



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO**

**Trabalho de Conclusão de Curso**

**O RECONHECIMENTO E A APLICABILIDADE DA TEORIA DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE PELO DIREITO  
BRASILEIRO**

**Paula Coimbra de Soares**

**RIO GRANDE, 2014**

**PAULA COIMBRA DE SOARES**

**O RECONHECIMENTO E A APLICABILIDADE DA TEORIA DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE PELO DIREITO  
BRASILEIRO**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à banca examinadora da  
Universidade Federal do Rio Grande,  
como requisito parcial para a obtenção  
do título de Bacharel em Direito, sob a  
orientação do Prof. Renato Duro Dias.**

**RIO GRANDE**

**2014**

**Paula Coimbra de Soares**

**O RECONHECIMENTO E A APLICABILIDADE DA TEORIA DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE PELO  
DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande.

Aprovado pela Banca Examinadora em        de        de 2014.

Banca Examinadora:

---

Componente da Banca examinadora – FURG

---

Componente da Banca examinadora – FURG

---

Componente da Banca examinadora – FURG

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço aos meus pais e à minha irmã, pelo carinho, amor e apoio incondicional ao longo destes seis anos de curso, por terem me dado a força que precisei e por sempre terem fé em mim.

Aos meus amigos por estarem ao meu lado sempre que foi preciso.

Às amigas, e também colegas, Aline Caumo, Marina Puccinelli e Julia Santos pela imensa amizade e companheirismo adquiridos nessa convivência diária durante os seis anos de curso.

À Dra. Cíntia Teresinha Burhalde Mua, ao Dr. Fernando Alberto Corrêa Henning, ao Daniel Duarte da Silva (in memoriam), à Mayara Antunes, à Camila Venzke e ao Wagner Pires, que me acolheram e muito me ensinaram durante o decorrer destes dois últimos anos de graduação, no estágio junto ao gabinete da 2ª Vara Cível.

Aos Defensores Públicos, Dra. Miriani Tagliari e Dr. Evandro Pituco, pelo conhecimento adquirido logo nos primeiros anos de faculdade.

Ao meu professor orientador, Dr. Renato Duro Dias, pela atenção, paciência e pelo auxílio intelectual.

E, por fim, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que o presente trabalho se tornasse possível.

*"Lute com determinação, abrace a vida com paixão, perca com classe e vença com ousadia porque o mundo pertence a quem se atreve e a vida é muito bela para ser insignificante."*

*(Charlie Chaplin)*

## RESUMO

O presente trabalho desenvolve o estudo acerca do reconhecimento e da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro, tendo como principal enfoque a conceitualização e a aplicabilidade da teoria. Para tanto, discorre sobre a evolução histórica da responsabilidade civil, a conceituação deste instituto, ressaltando seus elementos e suas espécies. Aborda os entendimentos doutrinários acerca da teoria da perda de uma chance, sua evolução histórica e elenca seus requisitos especiais à sua viabilidade na esfera jurídica. Culmina analisando casos concretos julgados pelos tribunais de primeiro grau e pelo Superior Tribunal de Justiça em que a teoria da perda de uma chance é reconhecida e aplicada.

**Palavras-Chave:** Teoria da perda de uma chance. Responsabilidade Civil. Da Jurisprudência.

## **ABSTRACT**

This work develops the study of the recognition and applicability of the loss of a chance doctrine in civil liability by the Brazilian law, with the main focus on conceptualization and applicability of the theory. Therefore, discusses the historical evolution of tort liability, the conceptualization of this institute, emphasizing its elements and their species. Addresses the doctrinal understandings of the theory of loss of a chance, its historical development and lists its special requisites to its viability on the legal sphere. Culminates analyzing concrete judged cases by courts of first instance and by the Superior Court of Justice wherein the theory of the loss of a chance is recognized and apply.

**Key words:** Loss of a chance doctrine. Civil liability. Damages. Jurisprudence.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2. A RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	11
2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil.....	11
2.2 Conceituação da Responsabilidade Civil .....	16
2.3 Elementos gerais da Responsabilidade Civil.....	17
2.3.1 A existência de uma ação ou omissão voluntária, ilícita ou lícita .....	17
2.3.2 A ocorrência de um dano .....	19
2.3.2.1 Dano Material .....	20
2.3.2.2 Dano Moral .....	22
2.3.3 A existência de um nexos causal entre o dano e a ação (ou omissão) praticada pelo agente .....	23
2.4 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva .....	23
2.4.1 A responsabilidade subjetiva: a culpa e o dolo como seus elementos.....	23
2.4.2 A responsabilidade objetiva e a teoria do risco .....	24
<b>3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE</b> .....	26
3.1 O surgimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance .....	26
3.2 O entendimento doutrinário brasileiro acerca da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.....	32
3.3 A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance .....	36
3.3.1 Os elementos constitutivos da teoria da <i>Perte d'une chance</i> .....	38
3.3.2 A quantificação do prejuízo da perda de uma chance .....	41
<b>4 O RECONHECIMENTO E A APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS</b> .....	47
4.1 A posição jurisprudencial de alguns Tribunais Estaduais.....	47
4.1.1 A divergência na aplicabilidade e harmonização dos conceitos pelos tribunais estaduais .....	50
4.1.2 A adequada aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance de acordo com Sérgio Savi .....	59
4.2 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça .....	65
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	69
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	72

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um dos ramos do Direito Civil que mais tem evoluído com o passar dos anos. O dever de reparar um dano e o direito de vê-lo reparado é um dos primeiros anseios da civilização humana, estando presente desde os primórdios com métodos mais primitivos, passando por meios mais racionais até chegar ao que entendemos hoje como responsabilidade civil.

Tendo em vista que este instituto, como ciência humana, assim como todos os outros na área jurídica, busca a solução de situações entre determinados indivíduos sem a pretensão de alcançar a perfeição, tende a permanecer em constante mudança e aperfeiçoamento. Dessa forma, com a evolução da responsabilidade civil, hoje se admite a reparação não apenas de um dano patrimonial, mas também de um dano extrapatrimonial, um dano moral. Conforme o inciso V do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*. Isso quer dizer que, ao elevar o direito de ver o dano reparado ao patamar constitucional, com a premissa de ser uma regra suficientemente densa, podendo ser aplicada imediatamente, sem necessidade de regulamentação legal (ADPF 130, 2009), o constituinte garantiu e evidenciou a importância do dever de indenizar e do direito de ser indenizado no direito brasileiro. Assim, ante ao constante progresso da responsabilidade civil, nasce uma nova percepção de reparação de dano, a qual procura reparar o dano proveniente da chance perdida.

No nosso cotidiano, diversas são as vezes em que determinado alguém é privado de seus direitos e/ou tem estes lesados por culpa de terceiro, podendo ser privado de obter vantagem ou evitar prejuízo. Dentro deste fato encontra-se o dano. Incontáveis são os exemplos que se podem extrair do dia a dia. Contudo, para que tal dano seja passível de ser indenizado, é necessário que ele seja certo e cause abalo no patrimônio da vítima.

Assim, diante da essencialidade do instituto da responsabilidade civil, a perda de uma chance passou a ganhar especial relevância na jurisprudência

estrangeira, passando a ganhar gradativo destaque na doutrina e na jurisprudência brasileira. Diante deste contexto, o presente trabalho pretende analisar a aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no âmbito jurídico brasileiro, onde se procurará revelar os principais elementos constitutivos da reparação civil pela perda da chance a partir dos entendimentos dos doutrinadores do tema.

Dessa forma, entendendo-se oportuna a utilização de uma organização mais didática para abordar o tema, optou-se por iniciar o estudo através de uma visão geral acerca do instituto da responsabilidade civil, em que, primeiramente, será estudada a evolução histórica deste instituto e, posteriormente, sua conceituação e seus elementos essenciais. Ainda, serão analisadas as duas bifurcações da responsabilidade civil, quais sejam, a responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Já no segundo capítulo, passa-se a análise da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance propriamente dita, tratando acerca de seu surgimento na jurisprudência francesa, passando pelas posições doutrinárias brasileiras acerca da aplicação da teoria e do seu reconhecimento. Além disso, serão analisados os principais elementos constitutivos da teoria da perda de uma chance, também conhecida como *perte d'une chance*.

Por fim, no terceiro capítulo, a partir dos entendimentos decorridos ao longo do trabalho, serão analisadas as decisões jurisprudenciais brasileiras quanto ao reconhecimento e a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, levando em consideração a observação de seus requisitos elementares. Para isso, far-se-á uma pesquisa nas decisões dos tribunais de primeiro grau e do Superior Tribunal de Justiça.

## **2. A RESPONSABILIDADE CIVIL**

### **2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil.**

Quando estudamos historicamente o instituto da responsabilidade civil observamos uma evolução gradativamente lógica, a qual tem como início uma ideia de reparação coletiva contra o agressor produtor de um determinado dano chegando ao que conhecemos e estudamos nos dias de hoje.

Obviamente que os estudos acerca desse instituto, assim como todos os outros na área do direito, nunca serão perfeitos e completos, pois o direito é uma ciência humana, e como tal, sempre buscará atender melhor os indivíduos para o qual foi criado, estando, dessa forma, em constante mudança e aperfeiçoamento. Contudo, faz-se mister o estudo histórico quanto à evolução da responsabilidade civil para a compreensão de sua importância.

Nas origens da civilização humana a reparação a um dano causado por um indivíduo era de forma coletiva, chegando a ser uma espécie de vingança onde havia uma reação conjunta de um determinado grupo em face daquele que praticava uma ofensa contra um de seus integrantes (DINIZ, 2007, p.10).

Tal modo de reparação evoluiu, chegando a um status individual, privado, sendo que aquele que sofria com o dano era o mesmo que buscava ressarcimento do agressor. Contudo, sob o abrigo da Lei de Talião, a qual previa a reparação do mal com o mesmo mal, ou seja, “olho por olho, dente por dente”, tal reparação não perdeu sua essência de vingança, uma vez que os homens faziam “justiça” com as próprias mãos.

Assim como qualquer outro instituto do direito, quando estudamos suas origens, acabamos encontrando-as no Direito Romano, e com as raízes da responsabilidade civil não se percebe de modo diverso.

O Direito Romano utilizou a visão de delito e de reparação deste das civilizações pré-romanas onde era empregada a forma de vingança privada, contudo, preocupando-se em sistematizar o direito de forma muito aproximada com

aquela que utilizamos hoje, os romanistas instituíram formas de regular, mesmo que de forma mínima, o direito de reparação sob a perspectiva da Lei de Talião. Dessa forma, para evitar abusos, ocorriam intervenções na sociedade pelo poder público somente para julgar se haviam ou não motivos para permitir a compensação. Havendo justificativas, permitiam-na. Não havendo, acabavam por proibi-las. Além disso, a responsabilidade era objetiva, não sendo questionada a existência de culpa por parte daquele que praticava o ato ilícito.

Após este período, houve novo avanço quanto ao ressarcimento do dano, onde começou a existir composição entre as partes.

Conforme menciona Gagliano:

Trata-se da Pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas. (...) Há, porém, ainda na própria lei mencionada, perspectivas da evolução do instituto, ao conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se a pena de Talião. Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*<sup>1</sup>, uma importância em dinheiro ou outros bens. (GAGLIANO, p. 10, 2008)

Como se vê, havia uma escolha por parte da vítima de ou querer que o mesmo mal que tenha sofrido venha sofrer o agressor, ou, de forma mais equitativa possível, querer a compensação do dano através de seu patrimônio. A partir deste período surgiu a *Lex Aquilia de damno*, a qual consolidou a ideia de reparação através do patrimônio do agente que deu causa ao dano, o qual representou um enorme e novo avanço no instituto da responsabilidade civil.

A *Lex Aquilia de damno* não só cristalizou a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus de reparação, em razão do valor da *res* e pôs fim à vingança individual permitida ainda em virtude da Lei de Talião, como começou a conceber a ideia de conduta culposa do agente (DINIZ, p. 11, 2007).

A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade

---

<sup>1</sup> Pagamento de certa quantia em dinheiro (DINIZ, p. 11, 2007).

extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia, mais tarde, as sanções desta lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e com reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e penal. (DINIZ, p. 11, 2007)

De tal forma foi a inovação da *Lex Aquilia de damno*, que esta modificou radicalmente o conceito e as principais características da responsabilidade civil trazendo novos elementos e subdivisões, tais como: concepção de culpa; a impossibilidade de vingança particular; a mensuração do dano e a sua respectiva reparação pecuniária; a intervenção do Estado no conflito para estabelecer valores indenizatórios; a ideia de enriquecimento ilícito da vítima; a distinção da responsabilidade civil da responsabilidade penal; dando ainda abertura à sua aplicação em casos onde não havia danos materiais ou danos causados por omissão do agente.

Pablo Stolze Gagliano (2008) considera a edição desta lei um marco na evolução histórica da responsabilidade civil, pois adveio desta lei uma nova designação de responsabilidade civil delitual ou extracontratual.

Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fias por uma pena proporcional ao dano causado. Se seu primeiro capítulo regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes que pastam em rebanho; e o segundo, o dano causado por um credor acessório ao principal, que abate a dívida com prejuízo do primeiro; sua terceira parte se tornou a mais importante para a compreensão da evolução da responsabilidade civil.

Com efeito, regulava ela o *damnum iniuria datum*, consistente na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário de coisa lesada, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade extracontratual. (GAGLIANO, 2008).

Nas palavras de Silvio Venosa (2012), a *Lex Aquilia de damno* foi um divisor

de águas no tema da responsabilidade civil. A partir dela tal instituto foi aprimorado e expandido, pois, na época de Justiniano, seu caráter individual passou a ser ampliado de forma geral como um remédio jurídico, o qual não necessitaria uma relação obrigacional entre as partes, mas tendo como base o ato ilícito como núcleo da responsabilidade, autônomo, gerando, assim, a nova concepção de responsabilidade civil extracontratual.

Dessa forma, é desta lei que se origina a responsabilidade extracontratual fundada pela existência da culpa, razão pela qual tal modalidade de responsabilidade ficou conhecida como responsabilidade aquiliana. Os juristas do século XVII, ampliando o conceito da Lei Aquiliana, a qual era casuística, começaram a aperfeiçoar a teoria da reparação de danos e chegaram a conclusão que o fundamento primordial da responsabilidade civil encontrava-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano, transferindo-se o enfoque da culpa para a noção do dano em si. (VENOSA, p. 18, 2012).

Assim, o direito francês, aperfeiçoando as ideias romanas e aprofundando os estudos, estabeleceu princípios gerais sobre a responsabilidade civil, fazendo com que este instituto evoluísse mais uma vez. Conforme menciona Maria Helena Diniz, “a teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina, cuja figura dominante foi o jurista francês Domat (Lois civiles, Liv. VIII, Seção II, art. 1º), responsável pelo princípio geral da responsabilidade civil: ‘toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce que l'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu’.”<sup>2</sup> Tal princípio foi acolhido no Código Civil de Napoleão, mais precisamente no seu artigo 1.382 o qual dispõe que: “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”<sup>3</sup> o que acabou por influenciar quase todas as legislações posteriores (DINIZ, p. 11/12, 2007).

---

<sup>2</sup> “Todas as perdas e danos que possam ocorrer em virtude do descuido, negligência, ignorância do que devemos saber, ou erros semelhantes de qualquer pessoa, tão leves que sejam, devem ser reparados por aquele cuja negligência ou outra falha deu origem”.

<sup>3</sup> “Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano”.

Contudo, tendo em vista a necessidade de acompanhar a evolução da civilização humana, não só a responsabilidade civil como o direito em todo teve que evoluir em conjunto. Dessa forma, salienta Maria Helena Diniz (2007) que a caracterização exclusiva da culpa era insuficiente para cobrir todos os prejuízos tendo em vista a crescente tecnização dos tempos modernos, o qual é caracterizado pela introdução de máquinas na vida do homem, sejam estas pela necessidade de produção em larga escala, ou pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, o que acabou por aumentar exponencialmente os perigos à vida e à saúde humana. Dessa forma, em vista ao processo de humanização, houve uma nova necessidade de evolução o que ocasionou uma nova reformulação da teoria da responsabilidade civil.

Acerca do processo de humanização e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil, leciona Maria Helena Diniz:

Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo o risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio *do ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi ônus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados, deverá arcar com suas consequências. (DINIZ, p.13, 2007).

Como se pode observar, é a partir da introdução das máquinas na vida humana que se deu a necessidade de ampliar a abrangência da responsabilidade civil, nascendo, assim, a responsabilidade objetiva. Contudo, mesmo com o nascimento dessa nova responsabilidade, a culpa segue sendo o fundamento principal da responsabilidade civil, coexistindo ambas, responsabilidade subjetiva (observada a culpa) e objetiva (sem observação da culpa), lado a lado.

Dessa maneira, a evolução da responsabilidade civil, como se pode ver, acompanhou a evolução da civilização humana, indo ao encontro do propósito do direito em si, pois, à medida que havia a necessidade de inovar e transcender para atender a necessidade de cada época, assim procedeu este instituto.

O desenvolvimento tecnológico, econômico e industrial enfrentado pela cultura ocidental mormente, após a Segunda grande Guerra, denominado por muito como processo de aceleração histórica, trouxe importantes reflexos não só no universo dos contratos, mas principalmente nos princípios acerca do dever de indenizar. Nesse diapasão, há uma constante luta pelo aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos de molde a não deixar o Direito alheio à realidade social. As soluções indenizatórias dentro ou fora do processo judicial, devem ser constantemente renovadas para estarem adequadas às necessidades práticas do homem contemporâneo.

A história da responsabilidade civil na cultura ocidental é exemplo marcante dessa situação absolutamente dinâmica, desde a clássica ideia de culpa ao risco, das modalidades clássicas de indenização para as novas formas como a perda de uma chance (...). Todas as novas conquistas jurídicas refletem um desejo permanente de adequação social. (VENOZA, p.19, 2012)

## **2.2 Conceituação da Responsabilidade Civil**

O instituto da responsabilidade civil, conforme estudamos atualmente, evoluiu para atender os anseios da sociedade a seu tempo. Conseqüentemente, houveram diversas mudanças em seus conceitos a fim de abranger todas as características de cada época.

Com o passar de tantas mudanças e concepções deste instituto, chegamos à várias definições as quais conceituam de forma semelhante o instituto da responsabilidade civil.

O Código Civil Brasileiro (2002), em seu artigo 927 dispõe que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Assim, conforme se pode extrair da norma, o sentido estrito da palavra “responsabilidade” tem-se a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano, conforme afirma Carlos Roberto Gonçalves (2010).

Dessa forma, Maria Helene Diniz (2007) conceitua, especificamente, a responsabilidade civil como “a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Já Pablo Stolze Gagliano (2008) caracteriza a responsabilidade civil como aquela que “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitos,

assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas”.

Ou seja, observando os conceitos acima expostos, pode-se observar que para a responsabilidade civil se caracterizar é necessária a presença de um determinado dano ocasionado pelo ato humano o qual enseja reparação. Dessa forma, podemos elencar os três principais pressupostos deste instituto, quais sejam: o ato humano, o dano e o nexa causal entre eles.

A seguir, para melhor compreensão do presente trabalho, passo a análise de cada um destes elementos.

### **2.3 Elementos gerais da Responsabilidade Civil**

Conforme se pode observar, o instituto da responsabilidade civil se desenvolveu ao longo dos anos, chegando aos dias atuais como uma das matérias mais importantes do direito.

Dessa forma, com o seu aperfeiçoamento surgiram novos conceitos e, conseqüentemente, novos elementos para a sua caracterização.

A doutrina brasileira atual concorda que há divergência quanto à caracterização destes elementos que compõem a responsabilidade civil, contudo, há três pressupostos que são elencados como requisitos primordiais deste instituto pela maioria dos estudiosos. São eles: a existência de uma ação ou omissão voluntária, ilícita ou lícita; a ocorrência de um dano; e o nexa causal entre o dano e a ação ou omissão.

Assim, faz-se mister um estudo pormenorizado de cada um destes pressupostos.

#### **2.3.1 A existência de uma ação ou omissão voluntária, ilícita ou lícita**

Os artigos 186 e 187 do Código Civil Brasileiro (2002) dispõem que ato ilícito

é “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”, sendo também considerado como ilícito o ato do “titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Como elemento gerador de um fato jurídico, a conduta humana, seja ela uma ação ou uma omissão, caracteriza o elemento primordial da cadeia de eventos que possibilitam a responsabilização civil. Dessa forma, apenas o homem, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado (GAGLIANO, 2008, p.27).

A conduta humana positiva (ação) evidencia-se como um comportamento ativo do sujeito em relação à produção de um determinado fato. Já a conduta humana negativa (omissão) pode ser interpretada, no plano físico, como um “não fazer”, uma “simples abstenção”, contudo, no plano jurídico, tal comportamento poderá ser atribuído ao omitente a fim de ser responsabilizado por tal conduta (GAGLIANO, 2008, p. 29). Entretanto, para que tais condutas sejam passíveis de serem responsabilizadas, é essencial que estas sejam praticadas de forma voluntária pelo agente, ou seja, conforme coloca Silvo Venosa (2010), “a exigência de um fato voluntário na base do dano exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência (...)”. Portanto, insuscetível de reparação o ato involuntário de quem o pratica, como por exemplo, aqueles praticados em estado de inconsciência, sonambulismo, delírio febril, etc.

Maria Helena Diniz assim conceitua o elemento “ação”:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos lesados (DINIZ, 2007, p.39).

Ademais, o ato gerador da responsabilização poderá ser ilícito ou lícito. O ato voluntário do agente, quando ilícito, caracteriza-se como aquele que contraria o

dever, um ordenamento que o tem como contrário àquele que é submetido. O ato ilícito consiste, então, na ideia de culpa do agente – responsabilidade subjetiva – ou na falta dela, quando fundada no risco, gerando a responsabilidade objetiva (a qual analisaremos no item 2.4), gerando, ambas, o dever de indenizar a transgressão do dever.

Conforme preceitua o artigo 188 do Código Civil (2002), não são considerados ilícitos os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; assim como aqueles que a deterioram ou destroem coisa alheia, ou causam lesão a pessoa, a fim de remover da esfera do agente um perigo iminente, contudo, sendo este legítimo somente “quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

Já Cavalieri (2012), em sentido amplo e retirando a culpa do conjunto que forma a ação, entende que o ato ilícito apenas indica a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária a um ordenamento, não apresentando qualquer vínculo com a culpa, elemento subjetivo da responsabilidade.

### 2.3.2 A ocorrência de um dano

Para que se pense na ideia de responsabilidade civil, além do ato humano, faz-se necessária a existência de um dano causado por este mesmo ato, sendo inconcebível a reparação de determinado ato que não produza efeitos danosos. Dessa forma, o dano advindo de determinado ato é indispensável para a configuração final da responsabilidade civil.

Assim, o conceito clássico e mais genérico, tem como dano aquele que gera um determinado prejuízo sofrido pela vítima, podendo ser individual ou coletivo, e também a qualquer bem jurídico, moral ou material (ou econômico e não econômico) (VENOSA, 2012, p.37). Enquanto tal conceito associa o dano a uma “diminuição do patrimônio”, Carlos Roberto Gonçalves (2010) amplia essa ideia trazendo como dano toda a diminuição ou subtração de um bem jurídico, não somente o patrimônio, mas também, a honra, a saúde e a vida, as quais são suscetíveis de proteção assim

como o patrimônio material.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 76/77):

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.

O dano, por sua vez, divide-se em dano moral e dano patrimonial, conforme acima mencionado.

O dano material é aquele que lesa somente o patrimônio da vítima, ao passo que o dano moral caracteriza-se como aquele que ofende a vítima como ser humano, não sendo atingido o seu patrimônio (GONÇALVES, 2010, p. 357).

O direito à responsabilização por dano material e moral encontra-se acolhido no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, a qual dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

#### 2.3.2.1 Dano Material

Tem-se como dano material, também chamado de dano patrimonial, aquela lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular (GAGLIANO, 2008, p. 40). Em outras palavras, o dano material vem a ser aquele que gera uma lesão no âmbito patrimonial da vítima, causando-lhe diminuição total ou parcial de seus bens, a qual deverá ser passível de aferição, liquidação, avaliação. A importância de estimar o valor exato ou aproximado do dano implica diretamente no

direito que o lesado tem de obter indenização do lesante.

Para fins de obter tal diferença de patrimônio, o dano deverá ser medido através do cálculo da diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não tivesse sofrido tal lesão. Dessa forma, a mensuração do dano se dá através do confronto entre o patrimônio realmente existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se a lesão não se tivesse produzido (DINIZ, 2007, p. 66).

Ainda, o dano material se divide em perdas e danos, também conhecidos como lucro cessante e dano emergente, respectivamente.

Conforme se observa no artigo 402 do Código Civil (2002), as perdas e danos devidas ao credor abrangem, salvo as exceções expressas em lei, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Assim, tem-se como dano emergente tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu com a ocorrência do dano e como lucro cessante tudo aquilo que esta deixou de ganhar em decorrência do ato lesivo.

Dessa forma predispõe o artigo 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Maria Helena Diniz dispõe da seguinte forma os modos de interpretação e quantificação de dano emergente e lucro cessante:

Para conceder indenização o magistrado deveria, portanto, considerar se houve:

1º) Dano *positivo* ou *emergente*, que consiste num déficit real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo pois, imprescindível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação.(...)

2º) Dano *negativo* ou lucro *cessante* ou *frustrado*, alusivo à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado. Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos

acontecimentos, conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto (...). Trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também da *perda da chance*, de oportunidade ou de expectativa (frustração de uma oportunidade em que seria obtido, como diz Jeová Santos, um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito), que requer o emprego do tirocínio equitativo do órgão julgante, distinguindo a possibilidade da probabilidade e fazendo uma avaliação das perspectivas favoráveis ou não à situação do lesado, para atingir a proporção da reparação e deliberar seu *quantum*. (DINIZ, 2007, p. 67/68)

### 2.3.2.2 Dano Moral

Além do dano material, o dano também poderá ser moral, o qual ultrapassa os limites físicos e perceptíveis a todos.

Reforçando o disposto no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal (1988), o artigo 186 do Código Civil preceitua que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito” (grifei), reconhecendo expressamente o dano moral como dano passível de reparação.

Assim, salientando a importância da elevação à norma constitucional da possibilidade de indenização por dano moral, Venosa conceitua o instituto como sendo o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, habitando dentro dos direitos da personalidade (VENOSA, 2012, p. 46).

Pablo Stolze Gagliano vai ao encontro de Sílvio de Salvo Venosa, conceituando o dano moral como uma

(...)lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO, 2008, p. 55).

Assim, pode-se observar que a presença do dano, seja ele de forma material (positivo ou negativo) ou moral, é o núcleo da responsabilidade civil.

### 2.3.3 A existência de um nexos causal entre o dano e a ação (ou omissão) praticada pelo agente

Outro elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil é o elo entre a ação (ou omissão) do agente e o dano vivenciado pela vítima.

Assim, tem-se como nexos causal, nexos etiológico ou relação de causalidade como o liame que une a conduta do agente ao dano, sendo este o meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano, sendo, desta forma, elemento essencial (VENOSA, 2012, p. 53). Contudo, existem casos onde mesmo existindo o nexos entre o agente e o dano produzido não se atribuirá responsabilidade alguma ao causador do dano. Isso se dá quando se verifica o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima, os quais são excludentes do liame que ligam o produtor da lesão à esta.

Assim, nas palavras de Rui Stoco (2001)

Não basta que o agente haja procedido *contra jus*, isto é, não se define responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”. Não basta que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar. É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado (...) (STOCO, 2001, p. 106).

## 2.4 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

### 2.4.1 A responsabilidade subjetiva: a culpa e o dolo em seu núcleo

Neste ponto, a distinção entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva se faz demasiadamente importante.

Conforme Cavalieri (2012), a ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Assim, a culpa é o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

O Código Civil (2002) em seu artigo 186, tendo a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva, preceitua que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Dessa forma, é seguro dizer que a vítima do dano, só poderá se valer da indenização, quando provada a culpa do agente causador daquele prejuízo. Assim, é a partir do momento que alguém, de forma culposa, viola determinado direito de outrem, causando-lhe dano, que se está configurado o ato ilícito, do qual poderá ser reparado mediante indenização conforme o art. 927 do Código Civil (2002).

Fabio Ulhoa Coelho (2010) tem como responsabilidade civil subjetiva aquela obrigação que deriva do ato ilícito, e ato ilícito como a conduta culposa violadora de direito que causa prejuízo a outrem.

Assim, de maneira genérica, tem-se como culpa, nas palavras de Rui Stoco:

(...) aquele fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (negligência, imprudência, ignavia) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido estrito e rigorosamente técnico. (STOCO, 2001, p. 96)

Portanto, para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva, além dos elementos já vistos (conduta humana positiva ou negativa, dano e nexos causal), faz-se imprescindível a presença do elemento da culpa, ou, também, o elemento do dolo no ato praticado pelo agente causador do dano.

#### 2.4.2 A responsabilidade objetiva e a teoria do risco

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil dispõe: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Podemos observar que além da

responsabilidade civil subjetiva, o Código Civil de 2002 também dispõe acerca da responsabilidade civil objetiva, ou seja, aquela em que é prescindível a figura da culpa (ou dolo) para a sua caracterização. Assim, ao ler o dispositivo acima, podemos extrair duas situações em que a responsabilidade civil será objetiva. São elas: nos casos previstos em lei e quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. A primeira situação é de fácil concepção. Ou seja, será objetiva a responsabilidade quanto assim dispuser a lei. Contudo, quanto à segunda situação, faz-se preciso um aprofundamento quanto a sua verificação.

Ao se falar em responsabilidade civil objetiva, há de se mencionar a teoria do risco, adotada pelo Código Civil de 2002 no dispositivo acima mencionado.

Conforme Fábio Ulhoa Coelho,

Pela teoria do risco, quem tem o proveito de certa atividade deve arcar também com os danos por ela gerados (*ubi emolumentum, ibi ônus*). Em decorrência, deve ser imputada responsabilidade objetiva a quem explora atividade geradora de risco para que não venha a titularizar vantagem injurídica. Há três espécies de risco: risco de empresa (o empresário que busca o lucro com a atividade econômica explorada tem o ônus de arcar com os eventos danosos por ela desencadeados), risco administrativo (o Estado deve ser objetivamente responsabilizado para distribuir as repercussões econômicas da realização do interesse público entre os beneficiados) e risco-perigo (quem se aproveita de atividade que expõe direitos de outrem a perigo deve responder na hipótese de danos). (COELHO, 2010, pg. 360)

Assim, tendo em vista que a responsabilidade civil prescinde do elemento culpa (ou dolo) para que seja caracterizado, deverão estar presentes os demais elementos gerais da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo causal. Dessa forma, haverá uma conduta produtora de um dano, contudo, não se analisará se esta foi produzida intencionalmente ou não, bastando estar presentes aqueles elementos para que tal responsabilidade seja definida.

Ademais, a atividade causadora do dano na responsabilidade civil objetiva é lícita, mas causa perigo a outrem de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de cuidado, terá o dever de ressarcir, pelo simples implemento do nexo causal (DINIZ, 2007, p. 54).

### **3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE**

#### **3.1 O surgimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance**

Conforme visto no capítulo anterior, o instituto da responsabilidade civil teve grande evolução. Contudo, muitos autores consideram o advento da responsabilidade objetiva o grande último marco evolucionário na história deste instituto.

De fato, a objetivação da responsabilidade civil, fazendo com que a culpa deixasse de estar como um dos elementos mais importantes para a caracterização da responsabilização foi uma enorme quebra com a até então noção de responsabilidade civil existente.

A nova perspectiva da responsabilidade civil, desenvolvida após a Revolução Industrial, teve como principal característica a valorização do homem e a mudança do eixo da responsabilidade civil. Em face de tal mudança, procurou-se reparar o dano, ao invés de percorrer o caminho a fim de encontrar o caráter culposo da conduta do agente.

Conforme Rafael Peteffi da Silva,

a responsabilidade objetiva com fundamento na noção de risco, além de estar de acordo com as novas necessidades socioeconômicas, ainda se coaduna com os princípios constitucionais expressos na Constituição Federal de 1988, polarizados para a valorização do ser humano, que deve reger a aplicação de todas as normas jurídicas. (PETEFFI, 2013, p.5)

Contudo, além do distanciamento da culpa, outro elemento da responsabilidade civil também sofreu mudanças. Agora, o que se procura preservar é o direito da vítima, resultando no dano como o principal ponto da responsabilidade civil. Dessa forma, a pergunta que antes era “quem é o culpado?”, passou a ser “qual o dano que a vítima sofreu?”.

Assim, com as mudanças ocorridas nos últimos 50 anos, tanto os juristas, filósofos e cientistas sociais quanto os estudiosos dedicados às ciências exatas tentaram explicar e controlar o acaso e as incertezas, andando o direito na mesma esteira, buscando a ordem e a previsibilidade (PETEFFI, 2013, p.09).

Com o avanço da tecnologia e dos procedimentos, cada vez mais é possível chegarmos a uma previsibilidade apta a ser tida como real fator gerador de um determinado direito. Contudo, sabendo que o direito estuda e procura dar solução aos conflitos e fenômenos sociais, e que estes possuem alto índice de incertezas e incorreções, entende-se que a previsibilidade e ordem nunca serão definitivamente alcançadas. Assim, com a nova percepção de responsabilidade civil, sendo o dano como o eixo de análise do assunto, pretende-se chegar o mais perto possível da reparação correta e justa da lesão, devendo ser analisadas as probabilidades de cada caso.

Dessa forma, no âmbito da responsabilidade civil, cada vez mais os doutrinadores e os tribunais tendem a interpretar extensivamente os elementos deste instituto em vista de alcançar uma melhor e justa reparação do dano.

Na decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, exposta abaixo, é possível observar tal situação:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. ART. 14, §§ 1º A 4º, DO CDC. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. Agravos retidos não conhecidos, pois não reiterados nas contrarrazões de apelo, como prevê o art. 523, § 1º, do CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL. A responsabilidade civil dos hospitais pelos danos causados ao paciente por ato de seus prepostos é objetiva, prescindindo da demonstração da culpa do estabelecimento. Entretanto, cumpre averiguar se houve falha no serviço prestado por médico integrante de seu corpo clínico, respondendo civilmente o nosocômio quando comprovado ato doloso ou culposo imputável ao facultativo. Intelecção do art. 14 do CDC. Já a responsabilidade civil do médico é subjetiva, a teor do que preceitua o § 4º do art. 14 do CDC, porquanto, de regra, sua obrigação é de meio e não de resultado. AUTORA ACOMETIDA DE CEFALÉIA INTENSA E PERSISTENTE E PRESSÃO ARTERIAL ANORMAL. QUADRO QUE PERDUROU POR VÁRIOS DIAS E FOI CONSTATADO EM DIVERSAS CONSULTAS. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DE EXAMES DE TOMOGRAFIA COMPUTADORIZADA E/OU RESSONÂNCIA MAGNÉTICA QUE PODERIAM CONTRIBUIR AO ADEQUADO DIAGNÓSTICO DA MOLÉSTIA. ROMPIMENTO DE ANEURISMA. AVC HEMORRÁGICO. DEMORA NO DIAGNÓSTICO. INVALIDEZ PERMANENTE.

RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE. CULPA MÉDICA NA MODALIDADE DE NEGLIGÊNCIA. Elementos fático-probatórios encartados nos autos que evidenciam falha no atendimento médico prestado por facultativos integrantes do corpo clínico do hospital mantido pela Associação demandada. Sintomatologia indicativa da possibilidade de a paciente, esposa do autor, vir a sofrer aneurisma cerebral e acidente vascular cerebral hemorrágico. Demora na identificação do quadro clínico que desembocou nesse evento danoso. Literatura médica que corrobora a versão dos fatos descrita na inicial. Princípio do livre convencimento motivado. Arts. 131 e 436 do CPC. Situação retratada no feito em que a paciente, no intervalo de cinco dias, compareceu oito vezes ao serviço de emergência do Hospital mantido pela ré, com queixas de cefaléia intensa e súbita, hipertensão e rigidez na nuca. Rompimento de aneurisma no quinto dia, causando hemorragia subaracnóidea, com seqüelas irreversíveis. Desconsideração dos médicos integrantes do corpo clínico desse hospital dos sintomas relatados pela paciente. Realização de radiografia da coluna cervical. Ausência de prescrição de exames adequados, tais como tomografia computadorizada ou ressonância magnética, para a correta identificação da doença. Liberação da paciente com diagnóstico equivocado de cervicalgia. **Aplicação da teoria da perda de uma chance. Embora impossível comprovar o nexo de causalidade entre a conduta negligente dos médicos e o rompimento do aneurisma que vitimou a autora, há demonstração de que deixaram de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a ocorrência do dano. Subtração das chances da paciente de evitar ou, quiçá, reduzir as seqüelas decorrentes de AVC hemorrágico. Reparação de danos morais devida ao esposo.** DANOS MATERIAIS. VALORES DESPENDIDOS COM O CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. PENSIONAMENTO AO MARIDO DA VÍTIMA. Não só a vítima que amargou os prejuízos ou os efeitos diretos do evento danoso, mas também aqueles que, de forma reflexa sentem os efeitos do dano por aquela suportado podem vir a juízo reclamar a sua reparação, na condição de prejudicados indiretos. Cuidando-se de danos materiais reflexos, indiretos ou por ricochete, a reparação é devida ao autor em razão da concreta diminuição da renda do núcleo familiar decorrente da incapacidade laboral de sua esposa, vitimada pelas seqüelas do AVC. Lucros cessantes fixados na forma de pensionamento mensal. Danos emergentes não comprovados. DANOS MORAIS POR RICOCHETE. INDENIZAÇÃO DEVIDA AO MARIDO DA VÍTIMA INVÁLIDA. Comprovado o dano moral experimentado de forma reflexa pelo marido da paciente, eis que essa ficou inválida e com vida praticamente vegetativa, a reparação dos danos morais que resultam dessa situação é medida que se impõe. ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO PROPORCIONAL ÀS CHANCES EVENTUALMENTE PERDIDAS. Admitida a indenização pela chance perdida, o "quantum" deve ser calculado em proporção ao prejuízo final experimentado. Montante da indenização arbitrado em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. Redução proporcional inerente à responsabilidade civil pela perda de uma chance. Consonância com os parâmetros usualmente adotados pelo colegiado em situações similares. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. APELO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70054237573, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 09/10/2013) (grifei)

No caso exposto, a esposa do autor sofreu um Acidente Vascular Cerebral após ter procurado atendimento no Hospital réu em nove (09) oportunidades durante

quatro dias, recebendo somente tratamento ambulatorial, sem diagnóstico conclusivo. Dessa forma, o autor pleiteou indenização em face ao Hospital, alegando que, com a negligência e omissão dos membros pertencentes ao corpo de médicos do Hospital, houve “total falta de cautela e não utilizaram todos os meios possíveis para diagnosticar a doença, ou, ao menos se certificarem de que se tratava de situação de risco grave à saúde”. Na respeitável decisão, os desembargadores entenderam se tratar de responsabilidade objetiva do Hospital, dispensando a observância da culpa de seus funcionários e que seria caso da aplicação da teoria da perda de uma chance. Além disso, analisando os elementos da responsabilidade civil de forma mais abrangente, entenderam que, pela gravidade do dano causado, mesmo não estando o nexo causal presente de forma completa, ou seja, abrangendo todos os atos dos médicos com o dano final, o autor faz jus à indenização. Assim, pode-se observar a presença dos avanços da responsabilidade civil sendo aplicados de forma conjunta na referida decisão.

Tal ampliação na análise dos elementos da responsabilidade civil deu lugar à reparação de danos antes nunca postos em consideração, como por exemplo, a chance perdida.

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance teve origem no direito estrangeiro, sendo a França o seu berço, onde houve as primeiras indagações sobre o tema, resultando nas primeiras discussões doutrinárias e decisões jurisprudenciais.

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, ou seja, o da perda da chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem que não pôde se realizar. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da perda de uma chance. (SAVI, 2012, p. 03).

Embora haja menção de diversos doutrinadores de que a discussão sobre o tema começou nos anos 60, sabe-se, concretamente, que já no século XIX houve a primeira aplicação da teoria, datando de 17 de julho de 1889, quando a Corte de

Cassação da França conferiu indenização ao demandante pela ação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento (PETEFFI, 2013, p. 11).

Já na Inglaterra, no sistema da *Common Law*, em 1911, houve a primeira aplicação da teoria da perda de uma chance no caso *Chaplin v. Hicks*, em que a autora, uma das 50 finalistas de um concurso de beleza conduzido pelo réu, afirmou ter sido impedida por este de participar da fase final do concurso. O juiz entendeu que, concorrendo as 50 candidatas a 12 prêmios distintos, diante da “doutrina das probabilidades”, a autora possuía 25% de chances de ganhar um dos prêmios (PETEFFI, 2013, p. 11).

A discussão doutrinária e os julgados acerca do tema se desdobraram por outros países da Europa. Na Itália, após uma inicial resistência sobre o tema, tal teoria ganhou destaque, principalmente após consistentes manifestações favoráveis de vários juristas à aplicação da teoria, tendo uma especial importância o artigo de Maurizio Bocchiola, *Perdita de uma chance e certezza del danno*<sup>4</sup>.

De acordo com Bocchiola (1976, *apud* SAVI, 2012), a palavra “chance”, em seu sentido jurídico, consiste na probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda.

É inútil esperar para saber se 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 poderia dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se a chance teria ou não se realizado. (BOCCHIOLA, 1976, *apud* AVI, 2012, p. 13)

Como bem colocado por Maurizio Bocchiola, o dano em si é a perda da chance, a interrupção do curso normal dos eventos, não se analisando se tal chance daria lugar a um benefício certo ou não. Assim, tem-se que a chance em si é o dano a ser ressarcido, o dano é a chance perdida e não o resultado perdido. Contudo,

---

<sup>4</sup> BOCCHIOLA, Maurizio. *Perdita di una chance e certezza del danno*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XXX, p. 55-101, 1976.

para que tal chance seja passível de ser indenizada, é necessário que haja certeza de sua existência.

Ademais, caso houvesse certeza que tal chance produziria efeitos, provocando a certeza do dano final, estaríamos na presença da indenização do resultado e não da chance. Contudo, caso fosse possível demonstrar que a chance não seria concretizada, tendo, assim, a certeza da inexistência do dano final, não existiria a obrigação de indenizar, estando o ofensor liberado deste encargo (SAVI, 2012, p. 13).

Ademais, um dos pontos mais importantes trazidos pelo trabalho de Bocchiola é a distinção de chance e lucro cessante. De acordo com o ilustre jurista italiano, quando na presença de lucros cessantes, a parte terá que demonstrar não o lucro cessante em si considerado, mas os pressupostos e requisitos essenciais para a verificação deste lucro. Entretanto, quando na presença da perda de uma chance, estamos sempre na presença do desconhecido, pois o “dano final é, por definição, de demonstração impossível, mesmo sob o aspecto dos pressupostos de natureza constitutiva” (SAVI, 2012, p. 17).

Buscando o reconhecimento da teoria da perda de uma chance no direito italiano, em vista da não aplicabilidade da teoria até então, Bocchiola, analisando julgados de outros países onde a teoria era aplicada, chegou às seguintes conclusões:

Nestes casos, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo; (ii) segundo esta perspectiva, com o termo chance não se indicava uma vantagem possível e conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade de um resultado favorável; e (iii) ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra da certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto, certo. (BOCCHIOLA, 1976, apud SAVI, 2012, p. 19)

Após o aperfeiçoamento dos trabalhos dos juristas italianos, como Maurizio Bocchiola e as diversas decisões francesas favoráveis à aplicação da teoria da perda de uma chance, a jurisprudência italiana, assim influenciada, teve finalmente

seu primeiro caso favorável à indenização pela perda de uma chance em 19 de novembro de 1983.

No Brasil, conforme informa Sérgio Savi (2012, p. 35), um dos pioneiros no estudo da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, até o ano de 2006, ano da publicação da primeira edição de seu livro “Responsabilidade civil pela perda de uma chance”, à exceção da dissertação de mestrado defendida por Rafael Peteffi da Silva na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o tema não havia sido objeto de estudo mais aprofundado pelos pesquisadores do direito civil no nosso país.

Contudo, tal tema ganhou amplitude na esfera jurídica brasileira e atualmente, com uma simples pesquisa na *internet*, podemos encontrar diversos artigos, monografias, referências e decisões sobre o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Além disso, diversos doutrinadores e estudiosos do direito civil, compreendendo tanto os autores clássicos como os contemporâneos, admitem a aplicação da teoria em nosso ordenamento.

### **3.2 O entendimento doutrinário brasileiro acerca da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance**

Tendo em vista que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance se trata de instituto relativamente novo na esfera jurídica mundial, o Brasil, ao contrário dos países mencionados no subtítulo anterior, ainda possui pouca doutrina específica quanto ao tema. Apesar de a teoria ter ganhado espaço no âmbito do direito brasileiro, existindo atualmente grande número de artigos, monografias, dissertações e etc. quanto ao tema, somente dois autores se destacam quanto ao estudo aprofundado da teoria da perda de uma chance, Sérgio Savi e Rafael Peteffi da Silva.

Embora aceitem amplamente a teoria, diversos dos maiores e mais tradicionais doutrinadores do direito civil brasileiro possuem grande divergência quanto à sua aplicação e a sua natureza. A seguir, irá se explanar a posição de

alguns dos doutrinadores mais clássicos e o entendimento dos estudiosos específicos sobre o tema.

Silvio de Salvo Venosa (2012), reconhecendo a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, entende que a probabilidade de perda de uma oportunidade não pode ser considerada em abstrato (2012, p.37), encontrando-se a natureza desta perda nem na modalidade de dano emergente, tampouco na esfera dos lucros cessantes, mas sim, em uma terceira modalidade de dano. Afirmando que a certeza do dano é regra à aplicação da teoria, Venosa dá como exemplos a não interposição de recurso pelo advogado quando houvesse possibilidade de ganho para a parte e o fato ocorrido nas Olimpíadas de 2004.

Veja, como exemplo elucidativo de perda de chance, o fato ocorrido nas Olimpíadas de 2004, quando o atleta brasileiro que liderava a prova da maratona foi obstado por um tresloucado espectador, que o empurrou, o retirou do curso e suprimiu-lhe a concentração. Discutiui-se se nosso compatriota deveria receber a medalha de ouro, pois conseguiu a de bronze, tendo chegado em terceiro lugar na importante competição. Embora tivesse ele elevada probabilidade de ser o primeiro, nada poderia assegurar que, sem o incidente, seria ele o vencedor. Caso típico de perda de chance, chance de obter o primeiro lugar, mas sem garantia de obtê-lo. Um prêmio ou indenização, nesse caso, nunca poderia ser o equivalente ao primeiro lugar na prova, mas sim em razão da perda dessa chance. Tanto é assim que os organizadores da competição acenaram-lhe com um prêmio alternativo, destinado a esportistas que se destacaram por feitos extraordinários, mas, até o momento em que se escreve, não lhe outorgaram a medalha de ouro. (VENOSA, 2012, p. 38/39)

Indo ao encontro do posicionamento de Silvio Venosa, Flávio Tartuce também reconhece a perda de uma chance como nova categoria de dano.

A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. (TARTUCE, 2014, p. 391)

Carlos Roberto Gonçalves (2010), tratando especificamente da responsabilidade civil pela perda de uma chance, traz apenas o exemplo da responsabilidade civil do advogado e do médico, não fazendo grandes divagações sobre o assunto e não enquadrando o dano reparável pela teoria em nenhuma modalidade (lucro cessante, dano emergente ou outra categoria).

De igual forma tratam os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012).

#### 5.2.2. Responsabilidade civil pela perda de uma chance

Na busca do diagnóstico da conduta do advogado que perpetrou um dano ao seu cliente, inevitável é a ocorrência de situações em que a lesão ao patrimônio jurídico do cliente tenha se dado por uma conduta omissiva do profissional. A casuística é infundável: falta de propositura de ação judicial; recurso ou ação rescisória; não formulação de pedido; omissão na produção de provas; extravio de autos, ausência de contrarrazões ou sustentação oral; falta de defesa etc. Como se trata da perda de uma chance, jamais se poderá saber qual seria o resultado do julgamento se o ato houvesse sido validamente realizado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 109)

Já Sérgio Cavalieri Filho (2012), aprofundando-se ao tema de forma ímpar dentre os doutrinadores tradicionais do direito civil brasileiro, deixa de enquadrar o dano produzido pela perda de chance em qualquer modalidade, entendendo que o dano caminha entre os extremos (lucro cessante, dano emergente e terceira modalidade de dano), cabendo uma graduação entre eles, a qual deverá ser feita em cada caso, com critério equitativo e distinguindo a mera possibilidade da probabilidade. Dessa forma, afirma que a indenização deve corresponder à própria chance e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que a falha se deu pela chance perdida, cuja natureza é sempre problemática na sua realização, cabendo ao juiz analisar no caso concreto (p. 110).

Cavalieri Filho vai além da análise da modalidade onde se encontra o dano produzido pela perda da chance e apresenta entendimento mais aproximado com o dos estudiosos sobre o tema. Para ele

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença

desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda. (...) É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. Aqui, também, tem plena aplicação o princípio da razoabilidade. A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. (CAVALIERI, 2012, p. 81)

Mesmo de maneira mais superficial, da mesma forma entende Maria Helena Diniz (2007), pois percebe que tal dano se encontra dentro das delimitações do lucro cessante.

Dano *negativo* ou *lucro cessante* ou *frustrado*, alusivo à provação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo de lhe foi causado. Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos, conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto (RT, 434:163, 494:133). Trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também da *perda da chance*, de oportunidade ou de expectativa (frustração de uma oportunidade em que seria obtido, como diz Jeová Santos, um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito), que requer o emprego do tirocínio equitativo do órgão judicante, distinguindo a possibilidade da probabilidade e fazendo uma avaliação das perspectivas favoráveis ou não à situação do lesado, para atingir a proporção da reparação e deliberar seu *quantum*. (DINIZ, 2007, p. 68)

Apesar de diversos doutrinadores já trazerem a problemática da teoria ora em estudo em seus trabalhos, conforme visto acima, já em 2012, Fábio Ulhoa Coelho não menciona tal matéria em seu trabalho. Contudo, o autor considera que o advogado, agindo de forma imperita, deverá, de certo, ser responsabilizado pelo dano que causar ao cliente.

O advogado tem, em decorrência, responsabilidade civil subjetiva pelos danos que causa ao cliente quando falta ao cumprimento da obrigação de meio, quando comete erro no desempenho da profissão. São exemplos de imperícia profissional de advogado: perder o prazo da contestação ou recurso; deixar de protestar títulos que lhe foram confiados à cobrança, sustentar a conclusão de parecer em dispositivo de lei revogado, caso vigore outro com comando em sentido oposto; não propor a discussão de cláusula essencial aos interesses do cliente no transcurso de negociações

dum contrato; não advertir, oralmente ou por escrito, o cliente acerca do risco, quando houver, de determinadas condutas ou decisões serem consideradas ilegais. (COELHO, 2012, p. 655)

Assim, evidenciando que o advogado, no exercício de sua função, arcará com o dano que causará ao cliente, Ulhoa Coelho deixa um espaço em aberto para a aceitação da teoria, pois, entendendo de tal forma, caberá a indenização do advogado no caso de não interposição de recurso quando provável era a reforma da decisão, ou seja, no caso da perda da oportunidade de ver o deslinde do feito de forma diversa.

De acordo com os entendimentos dos autores usados como exemplos acima, vê-se crescente a aceitação e solidificação da teoria no direito brasileiro nos últimos anos.

### **3.3 A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance**

Conforme dito anteriormente, Sérgio Savi e Rafael Peteffi da Silva são os doutrinadores e estudiosos sobre a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance com mais evidência do âmbito do direito brasileiro atualmente. Dessa forma, para a conceituação da teoria, com suas principais características, elementos e requisitos, far-se-á a utilização destes referenciais teóricos.

Primeiramente, salienta-se que a teoria aqui estudada se subdivide em duas “modalidades”, sendo a primeira aquela que se insere na ideia de um tipo de dano autônomo, representado pela chance ou chances perdidas, e o segundo aquela que se direciona na causalidade parcial da conduta do agente em relação ao dano final. Na primeira modalidade, encontra-se a chamada teoria clássica da responsabilidade civil pela perda de uma chance, a qual será o enfoque do presente trabalho; já na segunda constam os casos de responsabilização civil médica ou “responsabilidade civil por perda de uma chance de cura ou de sobrevivência”. Quanto a esta segunda modalidade, uma breve análise de sua aplicação será feita quando da exemplificação da teoria mais à frente.

As transformações das relações jurídico-sociais na sociedade pós-moderna geram efeitos por vezes não abarcados pelo direito positivo, o que acaba ocasionando certa insuficiência de meios a fim de solucionar determinados casos. Contudo, o direito, como ciência em constante modificação e aperfeiçoamento, justamente para que consiga acompanhar tais transformações, possui o dever de se ajustar à época em que se encontra. É justamente dessa característica do direito que nasce a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Conforme já mencionado no capítulo anterior, inúmeras são as situações do cotidiano em que alguém se vê privado de obter determinada vantagem por ato ofensivo de terceiro. Já expondo a situação mais utilizada como exemplo na teoria em estudo, encontra-se o caso do advogado que perde o prazo para interpor recurso de apelação, agindo de forma negligente e indo contrariamente aos interesses de seu cliente. Neste caso, o que seria indenizável? Como postular tal indenização? Que dano efetivamente teve a vítima com tal ação? Esses são alguns dos questionamentos que podemos suscitar.

De acordo com Savi,

(...) se fosse possível afirmar que o recurso seria provido pelo Tribunal, teríamos a prova da certeza do dano final e, com isso, o ofensor seria condenado ao pagamento de todos os benefícios que o cliente iria auferir com a vitória no processo judicial. Se, por outro lado, fosse possível demonstrar que o recurso não seria provido, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o advogado negligente estaria liberado da obrigação de indenizar. Mas se não é possível determinar com absoluta certeza qual teria sido o resultado dos eventos dos quais dependia a realização da vantagem esperada, pode-se falar, ainda, de um dano certo e, portanto, indenizável? (SAVI, 2012, p. 02)

Com tal questionamento, Savi expõe a questão primordial e crua da teoria da perda de uma chance, pois, conforme afirma, o dano decorrente da perda desta oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo direito por muito tempo, pois, como não se era possível assegurar com certeza que, sem o ato o dano não existiria, sendo obtida a vantagem, simplesmente se ignorava a existência de um dano diverso daquele esperado. No entanto, com a evolução da área jurídica juntamente com o estudo das estatísticas e das probabilidades, atualmente é possível a mensuração de tais danos.

Não obstante, por desconhecimento da teoria, por não saber aplicá-la ou por não saber visualizar qual o dano que se apresenta, inúmeros são outros exemplos os quais a vítima, ao postular indenização contra o agente causador do dano, formula o pedido de forma inadequada à sua pretensão.

O óbice à indenização nestes casos se dava pela indevida qualificação desta espécie de dano. Normalmente, a própria vítima do dano formulava inadequadamente a sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requeria indenização em razão da perda da própria vantagem. Ao assim proceder, a vítima esbarrava no requisito certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos. Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, **ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda da chance.** Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem que não pôde se realizar. Isto é, **fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo.** Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. (SAVI, 2012, p.03) (grifei)

Ou seja, conforme já referido anteriormente (item 3.1), com o advento da teoria da perda de uma chance, o que se procura ressarcir é a chance perdida e não o resultado não obtido, **sendo a chance em si o dano a ser reparado.** Assim, ante a inovação que a teoria da perda da chance trouxe ao direito, trataremos a seguir de seus requisitos, observando quais deles são indispensáveis para a sua verificação.

### 3.3.1 Os elementos constitutivos da teoria da *Perte d'une chance*

Com a teoria francesa da *perte d'une chance*, como é amplamente conhecida em vista ao seu país de origem, houve grande mudança no cenário jurídico quanto ao instituto da responsabilidade civil, pois, com ela, abrem-se as portas para a possibilidade da vítima ser indenizada pela chance perdida, seja esta a possibilidade de conseguir alcançar determinado fim ou de evitar um prejuízo. Contudo, para que tal chance seja passível de indenização, é necessária a presença

de alguns requisitos, pois nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis.

Partindo do entendimento de Savi (2012, p. 19) que “a perda de uma chance é normalmente um dano presente, tendo em vista que a chance, quase sempre, é perdida no mesmo momento em que se verifica o fato danoso”, tem-se como o primeiro critério da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance (*perte d'une chance*), justamente, **o dano causado pela perda da chance em si** de auferir vantagem ou evitar prejuízo. O dano, posto no núcleo da teoria da perda de uma chance, é a quebra da expectativa produzida pelo ofensor e não a ruptura da espera de obtenção do resultado pretendido.

Já o segundo requisito da teoria é a existência de provas ou de verossimilhança da ocorrência de um **dano sério e real**, ou seja, **da perda de uma chance séria e real** de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Importante, assim, desmembrar tal requisito. O termo “chance” é utilizado pelos franceses e adotado quando mencionada a teoria. Contudo, tem-se que o real significado por trás do termo “chance” trata-se de probabilidade. Em que pese tal elemento, Savi (2012), salientando ter o ordenamento jurídico italiano como base, entende que uma chance **séria** se dá quando a probabilidade de obtenção de determinada vantagem ou contenção de algum prejuízo for igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) e **real** quando existir certeza acerca desta probabilidade.

Contudo, sabendo-se que no Direito é praticamente impossível falar em certeza absoluta – já que a maior parte das soluções gira em torno de um juízo de probabilidade –, percebe-se que eventualidade e certeza não podem ser nitidamente separadas em todos os casos. O “provável” e o “aleatório”, apesar de conceitos absolutamente distintos e quase contrapostos, não são bem definidos em seus limites. Trata-se, na realidade, de um problema que não é de natureza, mas de graduação. (SAVI, 2012, p. 14)

Assim, entende-se que os conceitos de “seriedade” e “existência real” caminham lado a lado, pois um complementa o conceito do outro. Em face da certeza do dano, Savi sustenta de maneira correta se tratar de dano emergente e não de lucro cessante ou ainda terceiro gênero como afirmam Venosa e Tartuce, pois, ao contrário do dano emergente, quando tratamos de lucros cessantes, a

certeza sempre será relativa. Ademais, de acordo com o artigo 402 do Código Civil (2002), as perdas devidas ao credor (vítima) abrangem, salvo as exceções expressas em lei, o que ele efetivamente esta perdeu.

Indenizando a perda de uma chance não são violadas as regras segundo as quais o dano deve ser certo para que possa ser levado em consideração pelo direito. De fato, vale repetir, em tais hipóteses **não indeniza-se a perda de um resultado favorável**, mas uma coisa completamente diversa, isto é, **indeniza-se apenas a perda daquela possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem**, a qual, com base na normal prova de verossimilhança exigida pela lei, resultava realmente existente no patrimônio da vítima no momento em que ocorreu a lesão. **Então, se a chance já fazia parte dos bens da vítima, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente.** (BOCCHIOLA, 1976 *apud*, SAVI, 2012, p.22) (grifei)

Assim, reconhecendo-se que a chance perdida já fazia parte do “patrimônio” da vítima, ou seja, esta já contava com a chance em si e que com o ato danoso o agente obsta o caminho natural dos acontecimentos retirando tal “bem” da vítima, o que se indenizará é a chance perdida em si, quando séria e real, tem-se que o entendimento de Savi, quando insere a perda da chance como dano emergente é o mais acertado.

De acordo com Peteffi (2013, p.12), nos casos da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance, sempre será possível observar a perda de uma “aposta” por parte da vítima, pois tal aposta é uma possibilidade de ganho, é a vantagem que a vítima esperava auferir.

Seguindo e sintetizando os entendimentos de Maurizio Bocchiola, Savi (2012) concluiu, em primeiro lugar, que a chance, desde que com probabilidade de sucesso igual ou superior a 50%, pode ser considerada um dano certo, podendo ser indenizável; em segundo lugar, será indenizável como dano emergente e não como lucro cessante; e, por fim, que a certeza de tal dano será valorada segundo um cálculo de probabilidade.

De acordo com Peteffi (2013), existe ainda uma característica essencial para a caracterização da teoria: **a total falta de prova de vínculo causal entre a perda dessa aposta e o ato danoso.** O autor afirma que a ideia é a de que nunca se poderá saber se foi o agente do ato danoso que necessariamente causou a perda da

aposta, não sendo, portanto, uma condição *sine qua non* para a perda da aposta o ato do demandado na ação de reparação (2012, p.13).

Contudo, compreende-se que tal característica, como menciona Peteffi, restringe-se a isso, mera característica, não sendo elemento essencial à verificação da teoria. De fato, tal propriedade existe nos casos onde a perda de uma chance é observada, no entanto, não se observa esta como elemento essencial da teoria. Entende-se que não é correto afirmar que sem o ato danoso produzido pelo agente ofensor, o resultado pretendido se tornaria real, sendo tal característica fundamental para a diferenciação da chance perdida das outras espécies de dano. Assim, o nexo causal não terá relação com o resultado pretendido pela vítima, mas com a quebra dessa expectativa, com a perda da chance.

Portanto, conclui-se que para a caracterização da responsabilidade civil pela perda da chance é necessária a existência de um dano com a perda da chance vivenciada pela vítima e que esta mesma chance seja séria e real. Dessa forma, além dos requisitos básicos para a responsabilidade civil, quais sejam, a existência de uma ação ou omissão voluntária, ilícita ou lícita, a ocorrência de um dano e o nexo causal entre o dano e a ação ou omissão, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance abrange, também, tais elementos específicos.

### 3.3.2 A quantificação do prejuízo da perda de uma chance

Vencida as questões de conceituação da teoria da *perte d'une chance*, seu reconhecimento na doutrina brasileira e identificação dos seus requisitos específicos, passa-se à análise da forma de efetuação do cálculo para apurar o valor da indenização correspondente ao dano produzido pela perda da chance.

Como já mencionado anteriormente, nem toda perda de chance é indenizável, pois para que seja é preciso que estejam presentes os requisitos específicos da teoria. Assim, o montante da indenização deverá ser fixado de forma equitativa pelo juiz, o qual deverá sempre levar em consideração o princípio da razoabilidade, em vista que a sua inobservância poderá acarretar enriquecimento da vítima ou condenar exageradamente o agente produtor do dano.

Além disso, a chance para ser indenizável terá que ser séria e real, ou seja, deverá ser certa, assim como, ao tempo do dano, ter probabilidade superior a 50% de a vítima conseguir a vantagem que esperava ou evitar prejuízo.

Sérgio Savi, em seu primoroso estudo acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance no direito italiano, apresenta a fórmula de quantificação do prejuízo da chance perdida utilizada pela *Corte di Cassazioni*, corte mais alta do poder judiciário italiano:

A forma de quantificação do prejuízo da perda de uma chance utilizada pela *Corte di Cassazioni* pode ser representada pela seguinte fórmula:

$$VI = VRF \times Y$$

Onde: VI = valor da indenização da chance perdida;

VRF = valor do resultado final;

Y = percentual de probabilidade de obtenção do resultado final. (SAVI, 2012, p.32)

Como se pode observar, a fórmula é bastante didática e torna fácil a compreensão do cálculo a ser realizado para a apuração do valor indenizatório. Assim, considerando o entendimento aqui defendido, o valor de Y (percentual de probabilidade de obtenção do resultado final) deverá ser sempre igual ou superior a 0,50 (50%), pois caso tal percentual for menor, descaberá indenização pela perda de uma chance, pois esta deixará de ser séria, sendo apenas possibilidade e não probabilidade.

Assim, a fim de elucidar o procedimento a ser feito, observemos o que muitos autores consideram como o verdadeiro *leading case*<sup>5</sup> da teoria da perda de uma chance no Brasil, o caso do “Show do Milhão”<sup>6</sup>.

Conforme se observa do relatório deste caso, a autora da ação, Sra. Ana Lúcia Serberto de Freitas Matos, propôs ação indenizatória contra BF Utilidades Domésticas Ltda., empresa do grupo econômico “Sílvio Santos”, pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de fato ocorrido quando

<sup>5</sup> Caso percursor

<sup>6</sup> STJ, Recurso Especial nº 788.459-BA, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005, DJ em 13/03/2006.

de sua participação no programa “Show do Milhão”. Como se sabe, o programa de televisão, o qual era exibido pelo SBT, compreendia em um concurso de perguntas e respostas cujo prêmio máximo, R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro, era pago ao participante caso este respondesse corretamente a última pergunta, a qual foi denominada de pergunta de um milhão de reais. De acordo com o programa, a cada pergunta respondida corretamente pelo participante o montante do prêmio era aumentado, chegando à penúltima pergunta que valeria R\$500.000,00 (quinhentos mil reais). Ao chegar neste ponto, o participante escolhia ficar com o valor de R\$500.000,00 e não responder a última pergunta ou arriscar tudo com a “pergunta do milhão”. No caso de acerto, o participante sairia com o prêmio máximo (R\$1.000.000,00) e, caso errasse, não levaria prêmio algum.

No caso em tese, na data de 15 de junho de 2000, ao chegar à pergunta final, foi apresentada à autora a pergunta final, a qual era a seguinte: “A constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território Brasileiro?” Como possíveis respostas foram apresentadas quatro alternativas: (1) 22%; (2) 2%; (3) 4%; ou (4) 10% (a qual era dada como a alternativa correta). A participante, ao se deparar com esta pergunta, preferiu ficar com os R\$500.000,00 já ganhos do que responder a pergunta.

Contudo, não haveria resposta certa, pois a Constituição Federal não determina tal percentual. Dessa forma, a Sra. Ana Lúcia, entendendo que a produção do programa teria agido de má-fé, formulando pergunta sem resposta correta, ingressou com ação indenizatória por danos materiais e morais, indicando o valor de R\$500.000,00 por ter perdido a oportunidade de receber tal valor em razão da conduta da ré.

Em sua defesa, a ré afirmou que a pergunta possuía resposta, uma vez que no artigo 231 da Constituição Federal prevê que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Assim, de forma absurda, sustentou que se a autora soubesse a área do território nacional, os termos do artigo 231 e a quantidade de terras que os índios tradicionalmente ocupam, conseguiria responder a pergunta. A ação foi acolhida quanto ao dano material, sob fundamento de que,

nos termos em que foi formulada, não haveria resposta certa. Assim, a ré foi condenada ao pagamento de R\$500.000,00 com acréscimo de juros legais, contados do ato lesivo e verba de patrocínio de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformada com a decisão, a requerida interpôs recurso de apelação, o qual foi julgado e negado provimento pelo Tribunal de Justiça da Bahia, mantendo a sentença. Contra o acórdão, a ré interpôs Recurso Especial perante o Supremo Tribunal de Justiça, afirmando violação ao art. 1.059 do Código Civil de 1916<sup>7</sup>, sustentando que, caso a pergunta tivesse sido formulada corretamente, a chance de a autora responder precisamente a pergunta final seria de 25%, já que eram quatro assertivas. Assim, requereu que, caso fosse o entendimento daquela corte em manter a condenação, o quantum indenizatório fosse reduzido à esta porcentagem, perfazendo o valor de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Ao examinar as razões recursais, o Relator Ministro Fernando Gonçalves assim entendeu

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

<sup>7</sup> Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (Código Civil Brasileiro de 1916)

**recorrida**, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, **adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra**. A quantia sugerida pela recorrente (**R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais**) - **equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens**) **reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida**. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). (STJ, Recurso Especial nº 788.459-BA, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005, DJ em 13/03/2006) (grifei)

Conforme se observa, o Ministro Fernando Gonçalves, sem mencionar a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, a utilizou quase que de forma esplêndida. Pois, de acordo com o que já foi exposto anteriormente, a indenização da chance perdida deverá ser sempre menor do que o valor que a vítima perceberia caso a chance – oportunidade – não lhe fosse suprimida e o ganho tivesse se verificado. Assim, no caso em questão, em vista que a autora jamais teria certeza absoluta que acertaria a pergunta, o montante indenizatório jamais poderia ser equivalente a quinhentos mil reais, ou seja, valor do resultado final.

Agora analisando o caso sob a égide da teoria em estudo, a parte autora, de fato, sofreu uma perda de oportunidade, de possibilidade de ter sido vitoriosa e ter saído do programa milionária, havendo, então, certeza acerca do dano sofrido.

Conforme afirma Savi (2012, p. 79), os critérios, limites e a forma de aplicação da teoria defendidos por ele – o qual também entendo como certo – foram acolhidos quase integralmente, contudo, o único reparo cabível e que implicaria em modificação do julgado seria em relação aos limites para a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Isto porque, conforme anteriormente exposto, entendemos que a chance, para ser considerada séria, real e, portanto, passível de indenização a título de danos materiais, precisa ser superior a 50% (cinquenta por cento). Neste

caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o raciocínio dos Ministros que compõe a Quarta Turma foi perfeito. As chances da autora foram adequadamente analisadas no caso concreto. Contudo, mesmo tendo chegado à conclusão que as chances eram de apenas 25% (vinte e cinco por cento), entenderam por indenizar a chance perdida. Não há como afirmar que o acórdão está equivocado neste ponto. A diferença entre o entendimento esposado pelo STJ no caso do show do milhão e aquele por nós defendido neste livro é, tão somente, em relação ao critério a ser adotado. Há quem entenda, como o Supremo Tribunal de Justiça, que a decisão amolda-se perfeitamente à forma de indenização baseada em probabilidades, onde o valor devido será sempre aquele resultante da probabilidade multiplicada pelo valor que obteria em caso de concretização da chance, mesmo naqueles casos em que a probabilidade é inferior a 50% (cinquenta por cento). (SAVI, 2012, p. 79/80)

Por conseguinte, tendo em vista que já vencidas as devidas conceituações e defendidos os devidos posicionamentos, passa-se a pesquisa jurisprudencial acerca da aplicabilidade e do reconhecimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no âmbito jurídico brasileiro.

## **4 O RECONHECIMENTO E A APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Assim como o entendimento doutrinário, a jurisprudência brasileira ainda possui divergência quanto à aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Com efeito, é verdade que tal fato se dá pela relativa novidade da teoria e, também, quanto à relativa pluralidade de entendimentos doutrinários à sua aplicação. Contudo, a pesquisa jurisprudencial a seguir realizada, demonstra que a teoria se faz cada vez mais presente em nosso ordenamento.

De tal forma, sabendo que o estudo aqui realizado tende a enquadrar a perda da chance como dano emergente, ou seja, uma espécie de dano patrimonial, o qual será indenizável quando a chance perdida era séria e real, passamos à análise jurisprudencial dos Tribunais brasileiros.

### **4.1 A posição jurisprudencial de alguns Tribunais Estaduais**

De acordo com Sérgio Savi (2012), a primeira decisão acerca do tema da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance se deu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datando de 1990<sup>8</sup>. No caso, a autora pleiteava indenização pelos danos decorrentes de erro médico, pois havia se submetido à cirurgia de correção de miopia de quatro graus em que resultou em uma hipermetropia de dois graus além de cicatrizes na córnea, fazendo-a enxergar com névoa.

Como são numerosos os casos analisados pelos Tribunais acerca da perda da chance na seara médica, conforme dito anteriormente no item 3.3, far-se-á uma

---

<sup>8</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORRECAO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NAO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGACAO DE RESULTADO E DE INDENIZACAO POR PERDA DE UMA CHANCE. (Apelação Cível Nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12/06/1990)

pequena observação quanto a esta espécie de dano causado pela perda da chance de cura, pois esta se distancia do estudo aqui em análise.

De acordo com Grácia Cristina Moreira do Rosário (2008), a chamada

perda da chance de cura, visa à reparação do dano oriundo da **ausência de probabilidade, já que o provável enseja um convicto grau de certeza no que se refere à importância do dano.** Assim, o aperfeiçoamento do profissional é indispensável para que o serviço seja prestado a contento, não perdendo o doente a probabilidade de retorno da sanidade física e/ou mental. (2008, p. 167) (grifei)

Assim, logo de início verificamos sua divergência com o tema em estudo. De acordo com a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, a chance indenizável deverá, além de real, ser considerada séria, possuindo uma probabilidade razoável de auferir determinada vantagem ou evitar prejuízo. Contudo, na esfera médica, mesmo que a pessoa possua chances de cura de 20% e que esta chance, por mínima que seja, lhe foi suprimida pela ação culposa do agente, será cabível a indenização. Exemplo clássico utilizado pela doutrina a fim de elucidar a aplicabilidade de tal teoria é o caso do médico que não prossegue no diagnóstico de câncer em seu paciente sendo este descoberto mais tarde por outro médico. Sabe-se que neste tipo de enfermidade, a descoberta da doença em seu estágio inicial produz chances de cura muito maiores, sendo a ação (negligente ou imperita) do médico, produtora da perda das possibilidades de sobrevivência do paciente. Dessa forma, caso o paciente se veja privado de um diagnóstico correto, sendo prejudicado no tratamento que seria benéfico à sua cura, mostra-se constituída a perda de chance desta cura, a qual, da mesma forma do enfoque delimitado no presente trabalho, constitui um dano em si mesmo.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INOVAÇÃO RECURSAL. CONHECIMENTO PARCIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA PARA PLEITEAR DANO POR OUTRÉM. APLICAÇÃO DO CDC FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACOMPANHAMENTO POR OFTALMOLOGISTA. CEGUEIRA IRREVERSÍVEL RECÉM-NASCIDO. RETINOPATIA DA PREMATURIDADE. PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. Inovação Recursal. Não conhecimento do pedido inexistente na exordial, frente a flagrante inovação recursal. Ausência de interesse recursal. Ilegitimidade Ativa. Art. 6º do CPC De fato é reconhecida a possibilidade de existência de danos em ricochete aos familiares de

pessoa acometida de problemas de saúde. Entretanto, tais familiares deverão postular em nome próprio tal direito existindo óbice judicial para que seu filho seja o postulante, tendo em vista a plena capacidade dos pais. Relação de Consumo. É aplicável o Código de Defesa do Consumidor às relações previdenciárias, consoante traduz o art. 3º, §2º do CDC. Responsabilidade Objetiva. Aplica-se a responsabilidade objetiva ao estabelecimento hospitalar na forma do art. 14, caput, do CDC. O hospital demandado apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência denexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, ou fato exclusivo de terceiro. Falha na Prestação de Serviço. Omissão. **Responsabilidade por perda de uma chance, que não indeniza a cegueira, ou perda da visão, mas sim a perda da oportunidade de cura e de melhora.** Dano Moral. Configuração. Valor fixado adequado às peculiaridades do caso tendo sido observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e dos parâmetros adotados por este Tribunal em casos semelhantes ao dos autos. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70058693748, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Giovanni Conti, Julgado em 08/05/2014) (grifei)

Assim, feita a distinção entre a perda da chance de cura e a perda da chance objeto de estudo do presente trabalho, ainda que de forma breve, passo ao exame dos casos pertinentes a este estudo.

O segundo caso analisado também se deu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual foi julgado um ano após o primeiro.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO À SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR À MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991)

De acordo com este caso, a parte autora constituiu o réu como seu advogado para ajuizar uma ação contra o INPS, na qual pleiteava o recebimento de pensão previdenciária, pois seu marido havia morrido. Distribuída a ação no Foro de Novo Hamburgo em 1975, o processo veio a ser extraviado, não chegando ao cartório. Com essa situação, o advogado deixou de informar a parte autora acerca do ocorrido, assim como não procedeu no processo de restauração de autos, o que terminou com a perda de chance da requerente em conseguir ver julgado seu pleito. De acordo com Savi (2012, p. 49), o Desembargador Ruy Rosado de Aguiar, citando

o entendimento francês, reconheceu a chance perdida da parte e manteve a sentença que condenou o advogado réu a indenizar a autora.

Como se observa, apesar de alguns estudiosos da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance considerarem que o caso do “Show do Milhão” tenha sido o verdadeiro *leading case* da discussão da teoria no Brasil, já havia influência da teoria francesa muito antes daquele julgamento. Contudo, o que se observa é que após o julgamento do caso do “Show do Milhão”, a repercussão jurídica acerca desta teoria proliferou nos Tribunais brasileiros.

#### 4.1.1 A divergência na aplicabilidade e harmonização dos conceitos pelos tribunais estaduais

De acordo com as decisões a seguir expostas, constata-se que apesar de haver reconhecimento da teoria da perda de uma chance, desde que séria e real, ainda há divergência nas decisões jurisprudenciais na aplicabilidade da teoria. Embora existam excelentes decisões acerca do tema, ainda vemos julgamentos em que a perda de uma chance é vista apenas como um dano extrapatrimonial, ou como menciona Savi (2012, p. 50), um mero “agregador do dano moral”, o que acaba refletindo no montante da indenização.

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO PELOS FISCAIS DAS NORMAS DO MANUAL DE INSTRUÇÕES. EXTRAVIO DE PROVA. ÔNUS DA PROVA. **DANO MORAL**. DEMONSTRADA A FALHA NA APLICAÇÃO DE PROVA PRÁTICA DE DATILOGRAFIA EM CONCURSO PÚBLICO PELA INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DO MANUAL DE INSTRUÇÕES PARA FISCALIZAÇÃO, SEGUNDO AS QUAIS DEVERIAM SER RECOLHIDAS TODAS AS CINCO FOLHAS ENTREGUES AO CANDIDATO, CABIA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE ESTE NÃO AS RESTITUÍRA. NA FALTA DESTA PROVA, E DE SE PRESUMIR QUE A PROVA RESTOU EXTRAVIADA POR CULPA DA ADMINISTRAÇÃO. **HIPÓTESE EM QUE RESTOU DEMONSTRADA A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS COM A PERDA DA CHANCE CONCRETA DE LOGRAR APROVAÇÃO E SER NOMEADO**. EMBARGOS ACOLHIDOS. VOTOS VENCIDOS. (Embargos Infringentes Nº 598164077, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 06/11/1998) (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL/FAMILIAR. REAJUSTES. POSSIBILIDADE. FAIXA ETÁRIA. NULIDADE. RESTITUIÇÃO DE VALORES. PRESCRIÇÃO DECENAL. No que diz com os aumentos anuais no valor da prestação do plano de saúde, tratando-se de plano de saúde individual familiar, tem-se como abusivo todo e qualquer reajuste anual aplicado em percentual superior ao fixado pela ANS. Tem-se como abusiva a cláusula que prevê reajuste exclusivamente em razão da faixa etária, devendo ser decretada sua nulidade. Inteligência do art. 15, § 3º do Estatuto do Idoso e art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. **INOCORRÊNCIA DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. Não há nos autos prova de que tenha sido causada lesão proporcional a um dano efetivo à personalidade da parte demandante. Não demonstrada uma efetiva lesão a direito de personalidade da parte ou eventual perda de chance, ausente se apresenta a reparação a título de danos morais.** À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E, POR MAIORIA, VENCIDA EM PARTE A RELATORA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR. (Apelação Cível Nº 70060523701, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Maria Claudia Cachapuz, Julgado em 06/08/2014) (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE RECURSAL. No caso concreto, o autor, representado por defensor público integrante do quadro da defensoria pública do RS, tem a prerrogativa de intimação pessoal dos atos processuais. Tempestividade reconhecida. AFASTADA A PRELIMINAR. DANOS MORAIS. ONÚS DA PROVA. CASO CONCRETO. PROMOÇÃO. ERRO NA INSCRIÇÃO. **PEDIDO DE DANOS MORAIS BASEADO EM FRUSTRAÇÃO DE EXPECTATIVA E PERDA DE UMA CHANCE. INEXISTÊNCIA. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS, NA HIPÓTESE. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. O pedido de reparação por danos morais não pode ser banalizado, impondo-se reservá-lo às ocorrências que realmente exacerbem a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias.** AFASTADA A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70058050329, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 12/03/2014) (grifei)

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CLIENTE BANCÁRIO. ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. INDENIZAÇÃO DEFERIDA. PLEITO ACOLHIDO. RECURSO DE APELAÇÃO. DESPROVIMENTO. RECLAMO ADESIVO. DEFERIMENTO. 1 O dano moral revela-se, de regra, na esfera de subjetividade do ofendido ou, em certos casos, no plano de valoração da pessoa na sociedade, traduzindo-se como um sentimento de pesar íntimo do lesado, capaz de acarretar-lhe alterações psíquicas e desfalques sociais ou afetivos em seu patrimônio moral. Constitui-se o dano moral 'in re ipsa', tornando dispensável a prova de prejuízos concretos, emergindo ele tão somente da comprovação do fato potencialmente lesivo a um direito da personalidade do ofendido. Assim, em se tratando de inscrição negativadora do crédito do autor, suficiente é que este prove a existência dessa inscrição e o fato de ser ela indevida. 2 **Em senda de reparação de dano moral**, o valor indenizatório há que ser eficaz, considerando a capacidade financeira do responsável por sua prestação, com aptidão, de outro lado, para desencorajar a parte à prática de nova violação do mesmo jaez. Ao mesmo tempo, há que traduzir-se ela, referentemente à vítima, uma forma de dar-lhe um lenitivo psicológico como compensação à lesão sofrida. **No contexto concreto dos autos, há que ser considerada a perda, pelo ofendido, de**

**uma chance real de obtenção de crédito**, bem como o fato de ter a instituição financeira demandada, para a prática nociva, ter submetido o nome do autor à negativação, por duas vezes, ainda que ciente de que essas inscrições estavam terminantemente vedadas pelo Judiciário, em razão da tutela antecipada para tanto deferida ao autor nos autos da ação de revisão de cláusulas de contrato bancário. Assim, o 'quantum' reparatório há que reprimir também o abuso cometido pela demandada contra o Poder Judiciário. E não atendidas, na fixação judicial, essas circunstâncias, a verba reparatória impõe-se majorada. (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Apelação Cível n. 2007.017537-7, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 08-05-2008) (grifei)

Nos acórdãos acima elencados, a perda de uma chance foi vista como um *plus* ao dano moral, seja para indeferir ou modificar a decisão posta em revisão.

No caso do primeiro acórdão, julgado em 1998, a ação foi julgada procedente no juízo de primeiro grau, o qual fixou condenação, por danos morais, em cinco vencimentos do cargo de oficial de justiça em vista a seriedade da chance perdida, ou seja, falha na aplicação da prova de datilografia no concurso para tal função. Em sede de segundo grau, conforme se observa da leitura da ementa, houve provimento ao recurso do autor para elevar a quantia condenatória para dez vencimentos também a título de dano moral.

Já no segundo acórdão, julgado dezesseis anos após o primeiro, o voto da relatora foi enfático em afirmar que a perda da chance se justifica como dano extrapatrimonial.

Por fim, no que tange ao pedido do apelante de condenação da demandada por danos morais, tem-se que não prospera a pretensão. **Entende-se que não veio aos autos prova de que tenha sido causada lesão proporcional a um dano efetivo à personalidade da parte demandante. Não demonstrada uma efetiva lesão a direito de personalidade da parte, ou eventualmente perda de chance, a justificar uma reparação a título de danos morais**, cumpre que se afaste a pretensão como exposta na inicial. (grifei)<sup>9</sup>

No terceiro acórdão, com base na leitura da fundamentação deste, embora o relator tenha mencionado outros acórdãos onde a teoria da perda de uma chance é

---

<sup>9</sup> Apelação Cível Nº 70060523701, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Claudia Cachapuz, Julgado em 06/08/2014

apontada de forma correta, vê-se que o desembargador também considera como a perda de uma chance como “agregador” do dano moral.

O autor busca ser ressarcido exclusivamente **pelos danos morais** que alega ter sofrido pelo fato de ter realizado inúmeras tentativas em participar da promoção das apeladas, sem êxito. Aduz que as tentativas restaram frustradas por culpa das apeladas, de forma que a condenação em danos morais é consequência jurídica decorrente. **Assevera que a atitude das apeladas teria lhe ocasionado a “perda de uma chance”, o que acarreta a responsabilização por danos morais.** Entretanto, do exposto aos autos, mantenho o entendimento esposado pelo nobre sentenciante, isto porque, conforme se depreende dos documentos acostados nas fls. 17/20, as letras aparentemente digitadas pelo autor quando do cadastramento via internet não correspondem às letras constantes nos quadros de imagem, autorizando a conclusão de que o insucesso na obtenção dos cupons digitais necessários para a participação na promoção decorreu de erro do próprio demandante. **Ainda, o autor não demonstrou ter realizado contato com as demandadas para solucionar o equívoco e participar da promoção. Quanto aos alegados danos morais sofridos, por conseguinte, não há como ser acolhida a postulação.[...] Assim, não ocorrendo qualquer fato que excedesse os incômodos normais da vida cotidiana, não se configura a hipótese de caracterização de danos morais.** Ademais, a participação em promoções ou sorteios não garante que o participante venha auferir o valor do prêmio principal. A chance de êxito em tal sorte de evento é extremamente reduzida, e todo cidadão tem consciência disto. **Destarte, resta afastada a suposta perda de uma chance, vez que a probabilidade de vitória no certame não permite que se defira indenização com base nesta alegação,** que só é aceita, assim afirma de forma pacífica a jurisprudência, quando a chance perdida resta cabalmente demonstrada, o que, neste caso, como já dito, não ocorreu.<sup>10</sup> (grifei)

Ao ler integralmente o teor da decisão deste recurso, entende-se que o relator permitiria a fixação de um *quantum* indenizatório a título de danos morais caso houvesse prova bastante da probabilidade de vitória da parte apelante, ou seja, que a chance perdida acarretaria grande expectativa de ganho.

Por fim, quanto ao quarto acórdão, basta a leitura da ementa para que se observe que a perda da chance é considerada como dano moral. Nada mais. Mesmo afirmando a existência de uma perda, pelo ofendido, de uma chance real de obtenção de crédito, não é feita qualquer distinção entre o dano extrapatrimonial e aquele produzido pela perda da chance. Além disso, nenhuma menção quanto à teoria ora em estudo é feita na íntegra da decisão, o que acaba por evidenciar que a

---

<sup>10</sup> Apelação Cível Nº 70058050329, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 12/03/2014

chance perdida se caracterizou somente como um *plus* à majoração dos danos morais previamente fixados.

Tais entendimentos são minoria em nosso ordenamento jurídico. Contudo, é importante salientar que em determinados casos, a perda de uma chance poderá, além de causar um dano material, ser considerada de tal forma, ou seja, como um agregador ao dano moral. “O que não é possível se admitir é considerar o dano causado pela perda da chance como sendo um dano **exclusivamente moral**” (SAVI, 2012, p. 57) (grifei).

Além destes entendimentos, inúmeros são os casos na jurisprudência em que há o reconhecimento de danos de natureza patrimonial gerados pela perda de uma chance. Os tribunais também possuem entendimento que tal dano se encaixaria nas hipóteses de lucro cessante, sendo farta a jurisprudência nesse sentido. Assim, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PEDIDO DE LUCROS CESSANTES. MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. REPETIÇÃO EM DOBRO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. DESPROVIMENTO DO APELO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. I. **O lucro cessante consiste na perda do ganho esperável, podendo decorrer da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. No caso concreto, improcede o pedido indenizatório a tal título porque não comprovada a existência de uma chance real e séria, que tenha proporcionado à lesada efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.** II. Quantum indenizatório fixado a título de danos morais que deve ser mantido para atender ao caráter punitivo/pedagógico da sanção e por harmônico com os parâmetros adotados por esta Câmara em casos análogos. III. Juros moratórios que incidem a partir da sentença que fixou o valor da dívida, conforme entendimento do E. STJ por meio do REsp n. 903258. Caso em que vão mantidos a contar da citação, a fim de evitar reformatio in pejus, considerando a falta de insurgência da parte demandada. IV. Correção monetária incidente desde a data da quantificação do dano, ou seja, da sentença condenatória. V. Repetição em dobro com base no art. 940 do Código Civil somente é possível nos casos em que houver demanda por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, o que não ocorreu no caso dos autos. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70059212696, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 15/05/2014) (grifei)

Neste julgado, observa-se que a aplicação da teoria visa à reparação dos lucros cessantes, pois objetiva a indenização da situação frustrada e não da efetiva perda da chance.

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRÁRIO AGRÁRIO. PARCERIA AGRÍCOLA. ESTIAGEM. IMPOSSIBILIDADE DE PLANTIO. AUSÊNCIA DE RECURSOS HÍDRICOS SUFICIENTES PARA IRRIGAÇÃO DA LAVOURA. CASO FORTUITO. Hipótese dos autos em que restou comprovado que a seca que assolou a região de Dom Pedrito, no período agrícola de 2006/2007, impossibilitou o plantio da safra de arroz por parte do parceiro outorgado, frustrando o preparo do solo, na medida em que a forte estiagem que assolou a região impediu que a barragem que seria utilizada para o cultivo da plantação enchesse. No contrato de parceria agrícola, o proprietário, recebe parte dos frutos, compensada com a partilha dos riscos da atividade desenvolvida pelo parceiro outorgado, mesmo em se tratando de hipótese de força maior/caso fortuito do empreendimento agrícola, conforme se depreende da leitura do art. 4º do Decreto nº 59.566/66. Considerando que o plantio da safra 2006/2007 não se viabilizou em virtude da ocorrência de forte estiagem na região de Dom Pedrito, que é fato alheio à vontade do parceiro agricultor e tendo em vista a sua imprevisibilidade ou inevitabilidade, não há como imputar ao parceiro outorgado a culpa pelo inadimplemento contratual, pois os parceiros, por força do inciso I, do § 1º, do art. 96 do Estatuto da Terra, devem dividir estes riscos **DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE LIBERAÇÃO DA TERRA POR PARTE DO PARCEIRO OUTORGANTE PARA O PLANTIO. DANOS CARACTERIZADOS** À luz do conjunto probatório produzido no feito, não há elementos probatórios demonstrando a exceção substancial de abandono do plantio imputada ao parceiro outorgado, o que, conseqüentemente, levaria à conclusão de que o autor não poderia ser indenizado pelos prejuízos suportados, mormente porque o parceiro outorgante não se desincumbiu do dever processual de comprovar minimamente que o parceiro outorgado abandonou o imóvel, ao contrário, ao que se pode verificar da prova produzida, o parceiro outorgado foi impedido de adentrar no imóvel e, por conseqüência, de preparar a terra para o cultivo da safra 2007/2008, circunstância que evidencia expressa violação ao art. 5º do Contrato de Parceria e aos princípios do Estatuto da Terra. **LUCROS CESSANTES. PERDA DE UMA CHANCE. Considerando que restaram frustradas do plantio quatro safras agrícolas de arroz em razão de descumprimento contratual imputável exclusivamente ao parceiro proprietário, o parceiro agricultor perdeu a sua justa expectativa de auferir lucro com a plantação de arroz. A perda da chance repousa sobre a certeza de que a chance poderia ter sido concretizada, situação esta que restou caracterizada na espécie.** Aquele que violou o contrato de parceria tem o dever de indenizar a perda da justa expectativa do parceiro de auferir lucro com a plantação. Na casuística, o parceiro outorgado ficou impossibilitado de auferir lucro com a plantação de arroz. Deve ser garantido o lucro líquido de apenas dois anos agrícola a título de lucros cessantes - o primeiro, no qual se deu o inadimplemento, e o segundo, considerando que talvez o parceiro outorgado não lograsse obter outra terra em que labutar ou outra atividade econômica em que se envolver. **DANOS MORAIS. RESTRIÇÃO A POSSE E AO DESEMPENHO DA ATIVIDADE DE TRABALHO DO PARCEIRO OUTORGADO. MERA FRUSTRAÇÃO CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO E, POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO À**

APELAÇÃO, VENCIDO O RELATOR QUE ACOLHIA A PRETENSÃO EM MAIOR EXTENSÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70052695103, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 28/08/2013) (grifei)

De igual forma foi o posicionamento desta decisão. Houve confusão entre o resultado final esperado – a obtenção de lucro com o plantio de arroz – e a chance perdida em si – a impossibilidade de plantio da safra de arroz, sendo tal chance indenizada a título de lucros cessantes.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. RESPONSABILIDADE NOS TERMOS DO EDITAL DE LICITAÇÃO PÚBLICA. VENDA DE IMÓVEL. NEGLIGÊNCIA QUANTO À LAVRATURA DA ESCRITURA REFERENTE AO IMÓVEL. DEVER JURÍDICO. CULPA CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CUMPRIMENTO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO QUE SE EXIGE. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. OMISSÃO DE ATO DE RESPONSABILIDADE DA PRÓPRIA EMPRESA PÚBLICA QUE PROMOVEU O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESCUMPRIMENTO PELA CONTRATANTE. CABIMENTO DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. PREVISÃO NOS ARTIGOS 466-A, 466-B E 466-C, DO CPC. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES NÃO DEMONSTRADOS INEQUIVOCAMENTE. SUCUMBÊNCIA FIXADA NA SENTENÇA POR RATEIO. APELOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA INCÓLUME. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva. Rejeição. A legitimidade da empresa pública, promotora do certame e que tornou públicas as cláusulas editalícias, se evidencia pelo fato de que promoveu licitação para compra de imóvel especificado; e tendo os Autores vencido o certame, descumpriu dever ajustado à cláusula 8, alínea "c", de sua responsabilidade - quanto à lavratura da escritura pública de compra e venda do imóvel no prazo estabelecido no Edital. 2. O edital, conforme entendimento solidificado jurisprudencial e doutrinariamente, é a lei interna da licitação, vinculando em seus termos os contratantes, não podendo a Administração exigir condição estranha ao instrumento licitatório nem descumprir as regras por ela mesma criadas, sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório - art. 3º da Lei 8666/93. 3. Se a própria contratante descumpre dever jurídico de lavrar a escritura pública de compra e venda aos vencedores da licitação, por ela mesma promovida, o que se emana das cláusulas editalícias vinculantes; atua de forma negligente quanto às regras do certame, permitindo, nos termos dos artigos 466-A, 466-B e 466-C, do CPC, o instituto da adjudicação compulsória para extirpar a negligência configurada. 4. Os danos emergentes e os lucros cessantes carecem de demonstração inequívoca. "In casu" condenar a TERRACAP a indenizar investimentos do tipo pagamento de projetos arquitetônicos, cercamento e delimitação do terreno do empreendimento imobiliário planejado - o que significa aumento de patrimônio - em razão da mora ocorrida, ao meu sentir, configuraria enriquecimento sem causa uma vez que tais projetos devem prosseguir sua execução após o registro pleiteado. 5. O ressarcimento de danos a título de lucros cessantes exige comprovação de que os prejuízos experimentados resultam de atitude daquele de quem se cobra. Assim, para o reconhecimento dos lucros cessantes não basta simples alegação de ganho futuro, mas sim de demonstração inequívoca da possibilidade real de

sua realização. 6. **A teoria da perda de uma chance é uma teoria que guarda relação com lucros cessantes, repousando em uma probabilidade, o que não indica certeza. Na doutrina citada, de Sérgio Cavallieri Filho, inclusive (fls. 636/637) foi ressaltado que "não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará."** 7. Correção da sucumbência. Tendo o Juiz sentenciante fixado a sucumbência, esta, porquanto recíproca, com as custas rateadas, arcando cada parte com os honorários de seus advogados, não dá azo a se falar em omissão. Regra do art. 21, "caput", do CPC. Apelos conhecidos e improvidos. Sentença mantida. (Acórdão n.405522, 20060110416436APC, Relator: ALFEU MACHADO, 4ª Turma Cível, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Data de Julgamento: 10/02/2010, Publicado no DJE: 18/02/2010. Pág.: 97) (grifei)

Neste caso é clara a posição tomada. Citando Sérgio Cavalielli Filho, o Desembargador Alfeu Machado entende que a perda da chance se caracteriza como lucro cessante, pois é compreendida por um grau de incerteza, de mera probabilidade.

APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. IMPEDIMENTO POR PARTE DO CONDOMÍNIO/APELANTE DE PERMITIR AOS APELADOS A INSTALAÇÃO UMA GRÁFICA NA SALA PERTENCENTE AOS MESMOS. EXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. CONFIGURAÇÃO. PERÍCIA ATESTANDO A INEXISTÊNCIA DE COMPROMETIMENTO DO SOSSEGO E SEGURANÇA DO CONDOMÍNIO COM A INSTALAÇÃO DA GRÁFICA. EXISTÊNCIA DE OUTRA GRÁFICA NO CONDOMÍNIO/APELANTE. **PERDA DA CHANCE DE EXERCER A SUA ATIVIDADE COMERCIAL POR PARTE DOS APELADOS. DANOS MATERIAIS CONFIGURADOS EM RAZÃO DO QUE DEIXOU DE AUFERIR.** DANOS MORAIS. DECORRENTES DOS CONSTRANGIMENTOS. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. Configurados os constrangimentos sofridos pelos Apelados, além de prejuízos materiais, decorrentes da proibição em instalar uma Gráfica em sala comercial no Condomínio/Apelante, impõe-se o dever de indenizar. Cabível, portanto, os lucros cessantes oriundos do prejuízo resultante do ato ilícito cometido pelo Condomínio/Apelante. Negativa de funcionamento sem justificativa plausível, principalmente quando a Perícia realizada atesta a possibilidade de instalação de uma Gráfica no Condomínio, sem prejuízo dos outros Condôminos. **Caracterizada está, portanto, a perda de uma chance dos Apelados em alcançar um benefício futuro com o negócio que se frustrou.** APELO IMPROVIDO. (Apelação n.º 010848-08.201.8.05.001, Relator Aidê Ouais, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Data de julgamento 24/09/2013, Publicado no DJE 16/10/2013) (grifei)

Além desta posição, existem entendimentos jurisprudenciais que enquadram a chance perdida como terceira modalidade de dano, ou seja, um dano que estaria

entre o lucro cessante e o dano emergente, indo ao encontro das posições de Flávio Tartuce (2014) e Silvio Venosa (2012) (vide item 3.2).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. RESCISÃO DE CONTRATO E DEVOLUÇÃO DE VALORES. SENTENÇA EXTRA PETITA. A sentença que soluciona o feito nos limites do pedido na peça inicial não constitui decisão extra petita capaz de gerar sua nulidade. LUCROS CESSANTES. PERDA DE UMA CHANCE. O direito à indenização por lucros cessantes não tem por base o lucro imaginário ou hipotético que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito, mas o ressarcimento do que o lesado perdeu ou razoavelmente deixou de ganhar em atividade real e lesão em concreto. **A teoria da perda de uma chance busca responsabilizar o causador por um dano diferente daqueles previstos no art. 403 do CC, emergente e lucro cessante, construindo modalidade sui generis pela frustração de uma posição pessoal mais vantajosa que poderia ser alcançada não fosse o ato ilícito do terceiro.** DANO MORAL. O reconhecimento à compensação por dano moral exige a prova de ato ilícito, a demonstração do nexu causal e o dano indenizável que se caracteriza por gravame ao direito personalíssimo, situação vexatória ou abalo psíquico duradouro que não se justifica diante de meros transtornos ou dissabores da relação jurídica civil. - O descumprimento contratual que dá causa à rescisão, não é suficiente à caracterização do dano moral indenizável. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70056447188, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: João Moreno Pomar, Julgado em 27/02/2014) (grifei)

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E RESSARCIMENTO DE DANOS. RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO. "PERTE D UNE CHANCE" A RESPONSABILIDADE DE TERCEIRAS PESSOAS SUPÕE NECESSARIAMENTE A PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE OR UM AGENTE, PARA O QUAL O TENHA INDUZIDO OU CONCORRIDO OU DELE SE TENHA VENEFICIADO. VALE DIZER, DECORRE DE UM VÍNCUL SUBJETIDO DE INJURIDICIDADE ENTRE O AGENTE PÚBLICO E O TERCEIRO. É DE MEIO A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO; O SUCESSO DEPENDE DE FATORES OUTROS QUE LONGE ESTÃO DE SEU CONTROLEO, SALVO COMPROVADA CULPA GROSSEIRA OU NEGLIGÊNCIA. **A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE VISA A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE CAUSADOR NÃO DE UM DANO EMERGENTE, TAMPOUCO DE LUCROS CESSANTES, MAS DE ALGO INTERMEDIÁRIO ENTRE UM E OUTRO, SEJA A PERDA DA POSSIBILIDADE DE BUSCAR POSIÇÃO MAIS VANTAJOSA QUE PODERIA ALCANÇAR . O FATO DE NÃO TER SIDO ARUÍDA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL NÃO PODE SER TIDA, SÓ POR SI, COMO PERDA DE CHANCE, TAMPOUCO REVELA ERRO GROSSEIRO, CONDUTA DESIDIOSA, NEGLIGENTE. TESE SUSTENTADA QUE TINHA ACOLHIDA NA JURISPRUDÊNCIA. NÃO SE CUIDANDO DE ATO DE IMPROBIDADE NÃO HÁ RACIOCINAR EM TERMOS DE IMPRESCRITIBILIDADE, APLICANDO-SE A PRESCRIÇÃO PRECEITUADA NO CÓDIGO CIVIL PARA AS PRETENSÕES DE REPARAÇÃO - ART. 206, V. PRESCRIÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO. Por maioria, negaram provimento aos agravos retidos e deram provimento aos recursos das rés, prejudicado o apelo do Ministério Público, e de ofício, decretaram a prescrição da pretensão da reparação civil, vencido o Relator que provia parcialmente os recursos das rés e negava provimento ao**

recurso do Ministério Público. Relator vencido. (Apelação Cível Nº 70051404028, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 11/09/2013) (grifei)

Iguais posicionamentos podemos ver em inúmeras outras decisões nos Tribunais Brasileiros (**Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Apelações Cíveis nº. 70043514868, 70052074267, 70032019275, 70023727084; **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, Apelação Cível nº. 2012.043022-4; **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, Apelações Cíveis nº. 758224, 713617, 566052, 543189; **Tribunal de Justiça do Mato Grosso**, Apelações Cíveis nº. 118687/2013, 10609/2013).

4.1.2 A adequada aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance de acordo com Sérgio Savi

Raramente se encontram julgados em que o dano material gerado pela chance perdida é entendido como modalidade de dano emergente, o qual é o posicionamento de Sérgio Savi (2012) e, também, deste trabalho. Infelizmente, após proceder em uma pesquisa direcionada ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, encontraram-se casos em que a teoria da perda de uma chance é aplicada de forma entendida como correta, porém, somente em casos em que são indeferidas as indenizações pleiteadas. As decisões a seguir pormenorizadas demonstram a correta aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, mesmo que não tenham dado provimento às indenizações a este título.

A seguinte decisão foi julgada pela Sexta Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul em que os Desembargadores integrantes daquela Câmara, em unanimidade, deram provimento em parte à apelação interposta pela parte autora em ação indenizatória por danos materiais e morais.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA E IMPERICIA DE ADVOGADO, QUE SÉRIA 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. (Apelação Cível Nº 70005635750, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Julgado em 17/09/2003)

De acordo com o caso, os autores alegaram que contrataram os serviços de advocacia do réu para que fizessem a defesa em uma ação de cobrança proposta pelo Banco Meridional do Brasil S/A, a qual restou julgada procedente em primeiro grau em razão da revelia dos réus, resultando uma condenação a estes. Além de não terem apresentado contestação, a apelação foi interposta intempestivamente. Assim, na ação indenizatória, argumentaram que a dívida, a qual era fundada em contrato de abertura de crédito em conta corrente, não tinha procedência, uma vez que não sacaram dinheiro algum e que os juros cobrados eram excessivos, pois previam o anatocismo<sup>11</sup>, razão pela qual defenderam que a sucumbência na ação de cobrança se deu por culpa do demandado. Afirmaram que os prejuízos materiais eram estimados em R\$12.330,70 e indicaram a mesma quantia para os danos morais para cada um dos demandantes. Em contestação, o demandado alegou que o autor apenas lhe consultou em 31/06/1996, pagando a quantia de R\$ 100,00. Em tal consulta, alegou que apenas o orientou das possibilidades de acordo extrajudicial e das possíveis consequências da discussão judicial do débito. Já em 27/08/1996, afirmou que os autores retornaram ao seu escritório para firmar procuração com a finalidade de pactuação de acordo extrajudicial com o banco, contudo, não voltaram mais. Alegou, ainda, que não foi citado, mesmo assim pagou as custas do recurso de apelação, tendo o escritório interposto o recurso, que foi considerado intempestivo e que os demandantes não manifestaram interesse na propositura de uma ação revisional, o que, afirma, constituiria a solução do problema. Argumentou, por fim, que a revelia se deu por culpa única e exclusiva dos autores e que em 26/05/1998 o autor pediu a devolução dos documentos e deu ao advogado plena quitação, para nada mais reclamar a qualquer título deste. A sentença, levando em

---

<sup>11</sup> Capitalização de juros

conta esta quitação, sobre a qual nada mencionou a réplica, julgou improcedentes os pedidos, condenando os autores em custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da causa, a qual foi suspensa a exigibilidade nos termos pela concessão do benefício da AJG. Foram opostos embargos de declaração, sendo desprovidos.

Assim, os autores se insurgiram através de apelação, interposta tempestivamente, reiteraram suas manifestações anteriores nos autos, com pedido de reforma da decisão e integral acolhimento dos pedidos. Recebida a apelação, o Relator Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira entendeu que houve a perda da chance por parte dos autores de verem julgamento diverso daquele que julgou improcedente a ação de cobrança, pois mesmo que a culpa pela revelia não restou comprovada nos autos, ficou evidenciada a culpa do advogado pela intempestividade na interposição do recurso por erro na computação do prazo de apelação.

**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.** Ademais, no dizer expressivo de Aguiar Dias (Da Responsabilidade Civil, vol. I, 10a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, nº 128, p. 295), “A perda de prazo é a causa mais freqüente da responsabilidade do advogado. Constitui erro grave, a respeito do qual não é possível escusa, uma vez que os prazos são de direito expresso e não se tolera que o advogado o ignore.” 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, 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.**” Ora, na espécie em julgamento, já havia, por um lado, a confissão quanto a matéria de fato, decorrente da revelia, e, por outro, no tocante à matéria de direito a cobrança de juros acima da Lei de Usura tem sido permitida nos negócios jurídicos bancários pela iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (v.g., REsp. nº. 439828, REsp. nº. 430093 e REsp. 337957). Além disso, os documentos de f. 163 a 169 não permitem outras ilações favoráveis aos apelantes. De resto, não ficou comprovado que a cobrança decorresse de valores indevidos, lançados sem fundamento na conta dos autores, ônus que incumbia aos autores. De ressaltar que a presente causa foi julgada antecipadamente, tendo os autores se contentado apenas com produção de prova documental, como se verifica da petição de f. 132. Em resumo, **dada**

**a imperícia e negligência do apelado pela não interposição do recurso, responde o advogado apenas pelos honorários que recebeu para o serviço que não desempenhou a contento e pelo preparo da apelação intempestiva.** Ante o exposto, dou provimento em parte ao recurso, para condenar o demandado a pagar aos autores a quantia de R\$ 380,70 (soma dos recibos de f. 67 a 70), devendo cada parcela ser corrigida pelo IGP-M a partir da data do respectivo reembolso, mais juros de mora de 6% ao ano a contar da citação até a data da entrada em vigor do novo Código Civil e daí em diante à taxa de 12% ao ano. (grifei)

Como se pode observar foi reconhecida a perda de uma chance por parte dos autores em face à negligência do advogado constituído em interpor a intempestivamente o recurso de apelação na ação de cobrança. Logo, tal chance seria real. Contudo, tendo em vista que a chance de modificação da sentença não era consideravelmente séria, sendo simples possibilidade e não probabilidade de modificação favorável em face da matéria de fato já possuir entendimento solidificado na jurisprudência, restou desconfigurada a possibilidade de ser indenizada a perda da chance. Para tanto, seria imprescindível que a matéria posta em análise possuísse probabilidade de procedência igual ou superior a 50% em face à divergência jurisprudencial. Para mensuração de tal percentual, bastaria a comprovação de farta jurisprudência com entendimentos antagônicos quanto ao tema.

Outro julgado onde se entende que a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance foi aplicada de forma correta foi no julgamento da Apelação Cível nº 70004776977, também decidido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>12</sup>. No caso, a autora afirmou que no dia 10 de janeiro de 1999 trafegava em uma Estrada Estadual e que o veículo dos réus invadiu a pista contrária à sua mão de direção, colidindo com o seu veículo, o que acabou lhe causando graves lesões. Alegou, ainda, que teve despesas com os deslocamentos semanais para Passo Fundo, a fim de recuperar seus estudos, pois, pelo o que se entende da decisão, almejava um cargo público. Assim, ingressou com ação indenizatória pleiteando o pagamento de indenização por danos morais e estéticos, bem como das despesas com deslocamento, além da prestação de caução real ou fidejussória. Julgada parcialmente procedente a ação, os requeridos foram

---

<sup>12</sup> Apelação Cível Nº 70004776977, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 30/04/2003

condenados no pagamento de danos materiais, estéticos e morais. Interposta apelação por ambas as partes, o Relator Desembargador Jorge André Pereira Gailhard entendeu que a perda da chance de prestar concurso público em face do acidente e de suas consequências, alegada pela requerente, não merecia ser indenizada, pois não era possível prever “se a autora de fato prestaria o concurso caso o acidente não tivesse ocorrido e, principalmente, se lograria ser aprovada”. Assim, descaberia a fixação de valor a título indenizatório já que se tratava de um “prejuízo incerto”.

Ao contrário do julgado analisado anteriormente, neste a chance não foi tida como real e, tampouco, como séria. Ao mencionar que a autora sequer prestaria o concurso, o desembargador afasta a existência da chance, pois não sabendo se a autora, de fato, prestaria o concurso, não há como indenizar tal chance, pois esta se verifica como inexistente. De modo diverso seria se a demandante já estivesse inscrita, pois aí estaríamos diante de uma chance real de se obter o proveito, ou seja, a nomeação em cargo público. Contudo, de acordo com a linha de pensamento deste trabalho, para que fosse possível indenizar a vítima pela chance perdida, seria imprescindível que tal chance fosse superior a 50%, havendo uma probabilidade de nomeação e não mera possibilidade.

Além destes dois casos, existem outros que aplicam a teoria da *perte d'une chance* de forma precisa. Assim, podemos citar as seguintes decisões do TJRS: Embargos Infringentes nº 596199141; Apelação Cível nº 70004031373; Apelação Cível nº 598310571; Apelação Cível nº 70002741510 (SAVI, 2012, p. 73).

Por oportuno, procedo à análise do pedido formulado na ação de indenização por perda de uma chance cumulada com danos morais proposta perante o 2º Juizado da 2ª Vara Cível da Comarca de Rio Grande, Rio Grande do Sul, a qual ainda pende julgamento<sup>13</sup>.

Nesta ação o autor pleiteia a indenização pela perda da chance de ser eleito ao cargo de vereador da cidade de Rio Grande em face do partido político o qual é filiado. Afirma o requerente que o partido demonstrou interesse em sua candidatura ao cargo de vereador nas eleições de 2012 e que este procedeu aos trâmites junto à

---

<sup>13</sup>Número da ação: 023/1.13.0005259-1

Justiça Eleitoral para a efetivação do registro de seus candidatos. Salieta que nenhum representante do partido político foi enviado à Justiça Eleitoral para averiguação de acerca dos registros, o que considera grave negligência por parte do mesmo, pois, sem tal conferência, o autor procedeu na divulgação de sua campanha sob o número errado. Sustentou que somente no dia das eleições constatou o erro do número, sendo possível avisar somente 12 de seus eleitores quanto ao cadastro correto para votação, os quais foram os únicos computados. Afirmou, ainda, que o material de sua campanha foi fornecido pelo partido político e que este efetuou o pagamento de tal material com um cheque sem fundos em nome do autor, o que acarretou sua inscrição nos cadastros de restrição de crédito. Por fim, alega que por conta de todo o ocorrido começou a usar antidepressivos por ter seu estado psicológico afetado, além de ter desencadeado quadro de pressão alta. Assim, com base no entendimento de que a chance perdida se considera 3ª modalidade de dano material, estando entre o dano emergente e o lucro cessante, pleiteou a procedência da ação para condenar o partido político ao pagamento de indenização em decorrência da perda da chance de ser eleito, indicando o valor correspondente a um ano de salário do cargo pretendido, o qual perfaz a quantia de R\$ 68.400,00, atualizada com juros e correção monetária, e sugerindo o valor de R\$10.000,00 a título de dano moral.

Pois bem. Ignorando as provas produzidas nos autos e o pedido de indenização por danos morais, entende-se que o pleito quanto aos danos materiais produzidos pela perda da chance se deu de forma inadequada. Partindo da hipótese de que as alegações feitas pelo requerente sejam verdadeiras, deveriam ser analisados os seguintes pontos: 1. Existia realmente a chance de eleição do candidato? Seria esta real? 2. Se existia, esta seria séria? Ou seja, seria uma possibilidade e não mera probabilidade?

Assim, caso não houvesse indubitabilidade quanto a um destes elementos, certeza de chance perdida e probabilidade de eleição igual ou superior a 50%, haveria de ser indenizado o autor. Contudo, tendo em vista que a perda da chance nunca será reparada no mesmo valor do que o resultado pretendido, e sabendo-se que o cargo de vereador possui mandato de 04 anos (artigo 29, I da Constituição Federal do Brasil de 1988), o valor indenizável pela perda da chance seria o valor da

remuneração do cargo multiplicado pelos quatro anos (valor do resultado final) multiplicados, por fim, pelo percentual de probabilidade na sua eleição (50% ou mais). Ademais, salienta-se que tal indenização seria concedida a título de indenização por danos materiais o qual é caracterizado pelo dano emergente sofrido, ou seja, a efetiva perda da chance, a qual já constava no patrimônio do autor.

Portanto, observando os casos acima expostos, pode-se verificar que a chance séria e real é sempre é um elemento sempre observado, diferindo apenas quanto aos entendimentos e à aplicabilidade sendo tais elementos caracterizadores à reparação da perda da chance.

#### 4.2 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

É sedimentado que o Superior Tribunal de Justiça reconhece e aceita a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no âmbito jurídico brasileiro. A partir do caso do “Show do Milhão”, o STJ passou a enfrentar cada vez mais casos onde a teoria foi aplicada, e, a partir daí, passou a delimitar seu entendimento quanto à aplicação da teoria e seus elementos. Como se observa no julgamento do Recurso Especial nº 965758, o STJ entende que é preciso diferenciar o provável do quase certo, ou seja, que a chance seja séria o suficiente para que possa ser indenizada.

Diante de tais circunstâncias, doutrina recentemente vem tentando superar essa espécie de dificuldade com um estudo mais aprofundado da perda da oportunidade (ou perda da chance), instituto que no direito comparado vem sendo amplamente utilizado. A jurisprudência, por sua vez, também não deixa escapar os anseios da modernidade. Nesse sentido, anoto que a Quarta Turma já chegou a admitir aplicação da aludida teoria em hipóteses em que o autor teve frustrada sua chance de ganhar prêmio milionário em programa televisivo de entretenimento (REsp 78.459/BA, Min. Fernando Gonçalves, DJ13.0206). **Ocorre que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado.** No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dados, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, **a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem com a probabilidade de perda da**

**chance de lucro, para atribuir a tais fatos as conseqüências adequadas.** (grifei)

Além desta decisão, os Recursos Especiais nº 1104665, 1079185, 788459, 1308719, 1321606, 1196957 também decidem a respeito da aplicabilidade da teoria.

Conforme já mencionado, o STJ considera que a perda da chance indenizável terá que ser séria e real, contudo, ao contrário do que defende o presente trabalho, o entendimento predominante deste Tribunal quanto ao enquadramento do dano proveniente da perda da chance é na posição de terceira modalidade de dano, ou seja, diferente daqueles previstos no artigo 402 do Código Civil.

Para alterar os fundamentos acima transcritos e reconhecer a responsabilidade civil do recorrido, seja pela teoria da perda de uma chance, seja pelo descumprimento contratual, seria imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, haja vista o teor da Súmula n. 7/STJ. A propósito: "RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador **não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro**, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da 'perda de uma chance' devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. [...] 4. Recurso especial conhecido em parte e provido." Nesse contexto, denota-se que o acolhimento da pretensão recursal demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável ante a natureza excepcional da via eleita, a teor do enunciado da Súmula 7 deste Superior Tribunal." (RECURSO ESPECIAL Nº 1.312.450 - DF (2012/0044901-2),

RELATOR MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA; Julgado em 07/08/2014) (grifei)

A propósito, a jurisprudência desta Corte já se posicionou quanto à teoria da perda de uma chance (perte d'une chance), aplicável tanto nos casos de responsabilidade contratual como nos de extracontratual, hipótese dos autos, **desde que tal chance seja séria e real**. (RECURSO ESPECIAL Nº 614.266 - MG (2003/0222382-7), RELATOR MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; Julgado em 04/12/2012) (grifei)

Contudo, há decisões que, mencionando o trabalho de Sérgio Savi, aceitam o dano causado pela perda de uma chance como dano emergente, como é o caso do Recurso Especial nº 614266, onde o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, ao analisar a questão acerca da correta apreciação do pedido formulado à inicial quanto à indenização pela perda da chance, menciona o trecho do referido autor para embasar sua posição.

Nas hipóteses específicas de responsabilidade civil pela perda de uma chance, há, na doutrina, vozes defendendo que é indispensável a formulação expressa de pedido, pelo autor, de indenização dessa modalidade de reparação civil. Nesse sentido, por todos, **cite-se a opinião de SÉRGIO SAVI** (Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance, São Paulo: Atlas: 2006, pág. 71): **“é importante atentar para uma interessante questão ligada a este julgado. Se o juiz, diante de um pedido certo de indenização por lucros cessantes formulado pelo autor da ação, chegar à conclusão de que o caso é de perda de chance (dano emergente), poderá ele conceder uma indenização a este título? A nosso sentir, o juiz deverá verificar cuidadosamente qual foi a real intenção do autor. Se foi a indenização por perda da chance, ainda que a tenha qualificado equivocadamente como lucro cessante, o juiz deverá, em respeito à vontade do autor, julgar o pedido procedente, mesmo que o qualifique como dano emergente.** Neste caso, contudo, o juiz deverá, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, dar ao réu a oportunidade de se defender dessa nova qualificação jurídica. Contudo, se da leitura da petição inicial restar claro que o autor somente pretendia indenização que tivesse por fundamento lucros cessantes, então o juiz, entendendo que a perda de chance não caracteriza lucros cessantes, não poderá acolher o pedido e deve julgá-lo improcedente. Entendemos, portanto, que em uma ação indenizatória desta natureza o autor deve formular pedidos alternativos. O primeiro de indenização pelos lucros cessantes e, alternativamente, para o caso de o juiz não entender pela certeza, ainda que relativa, daqueles, de indenização pela perda da chance.” (grifei)

Dessa forma, o que vemos é que apesar de possuir entendimento quase sedimentado que o dano produzido pela perda da chance se encontra entre o lucro cessante e o dano emergente, o Superior Tribunal de Justiça ainda perambula entre

duas correntes: uma que defende que o dano derivado da chance perdida seja considerado como terceira modalidade de dano, e outra que entende tal dano como dano emergente.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho desenvolveu o estudo acerca do reconhecimento e da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro, iniciando por uma análise geral do instituto da responsabilidade civil, em que se abordaram os principais pontos do instituto. Em seguida, procedeu-se em uma análise pontual acerca da teoria da perda de uma chance, onde foram analisados seus principais requisitos, seu acolhimento pela doutrina brasileira e a maneira como deveria ser aplicada e quantificada.

Como visto, o instituto da responsabilidade civil foi um dos ramos do direito civil que mais evoluiu ao longo do tempo, iniciando por uma reparação de forma coletiva, a qual evoluiu até chegar a um status individual, onde a vítima buscava ressarcimento do agressor pelo dano sofrido pelas próprias mãos, chegando até a responsabilidade civil que conhecemos hoje, tendo a reparação do dano como propósito. Assim, evoluindo conjuntamente com a civilização humana, o instituto da responsabilidade civil, atendendo os anseios de justiça de cada época, tornou a se renovar, dando surgimento à teoria da perda de uma chance.

A teoria da *perte d'une chance*, possuindo seu berço no direito francês, possibilitou a reparação de algo antes nunca considerado: o dano ocasionado pela perda da chance. Essa nova perspectiva da responsabilidade civil, surgida no século XIX e desenvolvida nos anos 60, viabilizou a reparação do dano ocasionado pela perda de uma chance de auferir lucro ou evitar prejuízo. Dessa forma, tem-se que a chance em si é o dano a ser reparado, ou seja, o dano é a chance perdida e não o resultado frustrado perante a perda da chance. Contudo, para que tal chance possa ser indenizada, é necessário não só que haja certeza quanto à sua existência, mas, também, que esta possua elevado grau de probabilidade de obtenção do resultado final e não mera possibilidade.

Assim, além dos elementos comuns da responsabilidade civil (ação ou omissão voluntária, ilícita ou lícita, dano e nexos causal), temos como elementos especiais constitutivos da teoria a existência de um dano causado pela perda da chance em si e que este dano seja sério e real, ou seja, a perda de uma chance

séria e real de obter uma vantagem ou de evitar determinado prejuízo. Assim sendo, entende-se que uma chance séria se dá quando, ao tempo da ocorrência do dano, a probabilidade de obtenção de determinada vantagem ou contenção de algum prejuízo for superior a 50% (cinquenta por cento) e real quando existir certeza acerca desta probabilidade.

Dessa forma, tem-se que o dano a ser reparado pela teoria da perda de uma chance possui natureza patrimonial, sendo, assim, possível sua mensuração. Para tanto, conforme visto no item 3.3.2 (p. 42), o valor indenizatório deverá ser apurado através de um cálculo onde o valor do resultado final esperado será multiplicado com o percentual de probabilidade de obtenção do resultado final.

Além disso, compreende-se que a chance perdida já integrava o patrimônio da vítima, isto é, que a vítima já contava com a chance para alcançar determinado resultado, sendo tal chance certa, percebe-se que o dano produzido pela perda desta oportunidade se enquadra na espécie de dano emergente, pois, o dano emergente se caracteriza por tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu com a ocorrência do dano. Ou seja, havendo certeza quanto à existência da chance perdida e que esta perda é o dano em si, entende-se correto o entendimento de Sérgio Savi quando considera que, gerando dano material, a perda da chance deve ser tratada como modalidade de dano emergente. Contudo, como oportunamente visto, há grande divergência acerca do enquadramento do dano entre os doutrinadores do direito civil, pois alguns entendem se tratar de lucros cessantes e outros de terceira modalidade de dano, estando entre o dano emergente e o lucro cessante.

Constatou-se, através de pesquisa jurisprudencial, que também há divergência na aplicabilidade e harmonização dos conceitos pelos tribunais estaduais. Embora haja relativa harmonização quanto ao entendimento que a chance, para ser indenizada, deva ser séria e real, não sendo mera possibilidade e sim probabilidade de obtenção do resultado pretendido, a jurisprudência ainda tem suas decisões divididas. Existem julgados que entendem que a perda da chance geraria apenas danos de natureza extrapatrimonial, sendo um mero “agregador do dano moral”; decisões que reconhecem a natureza patrimonial dos danos gerados pela perda de uma chance, encaixando o dano proveniente desta perda nas

hipóteses de lucro cessante; entendimentos que enquadram a chance perdida como terceira modalidade de dano, ou seja, um dano que estaria entre o lucro cessante e o dano emergente; e alguns julgados que, mesmo que não tenham dado provimento às indenizações a este título, aplicam de forma adequada a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Contudo, o que se observa é que mesmo havendo tamanha pluralidade de entendimentos quanto à teoria em estudo, há farta jurisprudência reconhecendo a natureza patrimonial dos danos gerados pela perda de uma chance, sendo tais danos entendidos como lucros cessantes. Além disso, importante ressaltar que o posicionamento que caracteriza a chance perdida somente como um *plus* à fixação dos danos morais, não é, pelo entendimento deste trabalho, equivocado, pois além de causar um dano material, a perda da chance poderá ser considerada como um agregador ao dano moral. Contudo, o que não pode ser entendido é o dano produzido pela perda da chance como um dano exclusivamente moral.

Quanto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é sedimentado o reconhecimento e a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. Neste Tribunal, há predominância na caracterização do dano proveniente da perda da chance como terceira modalidade de dano, ou seja, diferente daqueles previstos no artigo 402 do Código Civil. Ainda assim, é possível ver julgados que mencionam o entendimento de Sérgio Savi(2012), o qual compreende que tal dano acha-se dentro da categoria de dano emergente.

Por se tratar de teoria inovadora e relativamente recente no direito brasileiro, ainda há grande divergência de entendimentos não só quanto ao seu reconhecimento, mas também quanto à sua aplicabilidade como ramo do instituto da responsabilidade civil. Apesar disso, a perda de uma chance, na grande maioria dos casos, é considerada como um dano passível de indenização, o que demonstra grande evolução por parte do direito civil, em especial, ao instituto da responsabilidade civil.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil. 2002.** Vademecum. Editora Saraiva. 9ª Ed. 2013.

BRASIL. **Constituição Federal. 1988.** Vademecum. Editora Saraiva. 9ª Ed. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1079185/MG**, Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008, Dje 04/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1104665/RS**, Terceira Turma, Relator: Ministro Massami Uyeda, julgado em 06/09/2009, Dje 04/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1196957/DF**, Quarta Turma, Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 10/04/2012, Dje 18/04/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1308719/MG**, Segunda Turma, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 25/06/2013, Dje 01/07/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1321606/MS**, Quarta Turma, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, julgado em 23/04/2013, Dje 08/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 614266/MG**, Terceira Turma, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18/12/2012, Dje 02/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788459/BA**, Quarta Turma, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005, Dje 13/03/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788459/BA**, Quarta Turma, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005, Dje 13/03/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 965758/RS**, Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19/08/2008, Dje 03/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF**, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Carlos Britto, Julgado em 30/04/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 758224**, Segunda Turma Cível, Relator: Desembargador Waldir Leôncio Lopes Junior, Julgado em 04/12/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 713617**, Primeira Turma Cível, Relator: Desembargador Flavio Rostirola, Julgado em 18/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 566052**, Sexta Turma Cível, Relatora: Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, Julgado em 15/02/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 543189**, Primeira Turma Cível, Relator: Desembargador Teófilo Caetano, Julgado em 28/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 405522**, Quarta Turma Cível, Relator: Desembargador Alfeu Machado, Julgado em 10/02/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Apelação Cível nº 010848-08.201.8.05.001**, Quarta Câmara Cível, Relator: Desembargadora Aidê Ouais, Julgado em 24/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2007.017537-7**, Quarta Câmara de Direito Cível, Relator: Desembargador Trindade dos Santos, Julgado em 08/05/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça Do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2012.043022-4**, Quinta Câmara de Direito Cível, Relator: Desembargador Henry Petry Junior, Julgado em 29/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. **Apelação Cível nº 118687/2013**, Quinta Câmara Cível, Relator: Desembargadora Cleuci Terezinha Chagas, Julgado em 12/03/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. **Apelação Cível nº 10609/2013**, Quinta Câmara Cível, Relator: Desembargador Dirceu dos Santos, Julgado em 04/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70054237573**, Nona Câmara Cível, Relator: Desembargador Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 09/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 589069996**, Quinta Câmara Cível, Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12/06/1990.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70058693748**, Sexta Câmara Cível, Relator: Desembargador Giovanni Conti, Julgado em 08/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 591064837**, Quinta Câmara Cível, Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70060523701**, Quinta Câmara Cível, Relatora: Desembargadora Maria Claudia Cachapuz, Julgado em 06/08/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70058050329**, Décima Quinta Câmara Cível, Relator: Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 12/03/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70059212696**, Décima Sétima Câmara Cível, Relatora: Desembargadora Liege Puricelli Pires, Julgado em 15/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70052695103**, Nona Câmara Cível, Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 28/08/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70056447188**, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Desembargador João Moreno Pomar, Julgado em 27/02/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70051404028**, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges, Julgado em 11/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70005635750**, Sexta Câmara Cível, Relator: Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Julgado em 17/09/2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70004776977**, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Desembargador Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 30/04/2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70043514868**, Sexta Câmara Cível, Relator: Desembargador Niwton Carpes da Silva, Julgado em 04/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70052074267**, Vigésima Terceira Câmara Cível, Relator: Desembargador João Moreno Pomar, Julgado em 27/12/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70032019275**, Décima Sexta Câmara Cível, Relator: Desembargador Ergio Roque Menine, Julgado em 17/12/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70023727084**, Décima Sexta Câmara Cível, Relator: Desembargador Ergio Roque Menine, Julgado em 16/04/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70004031373**, Décima Segunda Câmara Cível, Relatora: Desembargadora Matilde Chabar Maia, Julgado em 08/05/2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 598310571**, Nona Câmara Cível, Relatora: Desembargadora Mara Larsen Chechi, Julgado em 07/04/1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70002741510**, Quinta Câmara Cível, Relatora: Desembargadora Marta Borges Ortiz, Julgado em 12/12/2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes nº 598164077**, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Relatora: Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 06/11/1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes nº 596199141**, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Desembargador Paulo Augusto Monte Lopes, Julgado em 12/06/1996.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. v.7: Resoponsabilidade civil**. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO, Sérgio Cavaliéri. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. v.3: Responsabilidade civil**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. v.4: Responsabilidade civil**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSÁRIO. Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade médica**. Revista da EMERJ, v.11, nº 43, p. 167-186, 2008.

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

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinaria e jurisprudencial**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: vol. único**. 4º. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. v.4: Responsabilidade civil**. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.