da Apelação Cível nº. 70020549648/2007, julgado pela quinta Câmara Cível do Estado do Rio Grande do Sul, senão vejamos sua ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PARTICIPAÇÃO EM SORTEIO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO.

> Não tendo o requerido comprovado a existência de fato extintivo do direito da autora em participar da segunda fase do sorteio por ele promovido, necessário o reconhecimento do dano extrapatrimonial, face à frustração em participar do sorteio objeto desta demanda.
> Aplicável, ao caso, a Teoria da Perda de Uma Chance.
> Dano moral que, no caso, por ser de natureza "in re ipsa" prescinde de prova. O "quantum" indenizatório deve ser arbitrado em patamar que ofereça compensação à lesada, para atenuar o sofrimento havido, e inflija sanção ao causador do dano, visando a coibir a reiteração da prática de atos lesivos à personalidade de outrem. Valor da indenização fixado em R$ 3.000,00. Apelo provido, em parte.

Conforme, se pode observar através da leitura da ementa, à autora da ação foi negado o direito de participar de um segundo sorteio promovido pelo réu, sem que para tanto houvesse qualquer justificada, assim, frustrou-se a possibilidade da autora de ser sorteada, razão pela qual entendeu o acórdão que a recorrente perdeu sua chance de ganhar o premio oferecido, sendo por isso indenizada através do pagamento de danos morais.

O referido acórdão bem exemplifica o correto reconhecimento da chance perdida como se pode observar no trecho do voto do relator:

> Havendo, assim, a frustração imotivada do direito da requerente em participar do segundo sorteio, cuja premiação se revelava mais vultosa, inegável a ocorrência de dano de ordem extrapatrimonial à autora, pois evidente a perda da chance de a autora ter recebido o prêmio, mesmo que, diante do número de participantes, fosse remota a hipótese.
>
> Por estas razões, perfeitamente plausível a existência do sofrimento havido pela demandante, caracterizado na perda de uma chance (perte d' une chance) por responsabilidade alheia.

Logo em seguida, e não obstante o correto reconhecimento da chance perdida, o relator determina que a indenização a ser paga à autora será a titulo de dano morais:

> Nesse sentido, restou configurado o dano moral sofrido pela requerente, face à perda da chance de concorrer ao prêmio na segunda fase do sorteio. Dano que, no caso, é de natureza in re ipsa, pois independe de comprovação de sua ocorrência, porque o simples fato, por si só, caracteriza o dano.[22]

[22] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (5ª Câmara). Civil. Apelação. Responsabilidade civil. Participação em sorteio. Teoria da perda de uma chance. Dano moral configurado. Apelo, provido em parte. Apelação Cível nº 70020549648/2007. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 27 de fevereiro de 2008. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

No mesmo sentido da decisão supracitada, tem-se ainda a Apelação Cível nº. 2888/2008, julgada pela 16ª Câmara Civil do Estado do Rio de Janeiro, com a seguinte ementa:

> Concurso Público. Candidato que foi impedido de prestar exame por falta de pagamento da taxa. Comprovação do referido pagamento. Revelia do réu que não influiu no julgamento. Danos materiais e morais pela perda de uma chance, orçados em patamar razoável. Sentença confirmada.

Neste caso, assim como no anterior, não obstante o correto reconhecimento de um dano por uma chance perdida, observa-se que a estipulação quanto à indenização plausível, se dá no âmbito do dano moral e não material, como entender-se-ia mais correta, vejamos trecho do voto do relator:

> Nesse sentido, concluiu bem a sentença recorrida em considerar que o autor sofreu danos morais. Para o autor, o impedimento de participar do concurso se traduziu na perda de uma chance de melhorar sua vida. E a estimativa de R$ 5000 permaneceu dentro de patamar razoável, pois não significa enriquecimento sem causa e se encontra nos moldes dos demais julgados deste tribunal em casos análogos.

Não há duvidas, que em determinados casos, a perda de uma chance além de representar um dano material, representará um "agregador" do dano moral; o que não se deve, é considerar o dano da perda de uma chance, tão somente, como uma espécie de dano moral, como observado nos acórdãos acima transcritos.

Além de determinar natureza extra patrimonial para a indenização da perda de uma chance, tem-se ainda, aquelas hipóteses em que o caso observado não preenche os requisitos para a indenização do dano material pela perda de uma chance, tratando-se de "mera expectativa" e não uma possibilidade seria e real que enseje a referida indenização.

Em tais hipóteses não há como se ignorar a existência de danos morais indenizáveis ao lesado frente à expectativa frustrada, a qual não se confunde com uma possibilidade real.

Pelo exposto, conclui-se que, haverá casos em que o dano da perda de uma chance, alem de um dano material, funcionara como um agregador do dano moral; em outros casos não será possível a indenização por danos matérias frente a falta de requisitos, nessas hipótese ter-se-á tão somente, a indenização por danos morais devido a expectativa frustrada. Contudo o que não se deve admitir, mas tem-se observado na jurisprudência, é considerar o dano da perda de uma chance como sendo de natureza exclusivamente moral.

4.2.2 A perda de uma chance como mera possibilidade

Meras possibilidades também não devem ensejar a indenização pela perda de uma chance, pois a teoria encontra seu limite no caráter de certeza que deve ser observada no dano reparável. Desta forma, para que a demanda seja procedente, a chance perdida pelo lesado deve representar muito mais do que simples esperanças subjetivas.

Nesse sentido, "a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada".[23]

No acórdão do recurso inominado de nº. 71001445428, julgado pela Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, no qual se discuti a responsabilidade de uma empresa aérea diante do cancelamento injustificado de um vôo, tem-se clara exemplificação da correta aferição de uma possibilidade, vejamos ementa e trecho do voto do relator:

> TRANSPORTE. CANCELAMENTO. DANO.
> 1.- Caracteriza a responsabilidade da empresa aérea o cancelamento do vôo sem que houvesse motivo plausível.
> 2.- Impõe o dever da empresa em indenizar a impossibilidade da autora prestar concurso público. Não se trata de perda de uma chance, mas dever de indenizar com caráter punitivo.
> 3.- Dano corretamente mensurado em face das conseqüências advindas para a parte.
> Recurso não provido.
> (...)Os danos ocasionados pela alteração no plano de vôo realizada por exclusiva responsabilidade da empresa de aviação ocasionaram a impossibilidade da autora realizar concurso junto ao TRIBUNAL DE CONTAS do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.
> **Não se trata tecnicamente de perda de uma chance, eis estar a autora no início do certame.** Não obstante existe a possibilidade de imposição de reparação com caráter tipicamente punitivo (grifo nosso).[24]

Observa-se no caso supracitado, que não obstante tenha a lesada, deixado de prestar o concurso em razão do cancelamento do vôo, uma vez que se encontrava no início do certame,

---

[23] SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma Chance, São Paulo: Atlas, 2007.

[24] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (2ª Turma Recursal Cível dos Juizados especiais Cíveis). Civil. Recurso Inominado. Transporte. Cancelamento. Dano. Recurso não provido. Recurso Inominado nº 71001445428. Relator: Dr. Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 21 de novembro de 2007. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

não existiria uma chance séria e real em relação à sua aprovação que pudesse justificar o ressarcimento a título de dano pela perda da chance.

Não obstante tais julgados, tem-se observado em determinados hipóteses, o reconhecimento da chance perdida mesmo quando ausentes seus requisitos, de seriedade e realidade. Assim em muitas situações, meras expectativas têm garantido para alguns o direito de indenização.

Deve-se frisar nesse sentido, que não é qualquer chance perdida capaz de ensejar indenização, apenas os casos que envolvem uma possibilidade séria e real, ou seja, de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinqüenta por cento) de obtenção do resultado esperado é que se deve falar em reparação do dano pela perda da chance.

Insta ressaltar, por fim, que tal prova de certeza do dano com probabilidade superior a 50% (cinqüenta por cento) segue as premissas definidas pela doutrina na maioria dos casos, quando a perda de uma chance é corretamente inserida no conceito de dano emergente.

4.2.3 Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance X Lucros Cessantes

Além das diferentes formas de reconhecimento e enquadramento da teoria, até aqui analisadas, tem-se observado reiteradamente na jurisprudência nacional, o enquadramento da chance perdido no âmbito dos chamados lucros cessantes.

Não é forçoso se afirmar que, tanto nos casos de lucro cessantes como nos casos de perda de uma chance, a prova da certeza não poderá ser mais do que uma prova de verossimilhança, em outras palavras, uma prova intuitivamente verdadeira.

Nesse sentido, tanto a vítima dos lucros cessantes como aquela da perda de uma chance, não conseguirá comprovar com facilidade, que outro evento não teria o condão de gerar os mesmos danos, vislumbrando-se, tão somente, algumas hipóteses, sem verificação completa.

Não obstante determinadas semelhanças, os conceitos em análise não se confundem, pois enquanto a perda de uma chance decorre de uma violação de um mero interesse de fato, o lucro cessante deriva de uma lesão a um direito subjetivo.

Sobre o assunto, Sérgio Savi[25], analisa que, superado o limite do direito subjetivo para dar importância também à supressão de simples expectativas, derroga-se o modo tradicional de entender a "injustiça" do dano, passando-se a reconhecer a indenização das chances perdidas.

Outro aspecto importante se refere ao fato de que o autor, em caso de lucros cessantes, deverá fazer prova não do lucro cessante propriamente dito, mas sim, dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação de que este lucro realmente seria observado. Nas hipóteses de perda de uma chance, ter-se-á sempre o campo do desconhecido, pois, nestes casos o dano final é indemonstrável.

Partindo-se para a análise das variadas aplicações da teoria na jurisprudência nacional, tem-se o Acórdão da Apelação Civil de nº. 70019804335, da 12ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, datado de 23 de agosto de 2007, no qual, a responsabilidade civil pela perda de uma chance é, erroneamente, delimitada no âmbito dos lucros cessantes e por fim, não é reconhecida, pela ausência de probabilidade de ocorrência do lucro futuro sustentado pelo autor; vejamos ementa e trecho do voto do relator:

> APELAÇÃO-CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS NÃO DEMONSTRADOS.
>
> - Responsabilidade objetiva da ré. Falha na prestação do serviço. Não atendimento, por parte da prestadora de serviços, a chamado urgente para conserto do equipamento de segurança – sistema de alarmes -, deixando desprotegido o patrimônio da contratante consumidora que, assim, não conseguiu evitar o furto de seus pertences.
> - Danos emergentes. Exigência de prova da diminuição do patrimônio da vítima.
> - Lucros cessantes. A perda de uma chance, para ser indenizável, deve repousar em uma probabilidade de certeza, não o caso.
> - Danos morais. Não decorrem do próprio fato e, assim, exigem demonstração efetiva.
> Apelos não-providos.
>
> (...)Todavia, não se desincumbiu a demandante de fazer prova dos negócios que deixou de realizar com os projetos que desenvolvia, e que foram perdidos com o furto dos computadores, pois sequer concluídos, como referiu na inicial, e, ainda, por não haver prova de que os mesmos lhe proporcionariam vantagem patrimonial. Não há falar, assim, em lucros cessantes, porque a perda de uma chance, para ser indenizável, deve repousar em uma probabilidade de certeza.[26]

[25] SAVI, Sérgio, Responsabilidade Civil Por Perda de uma Chance, São Paulo: Atlas, 2006

[26] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (12ª Câmara). Civil. Apelação. Ação de Indenização. Falha na prestação de Serviço. Responsabilidade objetiva. Danos materiais comprovados. Lucros cessantes e dano morais não demonstrados. Apelos, não providos. Apelação Cível nº 70019804335/2007.

Posicionamento inverso se apresenta no Acórdão da Apelação Cível nº 70020884334, também da 12ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, datado de 06 de dezembro de 2007, cuja ementa está assim elaborada:

> **APELAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. QUEDA DE TÁXI-LOTAÇÃO EM VIADUTO. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR DE PASSAGEIROS E FATO DE TERCEIRO. SÚMULA 187 DO STF. DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES. COBERTURA SECURITÁRIA.**
>
> 1.A responsabilidade do transportador de passageiros é objetiva, somente elidida em circunstâncias que envolvam caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, não caracterizadas no caso concreto.
> No caso em tela, embora já tenha sido apurada na esfera criminal a culpa de terceiro – condutor do automóvel que colidiu contra o Táxi Lotação -, remanesce a responsabilidade contratual do transportador de passageiros. Súmula 187 do STF não revogada. Precedentes do STJ. Art. 735 do atual Código Civil.
> 2.Lucros cessantes. **Por ser o reflexo futuro do fato sobre o patrimônio do requerente, que trabalhava ao tempo do acidente, o lucro cessante exige maior cuidado na sua caracterização e fixação. No caso concreto, aplicável a teoria da perda de uma chance, uma vez que o autor tinha comprovada proposta de emprego**. Incidência também do art. 402 do atual Código Civil.
> 3.Danos morais ocorrentes. Situação em que a vítima sofreu fratura do úmero direito, lesão que demandou algum tempo para consolidar e necessitou de tratamento cirúrgico, sendo presumíveis os transtornos daí decorrentes. Ademais, inegável o momento de angústia pelo qual passou o requerente, quando da queda do veículo a partir do viaduto. Manutenção do montante arbitrado porque não há insurgência específica quanto ao valor, o qual está em conformidade com parâmetros usuais desta Câmara para casos análogos (...) (grifo nosso).

Ao analisar o voto do relator, é possível constatar aspectos díspares dos conceitos envolvidos, bem como, experimentar argumentos utilizados quando da correta aplicação da teoria, senão vejamos:

> Lucros cessantes. Sustenta a recorrente que indevida a parcela por lucros cessantes, uma vez que o autor, ao tempo do acidente, não estava efetivamente empregado.
>
> Com efeito, por ser o reflexo futuro do fato sobre o patrimônio do demandante, o lucro cessante exige maior cuidado na sua caracterização e fixação.
>
> Ocorre que, no caso, o requerente juntou declaração (fl. 38) da empresa Estação Terra Telecomunicações e Informática Ltda., não infirmada pela

Relator: Desembargador Orlando Heemann Júnior e dês. Cláudio Baldino Maciel. Porto Alegre, 23 de agosto de 2007. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

> empresa ré, da qual se conclui que havia razoável chance de ser contratado pelo salário ali constante (R$750,00).
>
> Diante desta possibilidade concreta, aplicável ao caso a chamada teoria da perda de uma chance, pois o ato ilícito tirou da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, na obtenção de um novo emprego. Incidente também o art. 402 do atual Código Civil:
>
> Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.[27]

No mesmo sentido, o acórdão relativo aos Embargos de Declaração de nº. 70019250489 e 70019251370, posiciona-se pela diferenciação dos conceitos de lucros cessantes e perda de uma chance, vejamos:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO.
> Não verificada a obscuridade apontada no acórdão embargado, mesmo que para efeito de prequestionamento, não merece guarida a pretensão recursal do autor.
> OMISSÃO VERIFICADA. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. PERDA DE UMA CHANCE. RETENÇÃO PELO ADVOGADO DE NUMERÁRIO DO CLIENTE SACADO MEDIANTE ALVARÁ. REPASSE SOMENTE DEPOIS DE NOVE MESES.
> Verificada a omissão relativamente ao pedido indenizatória sobre a rubrica "perda de uma chance" vertida na inicial, impõe-se o acolhimento dos aclaratórios para supri-la.
> A "perda de uma chance" reclamada pelo autor, por não estar devidamente explicitada e por constar na inicial referência expressa ao artigo 402 do Código Civil, tem contornos de indenização pelos danos materiais (lucros cessantes). Sem a prova efetiva do dano, impõe-se a rejeição. Ademais disso, ainda que se admitisse estar o autor a tratar da teoria francesa homônima, também sob este viés não mereceria prosperar a pretensão, pois não implementados os requisitos autorizadores.[28]

---

[27] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (12ª Câmara). Civil. Apelação. Acidente de transito. Responsabilidade do transportador de passageiros e fato de terceiro. Súmula 187 do STF. Danos Morais e lucros cessantes. Cobertura securitária. Apelos parcialmente providos. Apelação Cível nº 70020884334/2007. Relator: Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira e Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 06 de dezembro de 2007. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

[28] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (9ª Câmara). Civil. Embargos de Declaração. Responsabilidade Civil. Negativa de vigência. Prequestionamento. Embargos de Declaração do réu desacolhidos e do autor acolhidos. Embargos de Declaração nº 70019250489/2007 e 70019251370/2007. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. Porto Alegre, 30 de maio de 2007. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

Por todo exposto, conclui-se que não obstante as semelhanças observadas entre os institutos dos lucros cessantes e da perda de uma chance, os mesmos não devem ser confundidos, ou seja, a perda da chance não deve ser indenizada como um lucro cessante.

Como o principal aspecto diferenciador entre os institutos, diz respeito à certeza no lucro cessante, em sendo essa certeza, relativa, mister se faz que tal obstáculo seja superado com a utilização das regras de ônus da prova presentes em nosso ordenamento, pelas quais, a prova da existência de um dano incumbe ao autor da ação indenizatória, comprovação essa que não se fará necessária quando da indenização pela perda de uma chance, visto não haver nessa hipótese um dano final que possa ser comprovado, mas tão somente, uma chance perdida indenizável.

4.2.4 Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance no Supremo Tribunal de Justiça

A priori, deve-se frisar que o STJ não faz uso explícito da teoria da perda de uma chance, contudo, o sistema de responsabilidade civil presente em nosso ordenamento, acaba por lhe apresentar casos que se enquadram entre os exemplos de reparação pelas chances perdidas.

No célebre julgado relatado pelo ministro Ilmar Galvão em outubro de 1990, por exemplo, a autora da ação de reparação, a Companhia São Paulo de Distribuição de Combustíveis, requeria indenização pela chance perdida de vencer uma licitação pública, alegando tal empresa, que a chance perdida revestia-se de valor econômico, respaldado por perícia técnica.

Não obstante, tenha sido negada a referida indenização à autora, sob o argumento de que o alegado prejuízo era meramente hipotético, tem-se que o STJ não negou a aplicação da teoria da perda de uma chance, ao contrário, fez menção expressa sobre a teoria, não a reconhecendo, tão somente, por lhe faltarem, naquela hipótese, os requisitos de seriedade e realidade da chance perdida.

Sete anos mais tarde, o STJ julgou demanda absolutamente idêntica, contudo, foi latente a falta de consenso em relação à melhor solução jurídica para a teoria durante todo o caminho processual, culminando na decisão do juízo monocrático, que decidiu pela carência de ação, alegando, para tanto, não existir possibilidade de acordo com o direito pátrio, de se indenizar tal espécie de dano.

A egrégia terceira câmara do tribunal de Justiça de São Paulo afastou a carência da ação, remetendo a demanda a um novo julgamento monocrático, o qual acabou por admitir a teoria como tese, restando examinar a aplicação da mesma ao caso concreto. O novo julgamento de primeiro grau, então, deferiu o pedido da demandante concedendo indenização a titulo de lucros cessantes, embora não tenha ficado claro se a indenização dizia respeito à uma hipótese de chance perdida ou dano final.

Contestada, tal decisão, gerou recurso de apelação, cujo acórdão apresenta indícios de utilização da teoria da perda de uma chance, em razão da realização de perícia no processo para que fosse definida a porcentagem de participação da empresa autora, no mercado nacional de combustíveis, o que enseja certo estudo de probabilidades.

Contra, essa última decisão, em sede de apelação, foi interposto recurso especial que decidiu pela reforma da decisão, aplicando-se o julgado da primeira sentença anulada, sob o argumento apresentado no voto do ministro Ari Pargendler, que citou o voto do ministro Ilmar Galvão, dizendo: “Não se achava a agravante diante de uma possibilidade objetiva de lucro, mas de mera chance de vencer a licitação, se não fora o ato impugnado. O lucro era, ainda, hipotético. E lucro hipotético não se indeniza”.

Tal fundamentação exarada na referida decisão, gerou algumas preocupação quanto a aplicação, no STJ, da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Não obstante tal preocupação, o que é de se concluir sobre a admissibilidade da teoria no STJ, é que o mesmo não tem um entendimento firmado sobre o assunto, variando o seu posicionamento casuisticamente.

Apresenta-se como um caso emblemático de utilização e análise casuística da teoria da perda de uma chance, pelo STJ, um julgado do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, datado de 15 de junho de 2000, no qual uma participante do programa "Show do Milhão" alegou ter sofrido dano moral e material em decorrência de pergunta mal-formulada pelo referido programa.

A questão começou a ser discutida na Justiça em uma ação de indenização por danos morais e materiais interposta por Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos contra BF Utilidades Domésticas Ltda, empresa do grupo econômico "Sílvio Santos".

Ana Lúcia participou, em junho de 2000, do programa "Show do Milhão" – concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo, de 1 (um) milhão em barras de ouro, é oferecido àquele participante que responder corretamente a uma série de questões sobre conhecimentos gerais.

Durante sua participação, logrou êxito nas respostas às questões formuladas, faltando apenas uma, conhecida como "pergunta do milhão", não respondida por preferir, a participante, manter a premiação já acumulada de R$ 500 mil, visto que, caso apontado item diverso daquele considerado correto, perderia todo valor ganho até então.

Ocorre que, a pergunta feita à participante era, na verdade, sem resposta, uma vez que consistia no seguinte: a Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Ora, não há na constituição nacional nenhum dispositivos que estabeleça tais direitos aos índios em relação ao território nacional.

Assim, concluiu Ana Lúcia, que a "pergunta do milhão", foi na verdade, extraída da Enciclopédia Barsa, e não da Constituição Federal, como afirmava o programa televisivo.

Por tal impropriedade, a defesa da participante alegou que a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda, responsável pelo programa, agiu de má-fé, elaborando pergunta, comprovadamente, sem resposta, razão pela qual demandou pagamento, por danos materiais, da quantia equivalente ao valor do prêmio máximo não recebido naquela hipótese, bem como, danos morais pela frustração da autora.

Em primeira instância, o pedido foi acolhido quanto ao dano material, sob o fundamento de que a pergunta, da forma que foi formulada, de fato não teria resposta, condenando-se empresa envolvida ao pagamento do valor de R$ 500 mil.

Desta decisão, apelou a empresa BF Utilidades Domésticas, tendo, contudo, provimento negado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Recorrendo ao STJ, a referida empresa alegou que a condenação no valor equivalente ao prêmio máximo era descabida visto que a participante fez opção por não responder à última pergunta, não ocorrendo, portanto, qualquer dano capaz de justificar o ressarcimento a título de lucros cessantes. Aduziu, ainda, que mesmo que Ana Lúcia tivesse respondido à pergunta, haveria tão somente, uma certa possibilidade de êxito, requerendo, por fim, que a ação fosse julgada improcedente ou fosse reduzido o valor da indenização para R$ 125 mil, quantia que melhor traduziria a oportunidade perdida.

Segundo o relator do processo no STJ, ministro Fernando Gonçalves, independente do debate entre Ana Lúcia e a empresa envolvida não se poderia negar que a prestação foi impossibilitada por culpa desta empresa, que deveria, portanto, ressarcir a participante da quantia perdida.

O ministro aduz ainda, que não havendo como se afirmar categoricamente que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, Ana

Lúcia acertaria à pergunta, ausente, se encontra, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final. Então vejamos trecho do referido voto:

> 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".
> 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 conseqüência, 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(...). (grifo nosso)[29]

O relator, ministro Fernando Gonçalves, entendeu, então, que a quantia sugerida pela empresa BF Utilidades Domésticas, R$ 125 mil – equivalente a um quarto do valor em questão, por ser uma "probabilidade matemática" de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens –, refletia as reais possibilidades de êxito da participante. Por isso, o ministro decidiu pela redução da indenização de R$ 500 mil para R$ 125 mil, vejamos o trecho final de seu voto:

> 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.

[29] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ação de Indenização. Não admissão do recurso. Recurso Especial nº 788.459 - BA (2005/0172410-9). Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 2001. *Superior Tribunal de Justiça*, Brasília. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 20 de março de 2008.

> 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).

Pela análise do referido Acórdão, não é forçoso observar, que o mesmo apresentou técnica impecável quando da aplicação da teoria da perda de uma chance, utilizando-se dos critérios, limites e demais formas de aplicação dos conceitos abarcados pela referida teoria, nos moldes até aqui sugeridos, razão pela qual é merecedor de nosso reconhecimento.

Diante da completa análise jurisprudencial suscitada até o presente momento, conclui-se que não obstante a jurisprudência nacional não apresente ainda alicerces consolidados, da leitura dos julgados dos mais diversos tribunais, é possível se aferir algumas características próprias do ordenamento jurídico brasileiro as quais divergem da sistemática tradicional observada no direito estrangeiro, observando-se assim, em alguns casos, graves equívocos conceituais.

Por outro lado, independente de tais equívocos, ou tão somente, distintas formas de interpretação dos casos que se apresentam nos tribunais nacionais, salienta-se a crescente aplicação da teoria em nosso ordenamento, reconhecendo-se em grande parte das hipóteses, a existência de um dano indenizável, e demonstrando-se gradual aperfeiçoamento dos conceitos envolvidos.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL NA FASE PRÉ-CONTRATUAL

A teoria da responsabilidade pré-contratual surgiu em 1861, quando foi encontrado um meio de se fazer responder por danos provenientes de contratos nulos ou anuláveis decorrente de problemas na sua formação. A indenização deveria cobrir o interesse contratual negativo, ou seja, deveria colocar o lesado na situação em que se encontraria se não tivesse celebrado contrato inválido.

Na seqüência, essa descoberta jurídica chamou a atenção para uma série de questões antes ignoradas pela doutrina e jurisprudência. Vários legisladores introduziram em seus ordenamentos jurídicos algumas normas que sancionaram a *culpa in contrahendo,* sobretudo com a imposição da obrigação de ressarcimento do dano produzido, a cargo da parte que culposamente causasse a invalidade do negócio jurídico estabelecido entre as partes.

Entretanto, foram englobadas no conceito jurídico da responsabilidade pré-contratual com essa descoberta jurídica, as hipóteses de negócio inválido e ineficaz, quer aquelas em que se haja estipulado um negócio válido e eficaz, nascendo, contudo, do processo formativo danos a reparar, quer ainda, as situações em que não se tenha celebrado negócio algum por virtude de ruptura das tratativas na fase ainda negocial.

A negociação é um meio básico de conseguir o que se quer de outrem. É uma comunicação bidirecional formada na idéia para chegar a um acordo, quando dois indivíduos tem interesses em comum ou opostos.

Segundo Judith Martins-Costa, as condições necessárias para a ocorrência da responsabilidade pré-contratual referem-se:

> a existência de negociações, qualquer que seja a sua forma, antecedente a um contrato; a prática de atos tendentes a despertar, na contraparte, a confiança legítima de que o contrato seria concluído; a efetiva confiança, da contraparte; a existência de dano decorrente da quebra desta confiança, por terem sido infringidos deveres jurídicos que a tutelam; e, no caso da ruptura das negociações, que esta tenha sido injusta, ou injustificada – aí estão, sinteticamente postas, as condições da responsabilidade pré-negocial.

A sistemática abarcada pelo Código Civil dispõe que as relações contratuais devem seguir requisitos implícitos que os informam, antes, durante e após a relação contratual, consubstanciados na função social do contrato e na boa-fé objetiva, visando proteger a segurança jurídica.

Assim, doutrina e a jurisprudência brasileiras, tendem a responsabilizar determinados sujeitos pela ruptura das negociações preliminares com base na aplicação do princípio da boa-fé objetiva, quando observado entre as partes, a existência de certo grau de confiança.

A responsabilidade pré-contratual, tratada no artigo 422 do Código Civil, traduz a boa-fé como cláusula geral, sendo esta de difícil interpretação, já que não comporta regras fixas para guiar o julgador a decidir quando um motivo de rompimento das negociações preliminares é justo ou não. Restando ao julgador, a análise casuística do tipo de relação existente entre os contraentes.

Assim, o fato gerador da responsabilidade acaba sendo a própria confiança despertada na fase pré-negocial. Uma vez rompida pela quebra da fidelidade da palavra de uma das partes, ou mesmo a inserção de ato desleal e de má-fé no ambiente de confiança, tem-se configurado o dever de indenizar.

A falta de consideração à outra parte, e a utilização abusiva da faculdade de não contratar, não acarretam danos. O que não deve ocorrer é a criação de expectativa na outra parte, de que o contrato será concluído.

O próprio princípio da boa-fé objetiva veda este comportamento contraditório de uma das partes, a qual consubstancia-se na máxima *venire contra factum proprium,* cujo

fundamento tem conexão direta com a boa-fé objetiva, pois ambas residem na proteção da confiança da contraparte.

Nessa medida, o elo que se estabelece entre a responsabilidade pré-contratual oriunda da ruptura das negociações preliminares e a doutrina do *venire contra factum proprium* é a confiança efetivamente gerada na conclusão do contrato, principal elemento que pressupõe a responsabilização suscitada.

Nesta lógica, a responsabilidade pré-contratual na fase negocial, por rompimento das negociações, implica em uma criteriosa e equilibrada ponderação dos interesses privados em jogo, para que seja assegurada, em todos os casos, a autonomia privada das partes envolvidas.

Esta autonomia privada, como expressão da autodeterminação dos indivíduos, deve ser utilizada voluntariamente nas relações, enquanto a confiança carregará em seu bojo, a idéia de responsabilidade pessoal. Assim, apesar de ser também um princípio basilar do direito civil, a liberdade de não contratar, deve ser restringida em casos em que a sua manutenção seja chocante do ponto de vista ético-moral para com a confiança produzida.

5.1 EFEITOS DA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

Comum a qualquer responsabilidade civil, o dano será todo prejuízo que um sujeito de direito venha a sofrer através da violação dos seus bens jurídicos, com exceção única daquele que a si mesmo tenha inferido o próprio lesado, o qual será juridicamente irrelevante.

A questão dos danos indenizáveis incide no efeito causado pela responsabilidade pré-contratual, quando da ruptura injustificada das tratativas preliminares. Quando este rompimento injustificado contraria a boa-fé esperada, surge a figura do dano.

Nesse diapasão, para se chegar a uma conclusão sobre a extensão da indenização em que pese a teoria da responsabilidade pré-contratual, tem-se que a mesma dar-se-á acerca das implicações da reparação do dano por lucros cessantes, danos emergentes, e até mesmo aqueles danos de cunho moral.

Com relação aos danos patrimoniais, é preciso entender quais são os gastos ressarcíveis a partir de uma avaliação concreta dos fatos. Em havendo ruptura das negociações e, havendo despesas, nem sempre haverá o dever de ressarcimento, sendo

necessário, para tanto, restar evidenciada a comprovação destas durante a confiança gerada na parte que fora injustamente traída.

5.2 DA PERDA DE UMA CHANCE

Além das hipóteses de utilização da teoria, mencionadas na presente pesquisa, ressaltam-se ainda, aquelas oportunidades, em que os juízes se referem a perda de uma chance, utilizando-a como uma noção tradicional no terreno da responsabilidade civil, como base para uma responsabilização por dano pré-contratual.

Neste contexto, desde que admitida a responsabilidade pré-contratual, deixando de consumar-se o contrato por fato culposo imputável a uma das partes, a frustração da expectativa sofrida pela outra parte, em tese, produziria dano indenizável, em função das circunstâncias de cada caso concreto.

Assim a perda da chance se consubstanciaria na perda da possibilidade de uma das partes, em ver realizado determinado contrato, quando criadas expectativas em relação a conclusão das negociações iniciadas.

Ora, tais expectativas criadas na fase pré-contratual, traduzem-se ou na possibilidade de se auferir lucro ou na possibilidade de se evitar um prejuízo, hipóteses essas que justificam a indenização pela chance perdida.

Quando das tratativas contratuais, tem-se atribuído diferentes naturezas jurídicas ao dano relativo à chance perdida, assumindo este, até mesmo, a natureza de lucro cessante ou dano moral, diferentemente daquela natureza, aqui vislumbrada como a hipóteses mais acertada, qual seja, a de dano emergente.

Para aqueles que entendem, ser a chance perdida na fase pré-contratual uma espécie de lucro cessante, tal argumento se dá em relação aquilo que uma das partes deixou de ganhar pelo não incremento do contrato.

Ao se vislumbrar a indenização em danos morais, pela não observação das tratativas, tem-se o argumento de que expectativas de cunho pessoal foram lesadas, e que tal quebrada confiança depositada por uma das partes deve ser de alguma forma ressarcida.

Destarte, sejam, de fato, observadas aquelas hipóteses em que se justificam os lucros cessantes, ou mesmo os danos morais, pela não ocorrência do contrato, o que não se deve, é confundir tais hipóteses com a perda da chance.

Isso se dá, pois, nos casos de perda de uma chance, não se estaria indenizando a parte pelo resultado contratual não alcançado, e os lucros que daí poderiam surgir, indenízasse a chance perdida de se ter o contrato realizado, já que como demonstrado, o dano da perda da chance é na verdade um dano autônomo, que não deve ser confundido com o dano final, relativo ao resultado não alcançado.

Ressalta-se por fim, que toda a imposição de responsabilidade pela atuação das partes contratantes na fase pré-negocial acaba por dissuadir a livre iniciativa individual. Entretanto, o abandono da fase que antecede a formação do contrato ao livre arbítrio das partes é capaz de fomentar abusos da parte mais experiente ou economicamente mais poderosa e de colocar em risco a segurança das transações jurídicas.

Importa considerar, que a autonomia privada[30], consolidada na liberdade de atuação e de vinculação das pessoas que negociam, a boa-fé que postula um certo nível de confiança depositada pelas partes na formação do contrato válido e eficaz, e a segurança e fluidez do tráfico jurídico são valores e interesses a que há de ser corroborado em toda a imputação de danos entre privados.

Todos os sistemas jurídicos em apreço tutelam aqueles que negociam através do dever de indenizar os danos surgidos na fase negocial e na formação do contrato. No entanto, tanto no direito brasileiro como no direito comparado, a boa-fé objetiva provoca reações substanciais no direito obrigacional e, em certos casos, afasta o princípio da autonomia privada.

Caberá, portanto, ao nosso julgador a solução mais adequada a cada caso, observando este, que se uma das partes confiou na promessa que lhe foi feita, a frustração de sua

[30] É importante destacar a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada conforme as lições de Francisco dos Santos AMARAL NETO: "Para a concepção tradicional, clássica, subjetiva, existe sinonímia nas expressões "autonomia privada", "autonomia da vontade" e "liberdade contratual", que significam ser a pessoa livre e soberana para decidir se, quando e como vincular-se obrigacionalmente. Teoria mais recente contesta essa concepção, considerando não haver identidade entre autonomia da vontade e autonomia privada. A autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto que a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos". De tal forma, a autonomia privada "exprime liberdade, independência, poder individual de transformar a vontade própria em fonte jurídica, governando interesses e necessidades particulares. Tecnicamente, representa a correspondência entre a manifestação de poder individual e sua eficácia jurídica, o conteúdo do ato e os respectivos efeitos". A autonomia privada como poder jurídico. In: *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*, p. 293 e 297.

expectativa, sofrida pela ruptura injustificada, deverá ser reparada, por eventuais danos patrimoniais e morais constatados.

6. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS

A responsabilidade civil possui um vasto campo de estudo, com vários compartimentos, dentre as quais destaca-se a responsabilidade profissional, pela qual aquele que exerce certa profissão deve se comportar dentro de certos parâmetros exigidos para o ofício, pois desviando-se desses parâmetros, provável será, a produção de determinados danos, gerando-se por conseguinte o dever de indenizar do agente.

No tocante à responsabilidade do advogado, nota-se, em geral, em nosso ordenamento, uma responsabilidade contratual decorrendo especificamente de um mandato, podendo o advogado ser responsabilizado, segundo Sérgio Novais Dias[31], por erros de fato, existentes quando há contradições nos fatos apresentados e por erros de direito, que dizem respeito ao desconhecimento das leis usualmente utilizadas nos processos.

Aduz o autor, menção aos erros nos conselhos e pareceres, sobre os quais a doutrina não é pacífica, podendo, um advogado, em tese, ser processado por um conselho indevido ou

[31] DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado; perda de uma chance. São Paulo: LTR, 1999.

em afronta à lei, ou, ao contrário, quando se omitir em informar o cliente quanto a determinado procedimento judicial.

Também quanto à omissão de providências, o referido autor faz menção, dispondo que quando o patrono aceita a causa, obriga-se a dedicar o zelo e atenção no desempenho do mandato, dando ao cliente informações constantes e completas sobre o andamento do pleito, e tomando ou fazendo tomar as incumbências para o bom andamento do mesmo.

Sérgio Novais Dias refere-se, por fim, à desobediência às instruções do constituinte, cuja prática, o autor entende ser extremamente imprudente.

Independente de qualquer enumeração, como esta suscitada pelo referido autor, cumpre ressaltar, que em sua grande maioria, as obrigações do advogado consistem em obrigações de meio e não de resultado, em outras palavras, o advogado está obrigado a usar sua capacidade profissional na defesa da causa e ser diligente, mas não se obriga pelo resultado do processo, sob o qual não há possibilidade de previsão segura, diante das especificidades processuais e fatídicas de cada pleito.

Excepcionalmente, no entanto, serão observadas áreas de atuação da advocacia caracterizadas como obrigações de resultado, como aquelas relativas à elaboração de um contrato ou de uma escritura, na qual o advogado compromete-se a ultimar o resultado.

Nesta e em outras hipóteses, em que se percebe obrigação de resultado do advogado, restarão algumas dúvidas as quais, somente serão sanadas pela analise do caso concreto, sendo a partir de então, possível definir eventual falha funcional do advogado que resulte em dever de indenizar.

Diferença latente entre ambas as espécies de obrigação, refere-se ao fato de que quando há a inadimplência contratual por parte do profissional contratado, cuja obrigação é de resultado, presumi-se que a culpa é do inadimplente da obrigação e o ônus da prova cabe à este para eximir-se da responsabilidade. Na obrigação de meio, por outro lado, o contratante que se sentir lesado deverá provar a conduta ilícita ou culposa (lato senso) do profissional contratado. Aqui não se presume a culpa do inadimplente, e o lesado deve provar que o profissional contratado não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.

Não obstantes os diferentes aspectos envolvidos, o que se tem por certo, é que o advogado deverá responder por erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato, não havendo qualquer duvida porquanto a inabilidade profissional evidente ocasiona prejuízos ao cliente, gerando o dever de indenizar.

Justificará a indenização por parte do causídico, o erro injustificável por ele cometido, mas que seja elementar para o advogado médio, aferindo-se, ainda, se este agiu com diligência e prudência na causa que aceitou patrocinar.

Nesse sentido, deve-se examinar se de fato houve prejuízo para o mandatário que tenha advindo de conduta que não ocorreria com a atuação da generalidade de profissionais da área.

Aspecto, igualmente relevante, e inerente à profissão do advogado é o dever de informar, ou seja, o advogado deve informar o cliente de todos as possibilidades vislumbradas na causa, bem como, quanto as conveniências e inconveniências das medidas judiciais a serem propostas.

Essa informação deve ser progressiva, à medida que o caso se desenvolve, e deve-se levar em conta se todas as informações foram fornecidas pelo cliente, pois fornecidas informações inverídicas ou incompletas, o advogado não poderá ser responsabilizado.

Em regra geral, o advogado responderá quando incorrer em culpa, não sendo necessário que se prove seu dolo. Neste diapasão, dispõe o artigo 32 do Estatuto da Advocacia, que o advogado será responsável por dolo ou culpa no exercício profissional.

Conforme posição adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, que manteve a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais, a responsabilidade pessoal dos advogados dependerá de prova de culpa, não admitidas as hipóteses de responsabilidade civil objetiva em termos gerais.

6.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE DO ADVOGADO

A Teoria da perda de uma chance, que adotada primeiramente pela jurisprudência francesa, passou a ser analogamente aplicada por alguns tribunais brasileiros para determinados casos de responsabilidade médica, posteriormente, foi adaptada aqueles profissionais que, assim como os médicos, respondem por obrigações de meios e não de resultado.

A perda de uma chance traduziu-se, então, em uma tentativa recente de formular parâmetros à responsabilidade civil dos profissionais os quais respondem por obrigações de

meios, parâmetros esses, referentes a constatação da existência de culpa do profissional, a qual da margem à indenização do cliente pelo advogado.

Nesta esfera da responsabilidade do advogado, em não raras oportunidades o que se constata é a desídia ou retardamento na propositura de uma ação judicial por parte do profissional, bem como, eventual perda do prazo de contestar ou recorrer, dentre outros.

É latente, que um cliente, quando contrata os serviços profissionais de um advogado, tem uma expectativa séria e provável de obter um benefício, qual seja a condenação da outra parte contra a qual alega determinado direito.

Ora, se este, perde seu direito por desídia do causídico, sendo provável que a sua causa fosse examinada pelo órgão judiciário competente e possivelmente este lhe reconhecesse, ainda que em parte, o direito que pleiteava, deve se aplicar a teoria da perda de uma chance.

No início do século passado, os tribunais franceses aos quais foram submetidas demandas dessa natureza manifestaram-se contra a idéia por entenderem como eventual e hipotético o dano alegado. Todavia, a partir de determinadas teses doutrinárias que viam nesses casos a existência de um dano certo e atual, passaram a aceitá-la.

Yves Chartier[32], cuida especificamente da perda de uma chance vinculada a um direito, afirmando ser hipótese clássica, aquele que por culpa de um mandatário, uma parte deixar de ter salvaguardados seus direitos na justiça.

Nesta hipótese, se constatado que a demanda inviabilizada por culpa do advogado privou o cliente de determinada vantagem que dela esperava obter, estar-se-á diante de caso típico de *perda de uma chance*, ensejador de indenização.

Atenta-se, contudo, ao fato, de que não obstante seja notável a necessidade de se indenizar um cliente lesado pelas falhas desidiosas de seu advogado, tal indenização não deve corresponder ao que a vítima efetivamente deixou de ganhar, mas sim deve representar monetariamente a chance perdida, em outras palavras, indeniza-se a chance e não o possível resultado da demanda.

Tão pouco, deve a indenização pela perda de uma chance, dar-se nos moldes de uma compensação moral, pois com essa não se confunde, assumindo o dano da perda de uma chance a natureza de dano material, mais especificamente a de dano emergente, como pontuado anteriormente nesta pesquisa.

---

[32] Yves Chartier, *La Réparation de Préjudice*, Dalloz, 1983, p. 31, n° 23.

Questão interessante, a saber, refere-se à duvida suscitada quando da responsabilização do advogado, em relação aos honorários advocatícios, em outras palavras, além de cobrar indenização, o cliente ficará, ainda, isento de pagar os honorários contratados?

Ora, o argumento do cliente seria o de liberar-se de tal pagamento diante dos maus serviços prestados para os quais havia sido contratado, não merecendo, este, receber por aquilo que não prestou nos moldes corretos.

Não obstante tal argumento mereça certa credibilidade, a solução que se traduz mais acertada, é aquela defendida por Sergio Novais Dias, pela qual deve-se fazer uma compensação entre o dano sofrido pelo cliente e os honorários devidos ao advogado. Vejamos como o referido autor descreve a situação:

> Se o advogado responsabilizado pela perda de uma chance, paga ao cliente indenização fixada, este já foi inteiramente ressarcido quanto ao mau serviço prestado pelo advogado. Isentar-lhe, ainda, do pagamento dos honorários, pelos serviços prestados, significa promover o enriquecimento sem causa do cliente. É, aliás, justo e correto que se compensem a indenização os honorários pactuados, de sorte que o cliente pagará apenas a quantia remanescente, se o valor do dano for inferior aos dos honorários, ou o advogado pagará ao cliente a quantia que sobejar, se a indenização superar o *quantum* dos honorários pactuados. [33]

Não obstante tal posição, havendo quebra de confiança do cliente, e nesse sentido, inviável a permanência da relação contratual, licito será, por parte do cliente, resolver o contrato, procedendo-se, em seguida, ao pagamento dos valores devidos, proporcionais aos serviços prestados até o momento que se extinguir o contrato.

6.2 DA JURISPRUDÊNCIA

Embora a perda da chance não seja ainda muito esmiuçada na doutrina nacional, bem como, não apresente até o presente momento unicidade de aplicação na jurisprudência, nota-se que os tribunais, em termos gerais, têm dado pronta resposta à tese, quando ela se faz necessária no caso concreto.

Nesse sentido, faz-se mister analisar determinados julgados, cujos trechos transcritos revelam a forma atual de aplicação dos conceitos envolvidos pela teoria.

---

[33] DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado ... *op. cit*., p. 89.

Inicialmente, quanto à necessidade de constatação da culpa do patrono, para a responsabilização do mesmo, seguem transcritas as seguintes ementas:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. A obrigação do advogado é de meio e não de resultado, dependendo sua responsabilidade da prova da culpa ou do dolo. **Não comprovado que o advogado, no exercício de sua atividade profissional, tenha sido negligente, desidioso, ou tenha cometido erro injustificável ou inescusável, descabe a indenização pretendida**. VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL. Os honorários advocatícios devem ser condizentes com o trabalho exigido e produzido pelo profissional. Apelo desprovido e recurso adesivo provido em parte." (grifo nosso)
> (Apelação Cível 70007690753, 15ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos, 17-03-2004).[34]

> MANDATOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. **A obrigação do advogado é de meio e não de resultado e a sua responsabilidade civil depende da prova de culpa ou dolo**, a teor do artigo 159 do Código Civil de 1916 e do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Não há falar-se em responsabilidade do profissional do direito, sem prova inequívoca que demonstre a existência dos alegados danos e do nexo de causalidade entre a sua atuação e o julgamento de parcial procedência da reclamatória trabalhista, não restando configurado o dever de indenizar, no caso vertente. Apelo desprovido. (grifo nosso)
> (Apelação Cível 70011711488, 15ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Vicente Barroco de Vasconcellos, 24-08-2005).[35]

Reitera-se, pelo exposto, observação já realizada na presente pesquisa, no sentido de que a responsabilidade para os profissionais liberais será subjetiva, e dependerá, nesse sentido, de prova de culpa, não admitidas, em termos gerais, as hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

Em relação as diferentes hipóteses apresentadas em juízo, nota-se de um lado, aquelas ensejadoras de indenização, e outras, as quais, se encontram ausentes qualquer possibilidade de sucesso na demanda, por parte do requerente, razão pela qual restam não indenizadas.

---

[34] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (15ª Câmara). Civil. Apelação. Ação de Indenização. Responsabilidade Civil do advogado. Caso concreto. Matéria de fato. Apelo desprovido recurso adesivo provido em parte. Apelação Cível nº 70007690753/2004. Relator: Desembargador Vicente Barroco de Vasconcellos. Porto Alegre, 17 de março de 2004. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

[35] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (15ª Câmara). Civil. Apelação. Mandatos. Ação de Indenização. Caso concreto. Matéria de fato. Apelo desprovido. Apelação Cível nº 70011711488/2005. Relator: Desembargador Vicente Barroco de Vasconcellos. Porto Alegre, 24 de agosto de 2005. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

Nesse sentido, o Acórdão proferido na Apelação de nº. 70018797092, pela 15ª Câmara Cível, da Comarca de Porto Alegre, refere-se à teoria da perda de uma chance, embora não justifique a indenização requerida, senão vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. MANDATO. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE POR AUSÊNCIA DE RECURSO.
> A "perda de uma chance" por omissão do advogado quanto a recurso não importa em obrigatório dever de indenizar. É imprescindível examinar as circunstâncias a fim de concluir se a situação justifica indenização, especialmente a conduta do advogado e o possível resultado do recurso. Caso onde a pretensão indenizatória não deve ser acolhida. Apelo do réu provido, prejudicado o do autor.

Como bem pontuado na ementa transcrita, não são todas as hipóteses, ensejadoras de indenização, devendo-se constatar casuisticamente o possível resultado do recurso, pois se o mesmo estiver fadado ao insucesso, não há razão para sua interposição por parte do advogado, o que não justifica a indenização do cliente diante da ausência de qualquer interposição recursal.

É o trecho do voto do desembargador relator, Paulo Roberto Félix, que corrobora tal tese:

> (...)Nesse quadro, é possível concluir que o réu tenha desistido do recurso pela convicção do insucesso.
> Além da razoabilidade da opção do réu em tal contexto, que, como referi, havia sofrido alteração, a possibilidade de sucesso era muito remota.
> Concluo, pois, em que pese a brilhante sentença proferida pelo Dr. Eduardo João Lima Costa, que as circunstâncias não chegam a justificar indenização(...).[36]

Igual posicionamento apresenta a ementa que hora segue:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. EXERCÍCIO DO MANDATO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PERDA DE UMA CHANCE. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA NÃO VERIFICADAS. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO DESDE QUE COMPROVADA A PRESENÇA DE CHANCE CONSIDERÁVEL DE REFORMA DA DECISÃO. CIRCUNSTÂNCIA NÃO PRESENTE NA ESPÉCIE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO CAUSÍDICO NÃO VERIFICADA NO CASO CONCRETO. SENTENÇA MANTIDA. **A perda de uma chance**

[36] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (15ª Câmara). Civil. Apelação. Ação Indenizatória. Mandato. Advogado. Perda de uma chance por ausência de recurso. Apelo do réu provido, prejudicado o do autor. Apelação Cível nº 70018797092/2007. Relator: Desembargador Paulo Roberto Félix. Porto Alegre, 19 de dezembro de 2007. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

> **leva a caracterização da responsabilidade civil do causídico não quando há mera probabilidade de reforma de uma decisão lançada no processo, porém quando a alteração dessa vai além da eventualidade, tangenciando a certeza.** Não há, nos autos, prova de que a decisão de fixação de alimentos seria alterada, pois sequer foram juntados precedentes que embasassem referida pretensão. A advocacia trata-se de atividade de meio e não de resultado. Outrossim, não está o advogado obrigado a recorrer de toda e qualquer decisão lançada no processo. Caso em que há indícios que o percentual fixado a título de alimentos teve a anuência do constituinte. DESPROVERAM O APELO." (grifo nosso)
> *(Apelação Cível 70016338105, 5ª Câmara Cível do TJRS, Des. Paulo Sérgio Scarparo, 11-10-2006).*[37]

Também a seriedade da chance perdida, não deve ser ignorada, em razão de ser esta, um dos requisitos para que se proceda a indenização do dano pela perda da chance, vejamos ementa descrita nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL - SEXTA CÂMARA CÍVEL - Nº 70005635750 - PORTO ALEGRE - MANOEL NUNES FILHO – APELANTE - ILCA MARION NEVES NUNES – APELANTE – NELSON LACERDA DA SILVA -APELADO(A)
> AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA E IMPERICIA DE ADVOGADO, QUE SERIA RESPONSÁVEL PELA REVELIA E INTERPOSIÇÃO INTEMPESTIVA DE APELAÇÃO.
> PROVA QUE SÓ PERMITE CONCLUIR PELA CULPA DO PROFISSIONAL NA ÚLTIMA HIPÓTESE.
> PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE, PORÉM, DA SERIEDADE E VIABILIDADE DA CHANCE PERDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO PRESENTES NA ESPÉCIE.
> ACOLHIMENTO DO PEDIDO APENAS PARA CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL AO RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS PAGOS PELOS AUTORES E PREPARO DO RECURSO INTEMPESTIVO.
> APELO EM PARTE PROVIDO.

Segue trecho do voto do relator do processo supracitado, que merece transcrição:

> Verifica-se, portanto, a perda de uma chance, pois, uma vez interposta em tempo a apelação, poderia em tese ocorrer mudança no resultado do julgamento em prol dos ora autores. (...Todavia, como bem acentua Sérgio Severo (*Os Danos Extrapatrimoniais*, São Paulo, Saraiva,1996, p.11 a 13), "A questão da perda de uma chance está inserida na esfera da certeza do dano, visando a indenização do dano causado quanto a vítima vê frustrada,

[37] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (5ª Câmara). Civil. Responsabilidade Civil. Advogado. Exercício do mandato. Perda de uma chance. Desproveram o apelo. Apelação Cível nº 70016338105/2006. Relator: Desembargador Paulo Sérgio Scarpalo. Porto Alegre, 11 de outubro de 2006. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

> por ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça". Por isso, adverte, invocando o ensinamento de Le Tourneau, "no que tange à indenização pela perda de uma chance é essencial que a mesma seja plausível e não aponte uma simples quimera" (...) "Trata-se da probabilidade de que o evento ocorresse; não fosse a intervenção do agente, esta chance deveria ser séria e viável" (...) Portanto, a chance deve ser considerável e não meramente eventual. [38]

Em oposição aos exemplos até aqui expostos, nos quais embora menção à teoria a mesma não foi aplicada, diante da ausência de probabilidade de ocorrência do resultado esperado, ou ainda ausente a seriedade da chance envolvida, certo é que em diversas outras situações o dano pela perda da chance resta configurado.

É o que se observa na ementa abaixo transcrita, em que foi reconhecida a desídia do advogado contratado, bem como, a probabilidade de provimento da apelação não interposta, vejamos:

> 2007.001.01489 - APELACAO CIVEL - DES. MAURICIO CALDAS LOPES - 24/01/2007 - SEGUNDA CAMARA CIVEL. Ordinária de indenização.Ação intentada contra advogados e corretor de seguros em decorrência do mau serviço prestado por aqueles na ação de cobrança de indenização securitária proposta pela ora autora contra a seguradora.Sentença de improcedência.Exame pericial grafotécnico de crucial importância para o desate daquela demanda não requerida sequer.Apelação contra a sentença desfavorável à segurada, oferecida intempestivamente.**Circunstâncias que, somadas, conduzem à conclusão objetiva de desídia no desempenho da obrigação contratada, ainda quando simplesmente de meio e não de resultado** - haja vista que o primeiro réu não ensejou à autora o manejo dos recursos de defesa que o ordenamento processual lhe punha ao dispor, quando não conduzisse à subjetiva de autêntico conluio com seu próprio irmão - o corretor a quem se imputava a falsificação da assinatura da autora -- em ordem a subtraí-lo às conseqüências de sua intervenção como intermediário da compra e venda do seguro do veículo.**Embora não se possa, com acerto total, afirmar que a produção da prova pericial só por si asseguraria à autora-apelante o êxito naquela demanda, ou que a intempestiva apelação viesse a ser provida, pode-se, com segurança, tê-los como altamente provável na hipótese.** Primeiro porque a assinatura aposta no documento de fls.35 visivelmente não é da autora; depois porque foi com apoio nesse documento que se afirmou a má-fé da segurada e, em conseqüência, livrou-se a

[38] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (6ª Câmara). Civil. Ação de reparação de danos materiais e morais. Perda de uma chance. Possibilidade de indenização. Apelo, em parte provido. Apelação Cível nº 70005635750/2003. Relator: Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, 17 de novembro de 2003. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

> seguradora da reclamada obrigação de indenizar.**Perda de uma chance caracterizada.**Recurso parcialmente provido. (grifo nosso)[39]

Em seguida, têm-se ementas nas quais o direito à indenização pela perda de uma chance também se configura, em razão de falhas do patrono da causa, senão vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL - NONA CÂMARA CÍVEL –
> Nº 70005473061 - COMARCA DE PORTO ALEGRE. - LUISIANE MARIA ROSA- APELANTE - VORNI ALVES - APELADO.
> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO.
>
> Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CCB/1916.
>
> APELO DESPROVIDO.[40]

> APELAÇÃO CÍVEL - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL EM REGIME DE EXCEÇÃO - N° 70000958868 - PORTO ALEGRE - LUIZ VAZ DA SILVA - OPERADORES ADMINISTRATIVOS ASSOCIADOS DA CEE DO RGS OAAS APELTE/RECDO ADESIVO - RECORRENTE ADESIVO/APELADO
> MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE PERDA DE PRAZO PARA INTERPOR RECURSO POR FALTA DO PREPARO. DANO CONSISTENTE EM PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Tendo o mandatário deixado de realizar o preparo do recurso que foi julgado deserto, deve indenizar os danos do mandante consistentes, além de gastos com sucumbência e outros, daqueles relativos à perda de uma chance. RECURSO ADESIVO DA AUTORA PROVIDO. RECURSO DO RÉU IMPROVIDO.[41]

---

[39] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2ª Câmara). Civil. Apelação Cível. Recurso parcialmente provido. Apelação Cível nº 2007.001.01489. Relator: Desembargador Maurício Caldas Lopes. Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 2007. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 17 de março de 2008

[40] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (9ª Câmara). Civil. Responsabilidade Civil. Perda de uma chance. Advogado. Mandato. Apelo desprovido. Apelação Cível nº 70005473061. Relator: Desembargador *Adão Sergio do Nascimento Cassiano*. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

[41] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (16ª Câmara). Civil. Mandato. Responsabilidade Civil do advogado. Dano consistente na perda de uma chance. Recurso adesivo da autora provido recurso do réu improvido. Apelação Cível nº 70000958868. Relator: Ana Beatriz Iser. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

Entende-se, pela análise proposta, que a particularidade da responsabilidade do advogado, quando da aplicação da teoria, se dá, em razão de nunca ser possível saber, ao certo, qual seria o resultado dos julgamentos que acabam por não ocorrer. Ainda que se tenha certa probabilidade não deve ser afastada a margem de livre apreciação por parte do julgador.

A doutrina e jurisprudência, por outro lado, representam rumos importantíssimos para o exame da probabilidade dos resultados das demandas, sendo possível a partir destas, se fazer um juízo de probabilidade desses resultados, numa apreciação moderada da questão.

Nas ações de responsabilidade civil do advogado, inúmeras questões podem surgir, como a não contratação do profissional, o não cabimento de determinada providência, e existência ou inexistência de nexo de causalidade, a extensão do dano, a concordância do cliente com os atos do patrono, dentre outras, as quais, deverão ser analisadas de acordo com suas peculiaridades.

O que não se deve perder de vista, é que, independente da equidade a ser seguida pelo juízo, a aplicação da teoria da perda da chance além de traduzir-se em justiça para aqueles que se vêem privados de auferir determinado lucro, significa um importante instrumento de fiscalização das atividades desenvolvidas pelos causídicos, contribuindo, assim, para a preservação da ética na relação destes com seus clientes.

7. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Em tempos não muito remotos, pouco se discutia a respeito da responsabilidade profissional dos médicos, embora alguns juristas já viessem se referindo ao assunto. Isso ocorria, pois o médico era para toda a coletividade um benfeitor que intervinha sempre para o bem do doente, de forma que mesmo se o resultado da sua intervenção, não corresse bem, o doente e/ou seus familiares resignavam-se diante das limitações da medicina sem nunca questionar o procedimento adotado pelo profissional ou atribui-lhe a culpa por eventual dano.

Com o passar dos anos, e a crescente evolução tecnológica, os trabalhos e pesquisas realizados permitiram a identificação de novas doenças, a possibilidade de diagnósticos precisos, e terapêuticas adequadas mediante tratamentos clínicos ou intervenções cirúrgicas cada vez mais especializadas e cada vez mais delicadas. Tudo isto representou um considerável aumento de complexidade no exercício da atividade médica e, conseqüentemente, dos riscos a ela inerentes.

Como bem pontuado pelo prof º João Batista Lopes, reproduzindo lição de Alvino Lima [42], ao se referir às novas situações fáticas que se apresentam, as quais exigem inovadoras soluções jurídicas, vejamos:

> A vida aí está, com todo o espetáculo das suas realizações criadoras de novas situações jurídicas, a desafiar e a exigir soluções sem desmantelo da harmonia social (...) quando as circunstancias da vida, múltiplas,

[42] LOPES, João Batista. Perspectivas atuais da responsabilidade civil no direito brasileiro. RJTJSPP – Lex 57/13-15.

> imprescindíveis, memoráveis, colocam os homens mais a mercê dos outros, justifica-se sobremaneira o amparo da lei na proteção da vítima.

Nesse sentido, com o desenvolvimento da tecnologia, a multiplicação de profissionais no mercado de trabalho e a reprodução de técnicas desenvolvidas, mais comuns se tornaram os danos, razão pela qual, a responsabilidade civil do médico tornou-se cada vez mais presente nos tribunais brasileiros, tendo tais danos, sofridos pelos pacientes, sido constante objeto de avaliação, em relação ao ressarcimento por parte dos responsáveis pelo fato.

Ademais, a crescente interposição de ações judiciais contra erros médicos, em todas as regiões do país vem demonstrando o aumento das situações de risco, a precariedade das condições físicas oferecidas, bem como, o despreparo de profissionais jogados no mercado sem a devida habilitação e compromisso.

Por outro lado, evidencia-se uma conscientização cada vez maior da população, em busca de qualidade no atendimento que lhe é entregue, bem como, na busca de seus direito quando da ocorrência de danos no procedimento médico.

Não há mudança de comportamento das pessoas em relação aos médicos, que, sem dúvida, continuam a ser reverenciados, e vistos como benfeitores. Contudo, como bem pontuado por Miguel Kfouri Neto[43],"vai se consolidando, a clara percepção do erro inescusável, da imperícia inadmissível, da negligencia criminosa, que impelem as pessoas à busca da reparação."

Para que os direitos dos pacientes sejam assegurados, e as condutas dos profissionais envolvidos possam ser fiscalizadas e avaliadas, variadas são as formas de controle da atividade médica.

Nenhum médico pode, por exemplo, exercer a profissão sem prévia inscrição na Ordem dos Médicos. Tal inscrição o vincula à disciplina de ordem de seus Estatutos, bem como, a outras disposições ou regulamentos internos.

A violação de seus deveres, restabelecidos nas respectivas disposições, constitui o médico em responsabilidade disciplinar profissional**,** que será apreciada pelo Conselho Disciplinar responsável.

Outras disposições legais, constantes no Código Penal e no Código Civil, além das legislações avulsas sobre o tema, tipificam certos atos como crimes, fazendo com que o

---

[43] KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. Ed. Revista dos Tribunais. 5ª edição. 2003. São Paulo.

médico que infrinja estas normas incorra em responsabilidade penal, ficando sujeito ao julgamento segundo as normas processuais penais.

Finalmente, sobre a responsabilidade civil do médico, que o constitui na obrigação de reparar o dano causado por sua intervenção, seja esse dano de índole física ou moral, mister incidir certa análise.

A responsabilidade civil deve incidir na atuação do profissional médico, em decorrência de ato seu, na relação mantida com seu paciente, pois, quando o profissional é procurado pelo cliente, forma-se um vínculo contratual entre os envolvidos, muitas vezes até mesmo tacitamente, que os atrela em uma relação de direitos e deveres recíprocos, podendo surgir daí a responsabilidade civil do médico.

Não se discute, aqui, a natureza subjetiva da responsabilidade civil do médico, uma vez que não se poderia admitir fosse tal profissional responsabilizado objetivamente, diante da ausência de conceitos técnicos observadas no Direito.

Diante disto, legislação, doutrina e jurisprudência são uníssonos em repelir tal aplicação objetiva, observando-se assim, para fins da responsabilidade civil do médico, a comprovação casuística, da ocorrência o dano, da culpa e do nexo de causalidade entre a conduta do profissional e o resultado danoso.

Imperioso ressaltar-se, contudo, que a obrigação do médico não é, necessariamente, curar o doente, mas sim, utilizar de todo zelo e seus conhecimentos profissionais. Trata-se da denominada, obrigação de meio, sobre a qual nos ensina Washington de Barros Monteiro[44], que "nos contratos de meio, o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir com prudência para atingir a meta colimada pelo ato".

Assim, a responsabilidade do médico, deverá ser apurada em relação ao cumprimento, por parte do mesmo, de sua obrigação de meio, devendo este utilizar-se, para tanto, dos mecanismos conhecidos, necessários e disponíveis para o tratamento do paciente, não podendo garantir-se o perfeito resultado.

Não obstante, seja a obrigação de meio aquela comumente atribuída aos médicos, excepcionalmente, por aspectos específicos, algumas áreas da medicina, enfrentam a responsabilidade civil sobre o amparo da obrigação de resultado. É o caso típico da obrigação assumida pelo cirurgião plástico. Este não alcançando o resultado estético pretendido, deverá indenizar o paciente pelo dano causado.

Neste sentido indica Carlos Roberto Gonçalves[45]:

[44] MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, 10ed. Vol 4. São Paulo. Saraiva p. 52.
[45] GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, São Paulo, Saraiva, 1988, 4ª ed., p. 124.

> Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia mal-sucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. A indenização abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, bem como verba para tratamentos e novas cirurgias.

Sendo assim, em cada caso, deverá ser observada a responsabilidade civil do médico e a forma de obrigação envolvida, a fim de se concluir ou não, sobre a possibilidade de indenização do paciente.

Sobre a aplicação dos dispositivos pátrios relativos ao tema, observa-se que a entrada em vigor do Novo Código Civil não representou significativas mudanças na constatação da responsabilidade civil do médico. O referido diploma

apresenta a questão, ainda que de forma indireta, em diversos artigos, dentre os quais destaca-se o artigo 927, cujo teor refere-se a obrigatoriedade de reparação de determinado dano, por aquele que ilicitamente lhe deu causa.

Além do novo diploma cível, também o Código de Defesa do Consumidor, se propõe a tutelar a atuação do profissional médico dentro de suas normas, uma vez que trata das relações advindas das variadas prestações de serviços, sendo o atendimento médico, uma dessas categorias.

Sobre o assunto discorre VENOSA[46]:

> a lei do consumidor veio, portanto, facilitar sobremaneira os reclamos de maus serviços médicos, matéria que ainda não ganhou a dimensão esperada nos julgados justamente porque o acesso à Justiça era sumamente dificultado pela manutenção dos princípios tradicionais da responsabilidade civil subjetiva.

O Código de Defesa do Consumidor permitiu novo horizonte na busca da responsabilidade civil do médico, uma vez que permitiu a possibilidade de inversão do ônus da prova, pela qual passa a caber ao médico a comprovação de sua não responsabilidade, não cabendo ao autor da ação fazer prova do seu direito sempre que, a critério do Juiz, for verossímil a alegação do referido autor ou for este hipossuficiente, uma vez que o profissional

[46] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil – responsabilidade civil. Vol. 4. São Paulo. Atlas. 2002. p 100.

médico dispõe, indubitavelmente, de melhores conhecimentos e condições técnicas de provar seu correto agir, do que o paciente.

Não obstante os variados diplomas que tutelam, direta ou indiretamente, a responsabilidade civil dos médicos, o que se deve destacar, é que esta responsabilidade, em geral, dependerá sempre de prova da culpa, consoante o artigo 14, §4°, pelo qual, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Nesta ótica, é de se concluir, que a responsabilidade do médico deixou as discussões internas da classe, via CRM, passando a ganhar os corredores forenses, sujeitando os profissionais a debates acerca de suas atuações.

7.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE DO MÉDICO

Com o passar do tempo, as teorias subjetivistas utilizadas pela Responsabilidade Civil mostraram-se inadequadas à cobertura de todos os prejuízos que reclamam reparação, na medida que, diferente do que normalmente ocorre com a comprovação do dano, a prova da culpa e do nexo de causalidade por vezes apresenta-se bastante problemática, deixando a vítima sem indenização.

Foi também nesse contexto, que a partir da década de 60, surgiu, especialmente na França, a chamada "teoria da perda de uma chance" (perte d'une chance), que aplicada à atividade médica, ficou conhecida como "teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência".

A idéia central é explicitar inconvenientes existentes na comprovação dos elementos formadores da responsabilidade subjetiva (culpa, dano e nexo de causalidade), enfatizando o resultado lesivo.

Desta forma quando não é possível afirmar que determinado dano foi ocasionado por um ato ou omissão do médico, a Corte de Cassação francesa supõe que o prejuízo configura-se na perda da possibilidade de cura, e por isso, condena à indenização por esta perda.

A causalidade, assim, passa a ser de simples comprovação, já que se deixa de demonstrar que determinada culpa causou determinado prejuízo, passando-se a se afirmar, tão

somente, que sem a culpa o dano não teria ocorrido, passando a ser suficiente o fato de que a conduta médica comprometeu as chances do doente de vida ou integridade física.

Neste diapasão, comenta Ataz Lopes[47]:

> Há casos em que não se busca uma causalidade pura, sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo quem, com seus atos, causou o dano. Contudo, podendo e devendo interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque absteve-se em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas, que podem revelar imperícia. O médico terá descumprido neste caso, uma obrigação jurídica de atuar, e em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável.

Observe-se que, em tais casos, não se pode dizer que o médico tenha causado o dano. Precisamente por essa dificuldade de apreciar em muitos casos o nexo causal entre a atuação do médico e o dano sofrido, a jurisprudência francesa vem aplicando a quase vinte anos aquela que se chama doutrinada perda da possibilidades de sobrevivência.

Nesse sentido, nos casos em que é difícil a comprovação do nexo de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se que o elemento prejudicial que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento.

Exemplo clássico de aplicação é o do médico que, conduzindo-se negligentemente, falta ao plantão, disso decorrendo a morte do paciente em estado grave que acabara de dar entrada no hospital. No entanto, comprova-se posteriormente que o quadro do paciente era irreversível e que mesmo com a presença do médico o óbito não seria evitado. Nesse caso, temos o dano (morte), a culpa (ausência no plantão), mas não o nexo causal (pois não foi a conduta culposa que ocasionou a morte), de modo que, em princípio, não se completariam os requisitos da responsabilização. A "perda de uma chance de cura ou sobrevivência" vem para responsabilizar o médico mesmo nessas situações.

Nossos Tribunais já aplicaram a teoria da perda de uma chance, por exemplo, para responsabilizar um hospital por ato culposo de seu médico (imprudência) que, ao diagnosticar pneumonia dupla, recomendou ao paciente tratamento domiciliar ao invés de interná-lo e o doente morreu. Entendeu-se que o médico privou o paciente da chance de se submeter a tratamento hospitalar, que talvez pudesse salvá-lo.

---

[47] ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil.* Madrid: Montecorvo, 1985, p. 343.

Nota-se, que nos casos de aplicação dessa teoria, o médico, embora agindo com culpa, não é, em todas as hipóteses, o causador do dano. A relação de causalidade que se estabelece entre a culpa do médico e o dano do paciente não é, portanto, natural, mas sim estritamente jurídica.

Com essa mitigação do nexo causal, a culpa deve ser evitada pelo médico, como única forma segura de afastar sua responsabilidade. Assim, aumenta a importância do dever de diligência do médico, que deve servir-se adequadamente de todo o procedimento pertinente para bem diagnosticar seu paciente.

Não obstante, as críticas feitas quanto á utilização da teoria em determinados casos, devido as possíveis arbitrariedades por parte dos juizes, deve-se frisar, que a perda da chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza, sendo possível que a chance poderia se concretizar e certo que a vantagem esperada foi perdida. Assim, a incerteza repousa apenas em relação ao prejuízo causado, havendo certeza quanto a probabilidade perdida.

Não obstante o afrouxamento do nexo causal até aqui suscitado, a teoria não deve ser aplicada em todas as hipóteses, para tanto, deve-se levar em consideração o fato de que tão somente a chance perdida, séria e real é indenizável. Mister a demonstração da realidade do prejuízo final que não pode ser evitado.

Para sedimentar tal argumento, importa reiterar ensinamento de Rafael Peteffi da Silva[48], em sede de direito comparado, pelo qual tem-se que a observação da seriedade e realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis dos danos puramente eventuais e hipotéticos cuja reparação deve ser rechaçada.

Também os ordenamentos da Common Law demonstram tal preocupação em evitar demandas desnecessárias, as quais não logram demonstrar a seriedade das chances perdidas.

Em relação ao percentual indenizatório, tem-se que a vitima, será indenizada na proporção de sua privação, devendo-se para tanto, se analisar, não o valor total dos ganhos e das perdas mas sim a proporção de um valor que representa a frustração observada pela vítima.

Por todo exposto, não é forçoso se concluir que a utilização da referida teoria, se baseia precipuamente, em um esgarçamento do nexo causal, prestando-se especial ênfase ao resultado lesivo, como forma de facilitar ao lesado a comprovação da culpa médica, evitando-

[48] SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma Chance ... *op.cit.*

se, assim, que a vítima reste não indenizada pela perda de chance de sobreviver ou manter sua integridade física.

7.2 DA JURISPRUDÊNCIA

Partindo-se para uma análise jurisprudencial sobre o tema, observa-se, em termos gerais, a admissão da teoria da perda da chance quando da constatação de conduta médica culposa, independente de ter sido a mesma razão única ou principal para a ocorrência do dano observado.

As ementas que seguem nos remetem a flexibilização do nexo de causalidade, quando da responsabilização do médico pela perda da chance, vejamos:

> 2007.001.45512 - APELACAO CIVEL
> DES. ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 19/12/2007 - VIGESIMA CAMARA CIVEL
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE DE HOSPITAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE (PERTE DUNE CHANCE), QUE ALARGA O NEXO DE CAUSALIDADE, POSSIBILITANDO A RESPONSABILIDADE MÉDICA, AINDA QUE NÃO OCORRA O ERRO MÉDICO PROPRIAMENTE DITO, SENDO SUFICIENTE A OCORRÊNCIA DE CONDUTAS NEGLIGENTES OU FALTA DE DIAGNÓSTICO PRECISO**.** NO CASO, HOUVE FALTA DE UM DIAGNÓSTICO PRECISO, ALÉM DE TER HAVIDO ERRO DE PROCEDIMENTO, QUANDO A TRAQUÉIA FOI LESIONADA NA INTUBAÇÃO, EMBORA A INFECÇÃO CAUSADA PELA LESÃO NÃO TENHA SIDO A CAUSA MORTIS DO PACIENTE, MOTIVO PELO QUAL A SENTENÇA FOI DE IMPROCEDÊNCIA. PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE, AINDA QUE O ERRO NO PROCEDIMENTO NÃO TENHA SIDO A CAUSA MORTIS, O FATO DE O PACIENTE NÃO TER TIDO A CHANCE DE SOBREVIVER, EM RAZÃO DA FALTA DE SEGURANÇA DA EQUIPE DAS RÉS EM CONCEDER UM DIAGNÓSTICO PRECISO, JÁ IMPORTA NA CONDENAÇÃO DO HOSPITAL PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA ESPOSA DO FINADO, EM VIRTUDE DO FALECIMENTO DESTE. VERBA

> COMPENSATÓRIA QUE SE FIXA EM R$ 40.000,00. RECURSO PROVIDO, EM PARTE. [49]

> APELAÇÃO CÍVEL- QUINTA CÂMARA CÍVEL -Nº 70020554275 -COMARCA DE PORTO ALEGRE - IVO FORTES DOS SANTOS – APELANTE - ANTÔNIO CLÁUDIO MARQUES CASTILHO - APELADO
> RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.
> Evidenciado que, no período pré-operatório, o médico foi imprudente, ao não adotar as cautelas necessárias, considerando o quadro clínico peculiar da paciente, e restando caracterizada a negligência na fase pós-operatória, mas não sendo possível imputar, de modo direto, o evento morte à sua conduta, aplica-se ao caso a teoria da perda de uma chance.
> Havendo a hipótese de que, tomadas todas as medidas possíveis para reduzir os riscos da cirurgia, e empreendidos todos os cuidados no pós-operatório, o falecimento não ocorreria, impõe-se a condenação do profissional da área da saúde.
> Indenização fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista a inexistência de nexo causal direto e imediato, mas que havia possibilidade de se evitar o dano. Apelo provido, por maioria.[50]

Como bem pontuado pela ementa supra, mesmo não sendo possível imputar de forma direta o evento morte à conduta do profissional, aplicou-se a teoria da perda da chance, pela qual tem-se como indubitável a conduta imprudente do médico, já que determinada chance foi efetivamente perdida, independente de qualquer outro resultado ainda mais danoso, pelo qual este não fosse diretamente responsável.

> 2007.001.56301 - APELACAO CIVEL
>
> DES. REINALDO P. ALBERTO FILHO - Julgamento: 23/10/2007 - QUARTA CAMARA CIVEL
>
> E M E N T A: **Indenização. Dano material**. Falecimento do filho da Autora decorrente de acidente de trânsito, após várias internações no Hospital Réu. Alegação de erro médico. R. Decisão declarando a perda da vinculação da Ilustre Juíza que presidiu a audiência de instrução e julgamento, frente a sua promoção. Aludido R. Julgado que não foi objeto de Recurso em ocasião

[49] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (20ª Câmara). Civil. Apelação Cível. Ação Indenizatória. Responsabilidade de hospital. Recurso provido em parte. Apelação Cível nº 2007.001.45512. Relator: Desembargador Odete Knaack de Souza. Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2007. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 17 de março de 2008.

[50] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul (5ª Câmara). Civil. Responsabilidade Civil. Ação de Indenização. Erro Médico. Nexo de causalidade. Teoria da perda de uma chance. Apelo provido. Apelação Cível nº 70020554275/2007. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 07 de novembro de 2007. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12 de março de 2008.

> oportuna. Matéria que se encontra preclusa. Se assim não o fosse e, pior, aplicar-se-ia o artigo 132 do CPC. Preliminar de nulidade da R. Sentença que não merece prestígio. **Prova pericial revela a desídia dos prepostos da Suplicada nos procedimentos cirúrgicos necessários, mormente a intervenção craniotomia exploradora. Perda da chance em curar o paciente e, quiçá, evitar o seu óbito. Teoria francesa: perte d´une chance. Vários precedentes deste Colendo Sodalício como transcritos na fundamentação. Responsabilidade de indenizar que se mostra evidenciada.** De cujus que era menor à época do sinistro. Pensionamento de meio salário mínimo que se mostra correto, até a idade que a vítima completasse 65 (sessenta e cinco) anos. Honorários advocatícios fixados na forma do § 3° do artigo 20 do Estatuto Processual Civil. Autora enfatiza expressamente que o seu filho laborava e recebia mensalmente a quantia correspondente a meio salário mínimo. Preliminar Rejeitada e Negado Provimento a ambos os Recursos. (grifo nosso)[51]

Pela observação do trecho supracitado, não é forçoso concluir, que também quando da utilização da teoria da perda de uma chance na seara médica, tem-se como evidente sua natureza de dano material e não de dano moral, nos moldes do que já fora suscitado em momento diverso.

Não obstante diversas sentenças e acórdãos julguem a matéria corretamente, referindo-se ao dano da perda da chance como um dano material, são observados de maneira recorrente, decisões que entendem de maneira diversa. Nestes termos, a ementa abaixo transcrita reconhece o dano da perda da chance de cura, como um dano imaterial, senão vejamos:

> 2006.001.53158 - APELACAO CIVEL
> DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento: 24/01/2007 - DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL -RESPONSABILIDADE CIVIL - DIAGNÓSTICO TARDIO -DANO MORAL CONFIGURADO - O perito vislumbrou demora no atendimento da paciente, fato que teria provocado retardamento no início do tratamento da doença que acometia a autora, comportamento profissional conhecido na literatura pericial francesa como perda de uma chance (perte d´une chance), que preconiza a perda da possibilidade de cura do paciente pela intervenção errada de profissional, pois as possibilidades de recuperação são muito maiores quando descoberta a doença no início. **É o quanto basta para estabelecer-se a responsabilidade do réu, cuja culpa assenta em uma das três hipóteses: erro médico, erro de procedimento e erro de diagnóstico. Configurado o dano imaterial,** pelos sofrimentos físicos e sensoriais que o erro no procedimento provocou na autora, até que as providências para a correção da perfuração de seu útero fossem tomadas, dando-se início ao tratamento

[51] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (4ª Câmara). Civil. Apelação Cível. Indenização. Dano material. Negado provimento a ambos os recursos. Apelação Cível nº 2007.001.56301. Relator: Desembargador Reinaldo P. Alberto Filho. Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2007. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 17 de março de 2008.

> adequado, que não produziria o mesmo resultado se iniciado o quanto antes. Redução da capacidade física atestada pelo expert oficial. Honorários de sucumbência corretamente fixados. Improvimento do recurso. (grifo nosso)[52]

Merece destaque, ainda, as três hipóteses descritas na mesma ementa, cuja a ocorrência traduzirá a responsabilização do profissional, quais sejam: o erro médico, erro de procedimento e erro de diagnóstico.

Transcreve-se, por fim, ementa e trechos do voto da Apelação Cível n° 438.947-4/5, cujo determinados pontos merecem posterior referência:

> Aptes.: ADEMAR LINS DE ALBUQUERQUE e outra, Apdos.: LEONARDO MARQUES POSTERNAK e outros. Responsabilidade civil - Ação de indenização por danos morais - Propositura por pais de paciente acometida de infecção e que veio a falecer - Reconhecimento de falha no atendimento, por falta de tomada de medidas oportunas de enfrentamento do mal, para cuja gravidade os sintomas e os dados em geral apontavam e em relação ao qual o tempo impunha urgência - Julgamento, não obstante, de improcedência do pedido - Defeito da prestação do serviço configurado - Direito da paciente a tratamento independentemente de espera de resultados de cultura de sangue e liquor, para possível reversão do quadro - CDC, artigos 6o., n. I, e 14, "capuf, e parágrafos 3o., n. I, e 4o.; Código Civil de 1916, artigo 159; Constituição Federal, artigo 5o., inciso V – Ação procedente- Recurso provido para esse fim.
>
> (..)**Após versar sobre essa temática, cogitei de que a falta de diagnóstico conclusivo e eficiente subtraiu da paciente a chance de sobrevida, o que caracteriza dano indenizável. Na oportunidade citei a aplicação da teoria da perda de uma chance em situações de responsabilidade civil do advogado [chance de sucesso de um recurso que não foi interposto por desídia do advogado] e que está sendo aproveitada na** (APEL. N° 438 947-4/5 - SÃO PAULO - VOTO 10986 - Alessandra/F Ia vi a/Ne ida *T*.30 18 025 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO) **área da responsabilidade do médico, desde que haja oportunidade real de ser superada a morte,** como afirmou JORGE BUSTAMANTE ALSINA *[Teoria general de Ia responsabilidad civil,* 2a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, p. 397, § 1382] ou simplesmente retardá-la, como enfatiza JURANDIR SEBASTIÃO *[Responsabilidade médica,* Del Rey, 2003, p. 73]. (grifo nosso)

Neste trecho faz-se referência à hipótese de utilização da teoria quando da responsabilização do advogado, apontando, brilhantemente, a possibilidade de utilização

---

[52] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (17ª Câmara). Civil. Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Diagnostico tardio. Dano moral configurado. Improvimento do Recurso. Apelação Cível nº 2006.001.53158. Relator: Desembargador Edson Vasconcellos. Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 2007. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,* Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 17 de março de 2008.

desta, também na seara médica, desde que presente o requisito de ser a chance observada, uma chance real. E continua:

> (...)Não aceito a tese de que não existia probabilidade de cura. Esse é um argumento *ad terrorem* e que se lança diante da gravidade da doença. **Admitiria, sim, o fato, como excludente do dever de indenizar, na hipótese de ter sido tentado o tratamento, teoricamente producente, contra a infecção nas primeiras horas, o que não se verificou**. Não existe, nos autos, prova de que a evolução sempre caminha para o óbito, de modo que se existe um percentual de 30% ou 40% de recuperação, a moça não obteve sequer 1%, porque nada lhe foi concedido.(grifo nosso)[53]

Constata-se pela leitura deste último trecho, entendimento de que independente de ser a doença incurável ou não, a indenização justifica-se diante da simples ocorrência de imprudência do médico, razão pela, não se justificaria a responsabilização do profissional, se observadas as tentativas de tratamento pertinentes ao caso. Essa seria então uma possível excludente de responsabilidade do médico.

É, nesta mesma hipótese, demonstrada a probabilidade de cura da paciente, a qual apresentava probabilidade de cura nos patamares descritos, havendo assim, certeza quanto à probabilidade perdida.

Não obstante algumas variações quando da aplicação da teoria em tela, observa-se a partir da análise jurisprudencial, recorrente utilização da teoria, no que resultam variados patamares indenizatórios, os quais, longe de reparar o dano, justificam-se como forma de contemporizar os infortúnios da inoperância médica e hospitalar.

A má conduta profissional não deve, sob nenhuma hipótese, ser confundida com a má prática médica. A má conduta é geradora do erro médico, resultado imprevisto ou indesejado que pode ser ocasionado por ação ou omissão. Já a má prática médica ocorre quando os conhecimentos da medicina são desviados de sua finalidade precípua, e utilizados de forma atentadora contra a dignidade do ser humano.

A prática da medicina, por ser uma atividade humana, está necessariamente limitada em seus conhecimentos, e exposta a resultados eventualmente adversos e inesperados.

Nesse sentido, não busca o Direito inibir a ação do médico, ao contrário, impõe o respeito àquele profissional que lida com o bem mais valioso do ser humano: a vida.

---

[53] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Civil. Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Recurso provido para esse fim. Apelação Cível nº 438.947-4/5. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,* São Paulo. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 17 de março de 2008.

O que almeja e assegura o Direito é que a relação médico-paciente seja pautada no respeito mútuo que deve existir, e na diligência que o profissional deve empregar, independente de qualquer circunstância que se apresente.

A responsabilidade civil é uma responsabilidade cidadã, e desta forma, procura sempre zelar para que as regras de condutas sociais da vida comunitária possam sempre ser respeitadas.

8. DA ADMISSÃO DAS INDENIZAÇÕES DAS CHANCES PERDIDAS

O Código Civil Brasileiro determina em seu art. 186, uma cláusula geral de responsabilidade civil, que reza: "Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

No mesmo sentido dispõe o art. 927, sobre o ato ilícito: *"Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."*

Nota-se pelo exposto, que o referido diploma, nos moldes dos Códigos Civis Francês e Italiano, utilizou um conceito bem amplo de dano, sem estabelecer, especificamente, quais seriam as espécies de danos envolvidas por tal conceito.

Ao determinar que o credor terá direito a obter o que efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar, o art. 402 do diploma civil nacional, acabou por positivar, mesmo que implicitamente o princípio da responsabilidade civil da reparação integral dos danos.

A importância de tal principio, consiste no fato, de que o mesmo busca assegurar o direito da vítima de ser ressarcida dos danos sofridos, colocando-a no chamado *status quo ante*, em outras palavras, na mesma condição ocupada anteriormente à ocorrência do dano, ensejando-se verdadeiro princípio de justiça no tangente à aferição do que deve ou não ser objeto de reparação na responsabilidade civil.

Não obstante algumas decisões judiciais ignorem a existência deste princípio, não é forçoso afirmar, que a Constituição Federal, ao estabelecer, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, e ainda, consagrando como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, acabou por transpor para o texto constitucional o princípio da reparação integral dos danos.

Esta tendência do Código Civil Pátrio, na verdade corrobora a nova fase evolutiva da responsabilidade civil, que segundo Orlando Gomes[54], passa por um "giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto", que segundo o autor "permite detectar outros danos ressarcíveis que não aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto, mais amplo e social".

A injustiça do dano como fundamento para a reparação civil tem a importante função de se permitir uma interpretação mais ampla da norma, com o conseqüente aumento das hipóteses de danos ressarcíveis.

Assim, "do plano do direito, passa-se ao dos interesses merecedores de tutela, devendo-se haver indenização sempre que ocorra uma lesão a uma situação subjetiva juridicamente relevante".[55]

Neste diapasão, a perda de uma chance, na grande maioria dos casos, deve ser considerada como um dano injusto, sendo passível, assim, de indenização, pois a referida modificação do foco da responsabilidade civil, para a vitima do dano injusto, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano.

Ademais, apesar de não haver na legislação brasileira um dispositivo específico para a teoria em tela, o Jurista, se valendo da analogia, acaba por adaptar a legislação vigente ao caso concreto, respeitados os conceitos de proporcionalidade e adequação.

A aceitação da perda da chance como dano indenizável, parece o caminho que continuará sendo seguido no direito nacional, pois não há qualquer dispositivo que possa tornar-se um óbice para aplicação da teoria.

Por todo exposto, e, diante das constantes mudanças e evoluções ocorridas na sociedade, é de grande relevância, a ampliação do conceito de dano, e conseqüentemente, a ampliação da área de atuação da responsabilidade civil, para que a sociedade tenha a mais completa proteção que o Estado e o Poder Judiciário possam lhe proporcionar.

O campo da Responsabilidade Civil não pode mais deixar de abarcar fatos, como as chances perdidas, considerados anteriormente, como mera "fatalidade ou acaso do destino".

---

[54] GOMES, Orlando. Tendências modernas da teoria da responsabilidade civil, In Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues, São Paulo: Saraiva, 1980, p.293 e 295

[55] VISINTINI, Giovanna. I fatti illecitti, I, Ingiustizia Del danno. Imputabilitá, p. XIX, apud DI LAURO, Antonio Procida Mirabelli. La Riparazione dei dan..., cit., p. 275-276.

9. CONCLUSÃO

Foi objeto de nossa pesquisa, a Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance, pela qual é possível a indenização de um sujeito que se vê privado da oportunidade de conseguir um lucro ou evitar um prejuízo, tendo-se como seu escopo principal o reconhecimento de uma nova categoria de dano passível de indenização.

Dano este, autônomo e fundado na perda da oportunidade de alcançar o resultado esperado. Isso porque, a perda dessa chance possui um valor econômico, o qual pode ser quantificado, independente do resultado final, desde que presente a possibilidade séria e real de conseguir esta vantagem.

A peculiaridade desta teoria respalda-se no fato de que por vezes não há certeza sobre a ocorrência deste lucro final almejado pela vítima, não se podendo afastar em todas as hipóteses determinada álea envolvida.

As duas soluções extremas de irresponsabilidade do agente causador do dano ou sua responsabilização em todos os casos, nos levam a resultados injustos e inaceitáveis, assim, tal embate deve ser solucionado a partir da aferição das probabilidades envolvidas, para que se tenha uma apreciação razoável da questão.

Como buscou demonstrar esta pesquisa, nos casos de perda de uma chance, não há como se negar, em diversas hipóteses, a existência de uma possibilidade de lucro, observada antes da ocorrência do fato danoso, sendo constatado, desta forma, um dano passível de indenização.

A perda de uma chance, se justifica, nesse sentido, diante da lesão a uma expectativa legítima, suscetível de indenização nos moldes das lesões a outras espécies de bens ou direitos subjetivos tutelados pelo direito.

Embora a realização da possibilidade seja, por vezes, de difícil demonstração, tem-se implicitamente superada tal questão relativa a certeza do dano, pois a chance, é sem dúvida uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão, não restando incertezas sobre sua existência.

Ao se determinar a natureza do dano da perda da chance, como uma espécie de dano emergente, elimina-se tal problemática relativa a incerteza do dano, uma vez que indenizar-se-á a perda da chance de se obter determinado resultado esperado, não indenizando-se, a *contrario sensu*, o resultado perdido em si, o que caracterizaria hipótese de lucros cessantes.

Não obstante sua corrente aplicação, a teoria deve observar determinados limites, não sendo qualquer possibilidade ensejadora da indenização por hora analisada. A chance para ser indenizada deve ser real e séria, pois simples possibilidades aleatórias não merecem esta tutela.

Para determinar esta realidade e seriedade das chances, devem ser utilizadas, por exemplo, a estatística e a probabilidade, visto que tais recursos são também utilizados para a determinação da existência e conteúdo dos lucros cessantes.

A quantificação do dano, por sua vez, deve ser arbitrada pelo juízo casuisticamente, de forma que incida sobre o dano final determinado percentual de probabilidade de obtenção do resultado esperado.

Em razão da clausula geral de responsabilidade civil observada em nosso Código Civil, bem como, em razão do princípio da plena reparação de danos e, por fim por força de princípios constitucionais, pelos quais a vitima de um dano injusto passou a ocupar o foco da atenção do julgador, não deve, a teoria da perda de uma chance, possuir qualquer óbice à sua aplicação.

Nas ações que envolvem a teoria da perda da chance, inúmeras questões podem ser suscitadas, as quais terão sempre que ser examinadas de acordo com as peculiaridades que se apresentarem ao juízo.

Esperamos, por fim, que esta pesquisa tenha contribuído, de alguma forma, para a divulgação desta teoria, em crescente desenvolvimento no ordenamento jurídico nacional, para que nosso Direito esteja sempre apto a solucionar as situações tão inconstantes que se apresentam em nosso contexto social.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como poder jurídico. *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BIONDI, Eduardo Abreu. Teoria da perda de uma Chance na Responsabilidade Civil. Disponível em: <http://www.pesquisedireito.com/tpcrc.htm> Acesso em 25 de março de 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros,2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 1ª. Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Código Civil anotado.** São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. **Código Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade Civil do Advogado da perda da Chance. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003

KFOURI Neto, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: Revista dos Tribunais,1994.

MACHADO, João Baptista. Tutela da Confiança e V*enire Contra Factum Proprium.* In *João Baptista Machado - Obra Dispersa.* Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Contratos. São Paulo: Forense, 2003.

RESPONSABILIDADE Civil por Perda de Chance. Carta Forense. Disponível em: <http:www.cartaforense.com.br>. Acesso em 01 de agosto de 2007.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Responsabilidade Civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 4.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil Por Perda de uma Chance. Editora Atlas. São Paulo. 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Roberto de Abreu e. A Teoria da Perda de uma Chance em sede de Responsabilidade Civil. Revista EMERJ. V.9. n. 36. 2006.

VIEIRA, Luzia Chaves. Responsabilidade civil médica - Publicada no Juris Síntese nº 19 - SET/OUT de 1999.