



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

JOSEMAR MONTEIRO DOS SANTOS

**PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: EFEITOS  
E APLICAÇÕES**

SÃO JOAO DEL REI

2014

JOSEMAR MONTEIRO DOS SANTOS

**PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: EFEITOS  
E APLICAÇÕES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial de obtenção do título de Graduado, sob orientação da Prof<sup>ª</sup>. Msc. Karin Magnan Miyahira

SÃO JOÃO DEL REI

2014

JOSEMAR MONTEIRO DOS SANTOS

**PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: EFEITOS  
E APLICAÇÕES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito  
do Instituto de Ensino Superior Presidente  
Tancredo de Almeida Neves – IPTAN –  
como requisito parcial de obtenção do título  
de Graduado, sob orientação da Prof<sup>a</sup>. Msc.  
Karin Magnan Miyahira

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Msc. Karin Magnan Miyahira

---

Prof. Dsc. Márcio Eurélio Rios de Carvalho

---

Prof. Welinton Augusto Ribeiro

A Deus, e ao apoio de todos que de uma forma ou de outra contribuíram para realização desse trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, por terem dado condições de estudos, sem a qual não conseguiria almejar tal conquista.

Aos meus familiares, que direta ou indiretamente contribuíram e apoiaram esta vitória.

Aos meus colegas, obrigado pelo companheirismo e dedicação ao longo desses anos de estudos.

Aos meus amigos, indistintamente eterna gratidão.

A minha orientadora, pelo auxílio imprescindível na realização do presente trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho disporá do amparo da responsabilidade civil como forma precípua da reparação da perda de uma chance configurada como séria e real. Conforme o ensino do Direito Civil nota-se que a ocorrência das chances perdidas dependerá da caracterização do dano e do nexu causal. Ao constatá-la haverá a possibilidade de reparação dos prejuízos sofridos pela vítima de forma segura e eficaz. Para análise do tema do trabalho serão utilizadas metodologias bibliográficas e jurisprudências. Nesse sentido descreve o surgimento da responsabilidade civil na teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. Teve início o estudo de como ocorre a perda de uma chance no Brasil e por fim passou a analisar os efeitos e aplicações da teoria objeto de estudo, levando em consideração a perda de uma chance frente ao posicionamento jurisprudencial brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito Civil, responsabilidade civil, perda da chance, nexu de causalidade, dano.

## SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS .....	5
RESUMO .....	6
INTRODUÇÃO.....	8
1. SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	10
1.1 Histórico .....	10
1.2 Da perda de uma chance: caracterização do dano e nexos causal.....	12
1.2.1 Modalidades da perda de uma chance .....	12
1.2.1.1 Perda de chance de obter uma vantagem futura (noção clássica).....	13
1.2.1.2 Perda da chance de ter evitado um prejuízo .....	14
1.3 Nexos de causalidade .....	17
2. DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL: COMO OCORRE? .....	23
2.1 Responsabilidade civil: breve análise.....	23
2.1.1 Espécies de responsabilidades .....	28
2.1.1.1 Responsabilidade civil e penal .....	28
2.1.1.2 Responsabilidade contratual e extracontratual .....	29
2.1.1.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	30
2.2 Posição doutrinária .....	32
2.3 Forma de aceitação frente ao dano indenizável e a teoria do nexos causal vigente.....	35
2.3.1 Aceitação frente ao dano indenizável.....	35
2.3.2 Teoria do nexos causal vigente .....	37
2.4 Quantificação do dano .....	38
3. DA PERDA DE UMA CHANCE <i>VERSUS</i> POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO.....	41
3.1 Julgados no Supremo Tribunal Federal .....	41
3.1.1 Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 767787 SP .....	42
3.1.2 Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 675078 MG .....	42
3.2 Julgados no Superior Tribunal de Justiça.....	44
3.2.1 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial : AgRg no AREsp 81821 RS 2011/0200523-8.....	44
3.2.2 Recurso Especial: REsp 1383437 SP 2012/0079391-7 .....	45
3.3 Julgados nos Tribunais de Justiça Brasileiros .....	47
3.3.1 Apelação Cível 1.0713.12.002595-0/001 .....	47
3.3.2 Apelação Cível 70055913537 .....	49
3.3.3 Apelação Cível Nº. 021.08.002187-2.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	52
REFERÊNCIAS .....	54

## INTRODUÇÃO

Nesse trabalho trataremos a possibilidade de reparação da perda de uma chance real sofrida pela vítima em decorrência de um ato ilícito praticado pelo ofensor, causa esta muito polêmica, quando discutida no meio do Poder Judiciário Brasileiro. Isso se deve as incertezas existentes em relação a sua aplicação ou não no poder já citado.

Devido à dificuldade de constatação do ato ilícito, a discussão acerca da perda de uma chance amplia, e sua aplicabilidade no meio jurídico torna-se cada vez mais relevante no meio social. Esta baseia em julgados de casos concretos já consolidados nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, em destaque para a França e Itália dentre outros. Além desses, emprega-se o instituto da responsabilidade civil, leis, doutrinas e jurisprudências, os quais respaldam o ordenamento pátrio, haja vista que este é desprovido de uma legislação específica. Em alguns julgados a posição jurisprudencial tende a considerar a quantificação do dano patrimonial, como subespécie do dano extrapatrimonial, o qual obedece a critérios menos rígidos, isto é, de fácil quantificação, e conseqüentemente aplicação a teoria da perda de uma chance.

A importância do instituto da responsabilidade civil é indispensável, quando se busca a reparação da perda de uma chance. Mesmo com as divergências existentes na aplicabilidade deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro é evidente o crescimento de julgados envolvendo a perda de uma chance como forma de reparação dos prejuízos ou danos sofridos pela vítima. Com isso os efeitos ao aplicá-la atenuam os erros cometidos nos casos concretos passíveis de reparação em sentido real.

No ordenamento jurídico brasileiro, apesar da ausência de uma legislação própria, procura-se assemelhar aos julgados como paradigma. Isso torna os julgados mais céleres, seguros e eficazes, quando o instituto da perda de uma chance é empregado no meio jurídico. Aqueles serão analisados levando em consideração a perda de uma chance como séria e real, quanto a sua aplicação e efeitos consubstanciados aos casos concretos em sentido geral. Os magistrados empregam largamente o instituto já mencionado como maneira de delimitar razoavelmente a possível reparação sofrida pela vítima.

Diante das distintas formas de reparação possíveis que o instituto da perda de uma chance representa, o presente trabalho será subdividido em três capítulos.

O primeiro capítulo descreve o surgimento da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, o qual será composto de histórico, caracterização do dano e nexos causal e do nexos de causalidade. Este mostrará a influência da aplicabilidade dos julgados dos países estrangeiros, reconhecendo o possível dano ocorrido apesar da ausência de uma legislação própria no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, será apresentada a ocorrência da perda de uma chance no Brasil. Este compreenderá como uma breve análise da responsabilidade civil e sua espécie citadas por renomados doutrinadores, posições doutrinárias relevantes, forma de aceitação frente ao dano indenizável e a teoria do nexos causal vigente.

O terceiro capítulo mostra a análise da perda de uma chance versus o posicionamento jurisprudencial brasileiro nos casos concretos. Primeiramente analisou-se os julgados no Superior Tribunal Federal, após no Superior Tribunal Justiça e por fim os Tribunais de Justiça Brasileiros de forma geral. No que tange a reparação do dano o reconhecimento ora será dano moral ora será lucros cessantes. Estes não usam critérios, tendo os mesmos mecanismos próprios de avaliação, ao passo que quando reconhece o dano como autônomo usará os critérios já mencionados no presente no trabalho, com intuito de avaliar e reparar com um valor o mais próximo possível dos prejuízos sofrido pela vítima.

## **1. SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Este capítulo versará sobre a teoria da perda de uma chance no que diz respeito ao seu histórico, caracterização, modalidades além de explicitar seu nexos causal.

### **1.1 Histórico**

O surgimento da teoria da perda de uma chance ocorreu com uma decisão em 1889 na França, quando a Corte de Cassação Francesa, condenou um funcionário ministerial causador da perda de uma ação proposta por um cidadão.

O reconhecimento da teoria objeto de estudo, conforme explana “Chaplin v. Hicks (FACCHINI NETO, 2009, p. 571) foi usada no sistema da Common Law, em 1911, na Inglaterra, quando demonstrou a chance perdida de uma candidata a um concurso de “miss” que fora impedida pelos organizadores do concurso em participar da etapa final do mesmo. Pela primeira vez usou-se o cálculo estatístico para apurar o valor indenizatório. Os julgadores entenderam que existindo 12(doze) prêmios para atribuírem as ganhadoras a mesma sendo impedida teria somente 25%(vinte e cinco por cento) de ser uma entre as 12 (doze) ganhadoras, tem em vista uma indenização igual a este montante e nada mais.

Segundo Savi, em 1940 (2009, p. 7 *apud* SILVA, 2010, p. 2), iniciou um estudo na Itália pelo professor Giovanni Pacchioni, tendo como objeto a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Giovanni Pacchioni descreve em sua clássica obra sobre a possibilidade de reparação da perda de uma chance nos seguintes casos: como o da contratação de um jôquei pelo proprietário de um cavalo de corrida, o qual não chega a tempo para competição; de um quadro que iria participar de uma exposição e o correios não o entrega a tempo, além do caso onde não houve interposição de recurso de apelação pelo advogado em tempo hábil, deixando seu cliente de ter a chance de reforma de uma desfavorável.

Giovanni Pacchioni (2006, p. 10 *apud* TEIXEIRA, 2012, p. 5) baseou sua análise em alguns exemplos clássicos presentes no direito Francês sobre a responsabilidade civil por perda

de uma chance, assim buscou concluir seu pensamento em relação a teoria construída na França. Contudo, Pacchioni não reconheceu ser possível o ressarcimento dos danos decorrente da perda de uma chance, o qual sustentava ser impossível comprovar a certeza do dano, sem ocorrência de um resultado lesivo e com isso o prejuízo provável confirmaria a ausência do nexo causal.

Por outro lado Adriano de Cupis (SAVI, 2006, p. 10 *apud* TEIXEIRA, 2012, p. 6), na Itália, tomando como base os mesmos exemplos já analisados por Giovanni Pacchioni, conseguiu observar um dano independente do resultado final, o qual classificou como dano emergente possível de indenização, concluindo ser o dano integrante do próprio patrimônio da vítima. Com isso trouxe uma nova perspectiva de análise, diferenciando-o de seus antecessores.

A partir desta nova perspectiva resolveu o problema da certeza do dano e do nexo causal. Com isso, diversos doutrinadores passaram a sustentar a perda de uma chance como dano emergente, levando em consideração a definição de Cupis, que a própria chance já integraria o patrimônio da vítima, caso existisse impedimento da mesma, ocorreria diminuição do seu patrimônio e conseqüente dano.

A formulação da teoria ora analisada melhorou seus pilares graças a Maurizio Bocchiola. O reconhecimento da teoria por parte da jurisprudência ocorreu em razão das contribuições de estudos de doutrinadores franceses e italianos, quanto ao dano decorrente da perda de uma chance, e conseqüente aplicação desta nos casos concretos. Na Itália, o desenvolvimento da teoria ocorreu de forma profunda, segundo Adriano de Cupis, e Maurizio Bocchiola (2006, p. 9-10 *apud* SAVI 2006, p. 9-10), contribuindo muito para as análises de casos nos tribunais, onde a perda de uma chance estava presente.

O primeiro julgado na Itália no qual a indenização pela perda de uma chance foi favorável ocorreu em dezenove de novembro de 1983. Neste julgado a Corte de Cassazioni decidiu que a empresa com denominação de Stefer iria indenizar alguns candidatos proibidos de participarem das próximas etapas do processo de seleção de emprego, retirando-os das etapas posteriores da seleção, o que configuraria a perda de uma chance dos mesmos a ingressarem no emprego. Segundo a Corte de Cassazioni (SAVI, 2006, p. 27 *apud* TEIXEIRA, 2012, p. 7) a indenização neste caso relacionava-se diretamente com a possibilidade de conseguirem o emprego e não a perda do mesmo.

Os tribunais de diversos países reconhecem a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance respaldados na construção doutrinária vinda da França e Itália. No ordenamento

jurídico brasileiro não foi diferente o respaldo veio através da profunda discussão ocorrida na Itália, baseada na origem doutrinária francesa, onde a aplicação em relação à perda de uma chance deve seu marco inicial.

No Brasil, os autores tradicionais abordam a Responsabilidade Civil pela perda de uma chance, no que se refere principalmente a responsabilidade civil do advogado, sem ter, muitas vezes, uma compreensão adequada. Atualmente a teoria ora analisada por sua relevância encontra-se respaldo nas diversas esferas judiciais brasileiras e amplia cada vez mais sua aplicação no ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro, além da citação de alguns doutrinadores, para melhor compressão da teoria ora citada, a jurisprudência vem aplicando-a através de julgados já consolidados de forma segura e eficaz.

Terminado o breve histórico do surgimento da responsabilidade civil na teoria ora estudada no ordenamento jurídico brasileiro, iniciaremos o estudo da caracterização da perda de uma chance através da análise das duas modalidades fundamentais.

## **1.2 Da perda de uma chance: caracterização do dano e nexos causal**

### **1.2.1 Modalidades da perda de uma chance**

A melhor possibilidade de elucidar a teoria ora estudada será basicamente dividi-la em duas categorias fundamentais.

A primeira modalidade e mais célebre relaciona-se com a perda de chance de se obter uma vantagem futura, é conhecida também como perda de uma chance “clássica”. Ocorre quando o ofensor pratica um ato ilícito contra a vítima, frustrando-a de obter uma vantagem futura. Já a segunda modalidade respalda na perda de uma chance de ter evitado um prejuízo passado, esta ocorre quando há a frustração da possibilidade de evitar um prejuízo futuro.

Diante das diferenças entre as duas modalidades da teoria objeto de estudo, passa-se a análise específica de cada uma em separado.

### 1.2.1.1 Perda de chance de obter uma vantagem futura (noção clássica)

No curso de um processo aleatório, em que alguém perde a possibilidade de, ao fim do mesmo de obter uma vantagem futura, ou evitar um prejuízo futuro reside a noção clássica da perda de uma chance. Segundo Fernando Noronha (2010, p. 701-702 *apud* AITA, 2012, p. 15) trata-se a noção clássica de chance perdida:

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

Passaremos a um exemplo relacionando a perda de uma chance de obter uma vantagem futura. Caso de um consumidor que ao realizar suas compras em um supermercado é contemplado com um cupom premiado, o qual dava-lhe o direito de participar de um sorteio de uma casa no valor de R\$100.00,00 (cem mil reais) dentre 5 (cinco) pessoas contempladas com cupons premiados. Por ato culposo, o supermercado excluiu o consumidor ora citado do sorteio.

Diante desta exclusão, não pode afirmar com firmeza, que o consumidor excluído ganharia a casa, objeto do sorteio, tendo em vista que suas chances eram de 20% (vinte por cento). Outro aspecto relevante é que o consumidor ao ser excluído sofre um prejuízo, ao subtrair sua chance dentre os cinco possuidores de cupons premiados. Nota-se então que a aplicação justa seria a indenização no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) na teoria da perda de uma chance, exato valor representando o percentual de sucesso, que o consumidor tinha em relação ao benefício final.

Por outro lado, o professor Sérgio Severo (1996, p. 12 *apud* AITA, 2012, p. 15) toma como referência um exemplo clássico da doutrina francesa, no qual um cavalo de corrida é impedido e deixa de concorrer a um prêmio devido a uma conduta culposa do transportador.

A modalidade de perda de uma chance de obter uma vantagem futura (noção clássica) aproxima cada vez mais nos diversos julgados pelos tribunais brasileiros de forma concreta e

segura, contribuindo assim para uma melhor compreensão das ações que se relacionam com a teoria ora analisada.

Os ensinamentos dos irmãos Mazeaud (1957, p. 274 *apud* AITA, 2012, p. 16) descrevem que quando há interrupção de um processo aleatório, ocorre a privação de obtenção da vantagem pela vítima, sendo o dano definitivo e sem modificação. Com isso demonstra o entendimento da Corte de Cassação da França, explicitando a privação da chance do qual dependia o prejuízo eventual diante do fato consumado.

Ao discorrer sobre casos clássicos referente a perda de uma chance de obter uma vantagem futura, iniciaremos a análise da segunda modalidade.

#### 1.2.1.2 Perda da chance de ter evitado um prejuízo

Os casos nesta modalidade retratam que a conduta do responsável é fator fundamental para se evitar um prejuízo diante da perda de uma chance real. Observa-se que a conduta do responsável é de evitar o prejuízo da vítima. Contudo, se sua atuação é de forma ilícita, o mesmo age comissivo e omissivamente, levando a concretização do prejuízo em relação a vítima.

Na fala de Fernando de Noronha (2010, p. 706 *apud* AITA, 2012, p. 17) é explícito que é imprescindível o curso processual, que acarretou o dano, existindo com isso a possibilidade da interrupção do mesmo por certa atuação. A necessidade de exigir uma atuação correta da conduta do responsável, necessariamente não seria uma forma segura de afirmar que o dano pudesse ser evitado.

O curso do processo aleatório nesta modalidade não é interrompido, devido ao seu resultado prejudicial final. Imaginemos que caso a conduta do agente responsável não fosse culposa, o dano teria uma chance de não ocorrer, mesmo sendo perfeita a conduta do agente não há como garantir o impedimento do dano. Com isso se perde a chance de ter evitado um prejuízo. Segundo as palavras da professora Gisela Sampaio da Cruz (2008, p. 82 *apud* AITA, 2012, p. 17):

[...] enquanto na perda de uma chance clássica o dano decorre do evento danoso que interrompeu o processo em curso, no caso da perda de uma chance de ter evitado um prejuízo que já aconteceu o dano surge exatamente porque o processo em curso não fora interrompido, quando poderia tê-lo sido feito. Se o processo tivesse sido interrompido, haveria a possibilidade – isto é, a chance- de o dano não se verificar. Então, ao contrário dos casos clássicos de perda de uma chance, aqui as chances não estão mais relacionadas a algo que poderia vir a

acontecer no futuro, antes são atinentes a algo que pô podia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado. Tem-se conhecimento de que ocorreu um dano por força de determinada cadeia causal; o que se indaga é se o dano poderia ter sido evitado, caso tivessem sido adotadas certas providências que interromperiam o processo em curso.

A título hipotético, toma-se o caso de um indivíduo que, preocupado com sua saúde e com sintomas reiterados de mau funcionamento da mesma, procura um médico. O médico de posse do relato do paciente aconselha-o a ir para sua casa diagnosticá-lo com nenhuma patologia.

Passado algum tempo, o paciente procura um segundo médico relatando os mesmos sintomas, o qual tinha relatado ao primeiro médico, aquele de imediato encaminha o paciente para os exames de praxe. Vindos os resultados e feito o diagnóstico pelo segundo médico constata que o paciente está com câncer, com este resultado suas chances de cura ficaram reduzidas devido ao diagnóstico tardio, vindo a falecer em consequência do avanço da doença.

Vejamus então que se o primeiro médico tivesse detectado o câncer prematuramente, não existiria garantia de que a vida do paciente seria salva. Mas, em contrapartida seu ato culposos em dizer ao paciente que não tinha qualquer patologia privou-o de ter maiores chances de sobrevivência, reduzindo assim algumas chances em sua vida.

Neste caso nota-se que o processo aleatório segue seu curso até o final, restando sempre uma possibilidade, mesmo que ocorra o ilícito e o dano final não se produza. De acordo com o exemplo de erro médico, a possibilidade de sobrevivência do paciente existia por menor que ela fosse. Para que haja uma ação reparatória nesta modalidade deve-se aguardar a produção do resultado do dano final. Caso intente a ação antes do mencionado, esta configuraria uma indenização em abstrato da criação do risco propriamente disto.

A aplicação da teoria ora analisada no exemplo mencionado seria atribuída à conduta culposa do médico, que responderá na exata proporção de sua contribuição, e consequente resultado da morte do paciente.

A área médica representa boa parte dos casos em que se aplica essa segunda modalidade da teoria ora citada, tendo como respaldo a doutrina francesa. Nos casos da área médica, a extensão jurisprudencial em relação a indenização por perda de uma chance por um lado foi encarada como avanço. Já os contrários sustentavam ser impossível a aplicação da mesma nos casos da perda de uma chance. Com isso buscou-se a solução do problema na responsabilidade civil convencional, comprovando com elementos o nexo da causalidade, para que o réu não fosse

absolvido. Caso houvesse a ausência desse nexos o mesmo não responderia pelo dano, que se tornava incerto, absolvendo-o.

A aplicação da teoria objeto de estudo quanto a responsabilidade civil do profissional consistirá à proporção de contribuição do mesmo em relação a causa do dano final, configurando-se no percentual e não no total das chances de cura subtraídas culposamente.

A aplicação da teoria ora citada pelos doutrinadores vem aumentando consideravelmente tanto na área médica quanto em outras áreas profissionais, devida sua relevância no meio jurídico.

Algumas considerações feitas por doutrinados no que diz respeito a aplicação da teoria da perda de uma chance em casos da área médica.

Segundo Miguel Kfoury Neto (1996, p. 50 *apud* AITA, 2012, p. 21), a diminuição das chances de cura de uma paciente pela atuação do médico deixa bem claro o nexos de causalidade entre o ato culposo e o agravamento da saúde da vítima, tornando possível a indenização pela perda de uma chance.

Já para Cavalieri Filho (2009, p. 78 *apud* AITA, 2012, p. 21), em consonância com o doutrinador supracitado, observa-se que na atividade médica o ato ilícito é omissivo. Contudo, a conduta não gera nem a doença quanto mais a morte do paciente. Ao perder a possibilidade de ter sua doença curada, a indenização pela perda de uma chance torna-se possível.

Por outro lado Silva (2009, p. 242 *apud* AITA, 2012, p. 21) demonstra a compatibilidade da aplicação da teoria ora estudada na área médica, encontrando a mesma subsidio no caráter pedagógico desempenhado a responsabilidade civil. Afirma que: a satisfação de ressarcir o dano experimentado pela vítima, bem como a desmotivação do agente se deve com a imposição da reparação.

A título de curiosidade alguns autores consubstanciam a perda de uma chance pela falta de informação como submodalidade da perda de uma chance de ter evitado um prejuízo. Com base nisso relata-se a importância do instituto devido as relações de consumo existentes em nossa sociedade.

A informação bem prestada diminui as possibilidades de alguém sofrer um dano, o qual poderia ser evitado, caso a mesma fosse omissa. Para elucidar a perda de uma chance pela falta de informação tomemos como exemplo o caso ocorrido na Corte de Cassação francesa. Extraído da obra de Fernando Noronha (2010, p. 716-717 *apud* AITA, 2012, p. 23), onde o paciente com

surdez faz a uma cirurgia e tem sucesso na mesma. Em contrapartida, pela falta de informação sobre os possíveis riscos da cirurgia, ocorre após a cirurgia um efeito colateral levando o paciente a paralisia facial. Com isto, a omissão do médico em relatar ao paciente os possíveis riscos da cirurgia e meios alternativos de correção, como o uso de aparelhos auditivos, privou o paciente de decidir se faria ou não a cirurgia. Neste caso mencionado, a aplicação da perda de uma chance pela falta de informação devido a omissão do médico, torna a indenização possível.

A aplicação segura e eficaz no meio jurídico dos institutos mencionados nas duas modalidades fundamentais está presente nas decisões proferidas nas esferas judiciais brasileiras.

A exposição da caracterização da perda de uma chance em suas modalidades finda.

### 1.3 Nexo de causalidade

O nexos da causalidade é um elemento dito pelo Código Civil como imprescindível à responsabilidade civil, aquele quando configurado o prejuízo. Nota-se que a combinação do artigo 927 com o artigo 186 do Código Civil atribui a obrigação de indenizar, quando há dano a outrem independente de culpa.

O nexos causal se estabelece quando a conduta do ofensor leva ao resultado do dano, sendo assim uma relação entre a conduta culposa e o dano, causa e efeito.

Segundo Serpa Lopes (2001, p. 218 *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 133) tendo em vista a complexidade do tema a ser abordado diz em sua obra:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

A investigação do nexos causal é indispensável na relação entre o resultado do dano e a conduta do infrator, este responsabilizado juridicamente pela produção do prejuízo, ocorrendo isso de forma igual no Direito Penal. A responsabilização de alguém só irar concretizar se sua conduta levar ao prejuízo propriamente dito. Os tribunais em muitos casos posicionaram de

forma confusa ao investigar um mesmo objeto, acarretando insegurança jurídica e conseqüentemente desconfiança ao Poder Judiciário.

A explicação do nexo de causalidade será fundamentada em três teorias principais que são: a) Teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), b) Teoria da causalidade adequada, c) Teoria da causalidade direta ou imediata (Interrupção do nexo causal).

O entendimento das teorias, ainda que existam outras quando analisadas em separado, no dará suporte primordial, para concluir ao final do estudo o posicionamento tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto nas doutrinas e jurisprudências.

a) Teoria da equivalência das condições (*conditio sine qa non*)

No século XIX, precisamente na segunda metade, o jurista alemão Von Buri elaborou a Teoria de Equivalência de Condições, que por si, não diferenciava os antecedentes do resultado do dano e, conseqüentemente, considera que tudo que concorre para o evento é tido como causa.

Segundo Pereira (2000, p. 78 *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 134), ao citar De Page, nota que esta teoria,

[...] em sua essência, sustenta que, em havendo culpa, todas as ‘condições’ de um dano são ‘equivalentes’, isto é, todos os elementos que, ‘de uma certa maneira concorreram para sua realização, consideram-se como ‘causas’, sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo.

Isso no diz que ao considerarmos o elemento causal, amplia a referida teoria já mencionada, aquele em que todo antecedente participante da cadeia de fatos gere o dano. No Código Penal Brasileiro adota essa teoria, conforme interpretação doutrinária que dispõe: ”Art.13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

No final deste mencionado artigo extrair um formula de eliminação hipotética (de Thyren), a qual o resultado desaparecesse.

Exemplificando a teoria já descrita: Um sujeito bêbado arremessa uma garrafa contra um transeunte, ocasionando-lhe a morte. Caso retirássemos a conduta que antecede o arremesso da garrafa, a morte do transeunte não ocorreria.

Gustavo Tepedino (2001, p. 3-19 *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 135) aponta que a inconveniência do nexo causal, “está na desmesurada ampliação, em infinita espiral

de concausas, do de dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade”.

Outro exemplo lembrado por Gustavo Tepedino (1974, p. 117 *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 135) diz respeito à compra de uma arma pelo agente que saca a mesma e a dispara matando seu desafeto. Nota-se então que neste caso seria considerada também a compra da arma, sua fabricação aquisição do ferro e da pólvora pela industria etc. envolvendo assim um número ilimitado de agentes na situação de ilicitude.

Por outro lado, Julio Fabbrini (1999, p. 136 *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 136) diz que grande parte dos penalistas adotou a teoria de equivalência das condições, sustentando a limitação desta em relação a análise do dolo ou da culpa do infrator, sendo que os agentes de forma indireta interferiram na cadeia causal por não serem previsíveis a ocorrência do dano, não podendo responsabilizá-los.

Pelo exposto da supracitada teoria, esta não foi adotada pelo Direito Civil devido aos inconvenientes e imprecisões contido na mesma.

#### b) Teoria da causalidade adequada

Foi uma teoria surgida a partir do desenvolvimento das ideias do filosofo alemão Von Kries, não era isenta de críticas, mas apresentava de forma mais refinada do que a anteriormente descrita devido à ausência de algumas inconveniências presente nesta.

Os adeptos dessa teoria deixaram claro, que ela seguiria um juízo de probabilidade, apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso, ou como quer Cavalieri (2000, p. 51 *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 136), ”causa, para ela, é o antecedente, não só necessário,mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento”.

No caso da hipótese do disparo por armas de fogo, observa-se que sua compra, sua fabricação não se enquadram em causas adequadas, portanto não efetivaria o evento morte.

O relato de Carlos Gonçalves *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO (2012, p. 137) ao citar Cardoso Gouveia *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO (2012, p. 137) exemplifica que um indivíduo A dá uma pancada ligeira no crânio do indivíduo B, não sendo suficiente para

causar o menor ferimento, mas o indivíduo B tinha fragilidade nos ossos do crânio, o que resultou em fratura deste e, posteriormente, a sua morte.

Analisando a disposição do exemplo aplicaria a teoria de equivalência das condições o simples fato do indivíduo A dá uma pancada no indivíduo B, já configura como responsável pelo ato ilícito, ao contrário disso não aplicaria a teoria da causalidade adequada, pois a simples pancada não seria causa mais apropriada para produzir o evento, neste caso não existiria responsabilidade do autor.

O entendimento desta teoria segundo Pamplona Filho e Gagliano (2012, p. 138) refere-se ao fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, segundo um juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador, poderá ser considerado causa.

A teoria da causalidade adequada apesar de ser mais refinada do que a anterior apresenta um inconveniente a atribuição de um alto grau de discricionariedade ao julgador.

#### c) Teoria da causalidade direta ou imediata

Essa teoria também recebe o nome de teoria da interrupção do nexos causal ou teoria da causalidade necessária sendo desenvolvida no Brasil pelo Professor Agostino Alvim em sua obra “Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências”.

Nesta teoria a causa mostra a ligação do antecedente fático com o vínculo necessário resultando assim o dano, este como consequência direta e imediata.

Discorre o ilustre professor da PUC-SP acima citado (1972, p. 356 *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 138):

A Escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessidade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as doutrinas históricas da teoria do dano, como se verá. E em outro trecho de sua obra: Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução.

Um exemplo clássico para elucidar o entendimento referente à teoria da causalidade direta ou imediata. Caio é ferido por Tício, após a final de um campeonato de futebol (lesão

corporal).Em seguida Caio é socorrido por Pedro, seu amigo, que ao levá-lo para o hospital da cidade dirige velozmente, fato este que leva o veículo a capotar e Caio vem a falecer.Neste caso poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor, já Tício não responderá pelo evento fatídico, haja vista que seu comportamento determinou, como efeito direto e imediato, apenas a lesão corporal.

A interrupção do nexu causal por uma causa superveniente (capotagem do veículo) impede a relação de ligação entre o resultado morte e o primeiro agente, Tício, este porém não será responsabilizado.

Assim, segundo Gustavo Tepedino (2001, p. 10 *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 139):

[...] a causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexu de causalidade anterior,importando aqui não distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessidade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota a mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexu de causalidade.

Não deixando de mencionar que o dano reflexo respalda na teoria da causalidade direta ou imediata, pois o mesmo atinge pessoas próximas à vítima. Exemplo: o alimentando que teve seu pai morto. (efeito direto/imediato).

Diante disso, o Desembargador Carlos Gonçalves (2002, p. 525 *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 140) exemplifica, citando doutrina francesa:

Pothier fornece o exemplo de alguém que vende uma vaca que sabe pestilenta e que contamina o rebanho do adquirente. Deve, em consequência, indenizar o valor do animal vendido e também o daqueles que morreram em virtude do contágio. Ma não responde pelos prejuízos decorrentes da impossibilidade do cultivo da terra, por terem sido atingidos pela doença também os animais que eram utilizados nesse serviço. É que esses danos, embora filiados a ato seu, acham-se do mesmo modo distante.

Com isso podemos notar a simplicidade desta teoria, tendo em vista que a mesma não apresenta insegurança jurídica e nem subjetividade, estes presentes nas teorias anteriores de forma elevada.

Após a análise do nexu causal através das teorias fundamentais, ainda que existam outras, vemos que apesar da imprecisão doutrinária, respeitada parcela de doutrinadores tanto nacional quanto estrangeira acolhe a teoria da causalidade adequada, sendo a mesma considerada a mais satisfatória para a responsabilidade civil.

No Brasil, vários autores são favoráveis a teoria da causalidade adequada, dentre eles Cavalieri Filho, além da própria jurisprudência que também a acolhe. Apesar de no Brasil ter autores e jurisprudências que acolhem a teoria da causalidade adequada, adota-se aqui a teoria da causalidade direta e imediata que alinha seu entendimento tomando como base o artigo 403 do Código Civil de 2002, que dispõe: "Art.403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual".

A análise do artigo já mencionado comprova que a melhor adequação da teoria da perda de uma chance respalda na teoria da causalidade direta ou imediata adotada pelo Código Civil do Brasil, não esquecendo que por vezes a jurisprudência adota a teoria da causalidade adequada no mesmo sentido.

De posse desses conceitos passaremos a descrever como ocorre a perda de uma chance no Brasil.

## 2. DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL: COMO OCORRE?

### 2.1 Responsabilidade civil: breve análise

Abordaremos, neste capítulo, a análise da responsabilidade civil, considerando as ideias já descritas no primeiro capítulo em relação à conduta, ao dano e ao nexo de causalidade, elementos fundamentais para configuração da perda de uma chance nos julgados dos tribunais brasileiros.

Diante da consideração acima e segundo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 53) o conceito de responsabilidade civil é o seguinte.

De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Ainda para os autores supracitados, no âmbito Direito Privado, a responsabilidade civil deriva da agressão em relação a um interesse particular, caso em que o infrator pagará uma compensação pecuniária a vítima diante da irresponsabilidade de reposição em matéria de estado anterior da coisa.

Por outro lado, Cavalieri Filho (2014, p. 13) menciona a seção da responsabilidade civil exteriorizando em deveres, qual seja:

[...] a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*.

Na citação descrita, os deveres contidos na mesma caracterizam a imposição pelo ordenamento jurídico das condutas em relação à convivência em relação a paz e harmonia, não deixando de notar que tais condutas podem ser próprias das manifestações de vontade. Observa então, que as formas de estabelecimento de um dever jurídico mostra a conduta externa de uma pessoa no convívio social criando assim uma obrigação.

O não cumprimento dessa obrigação, isto é, o dever originário violado leva ao ilícito, caracterizando que toda ação ou omissão de transgressão a uma norma constituída e que cause dano a terceiro.

Nota-se que ao ser praticado o ilícito surge o dever secundário (derivado) a ser reparado pelo dano causado. Com isso Cavalieri Filho (2014, p. 14) nos ensina que:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

Ao estabelecer um contrato as partes ficam impostas a um dever primário, que nada mais é, que um cumprimento do mesmo. Ressalta aqui as exceções das hipóteses dispostas nos artigos 476 e 478 do Código Civil caso ocorram. O não cumprimento enseja o surgimento do dever secundário inserido na reparação do dano ou inadimplemento.

Analisando o parágrafo anterior, nota-se em seu contexto da ideia de responsabilidade de forma mais ampla, tendo como fundamento os dados provenientes da transgressão do dever jurídico já constituído (originário), consoante as palavras de Pamplona Filho e Gagliano (2012, p. 47).

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Antes de abordarmos as características presentes nas espécies de responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico, eis um comentário sucinto de alguns aspectos relevantes a responsabilidade civil.

Primeiramente, tomamos como base a distinção entre obrigação e responsabilidade. Obrigação é composta sempre de um dever jurídico originário, ao passo que a responsabilidade é um dever jurídicos sucessivos, dependentes da violação da obrigação. O exemplo dessa situação torna-se clara a relação descrita, ou seja, alguém firma compromisso de presta serviços profissionais a outrem, aqueles assumem uma obrigação (dever originário) caso isso não ocorra,

configura-se a violação da mencionada obrigação, logo surge a responsabilidade de reparação do prejuízo causado.

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça mostra a ausência da responsabilidade na seguinte situação: Marido traído move ação de indenização por dano moral em face do cúmplice da ex-esposa. A ação é julgada improcedente devido a ausência que o cúmplice tem em relação ao dever jurídico, tendo em vista que somente a esposa que tem o dever jurídico da fidelidade.

Neste exemplo mencionado não há que se fala em solidariedade do réu, pois o ilícito praticado foi da ex-esposa e não do cúmplice, conforme disposto no art. 942, caput e parágrafo único, do Código Civil.

A obrigação de indenizar foi incluída na parte especial do art. 927 do Código Civil, Livro I, Título IX. A natureza jurídica da obrigação de indenizar será ora voluntária e ora legal. A primeira é criada por negócios jurídicos, sendo contratos ou não, cuja dependência se funda no princípio da autonomia da vontade. Ao contrário, as legais são impostas pela lei, tendo em vista conteúdo definido por lei, isto é, a vontade das partes somente é dita como condicionadora, haja vista que os efeitos jurídicos já estão estatuídos na lei.

Nas palavras de Cavalieri Filho (2014, p. 17), cabe ressaltar que:

A responsabilidade pode ser da mesma natureza do dever jurídico originário, acrescido de outros elementos (quando este é de dar alguma coisa, ou de natureza diferente (quando a prestação é de fazer e a responsabilidade tem que implicar indenização em dinheiro. O credor, que não recebeu o pagamento na data oportuna, poderá exigir não só a prestação devida (o principal), como também os juros, correção monetária e a cláusula penal eventualmente prevista. Mas se o pintor que se obrigou a fazer determinado quadro reusar-se a fazê-lo, o credor dele poderá exigir apenas o ressarcimento dos prejuízos decorrentes do inadimplemento.

Como suporte doutrinário usaremos duas premissas importantes em reação a ausência ou não da responsabilidade analisada. A primeira não há responsabilidade, sem a violação do dever jurídico constituído, aquela pressupõe o descumprimento de uma obrigação, já a segunda a identificação do responsável necessita de conhecer o dever jurídico violado e quem o descumprir.

Um breve relato do posicionamento da responsabilidade na teoria geral do direito que segue um grau de relevância em relação a ordem jurídica, quais sejam: fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico, ato ilícito, duplo aspecto da ilicitude e ato ilícito em sentido estrito e amplo.

Fato jurídico é o acontecimento capaz de produzir consequências jurídicas (nascimento, extinção e a alteração) de um direito subjetivo. Divide em naturais (relaciona com a natureza, nascimento, morte, tempestade) e voluntárias (relaciona com conduta humana produzindo efeitos jurídicos). Estes subdividem em lícitos (fato praticado conforme a lei) e ilícito (fato praticado contra a lei). Ex: Placa proibindo estacionamento, caso a pessoa desrespeite a proibição configura-se fato jurídico.

O ato jurídico caracterizado pelo fato de seus efeitos serem predeterminados pela lei (art. 185 e ss do CC/02) vincula a vontade humana. Ex: reconhecimento de paternidade e adoção. O negócio jurídico (art. 104 e ss do CC/02) depende do querer humano, sendo seus efeitos eleitos por quem o pratica. Nota-se que a bilateralidade não é requisito primordial do negócio jurídico, observa-se que o testamento apesar de ter ato unilateral configura como negócio jurídico. O ato ilícito relaciona o caráter da antijuricidade entre a conduta e o resultado danoso, estendendo a culpa como fator principal.

O duplo aspecto da ilicitude é demonstrado no aspecto tanto objetivo quanto subjetivo. Aquele leva em conta apenas à conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade sendo verificada pela desconformidade.

Já o aspecto subjetivo busca qualificar a conduta como ilícita através de um juízo de valor, sendo possível só quando a conduta resulta de ato humano consciente e livre.

O ato ilícito em sentido estrito e amplo nos permite uma análise em separado, compreendendo assim melhor seus conceitos. O ato ilícito em sentido estrito compreende no conjunto de pressupostos da responsabilidade (obrigação de indenizar). Observa-se que os elementos presentes na responsabilidade civil subjetiva são além da conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexos causal presentes no art. 186 do Código Civil. Dado importante é a verificação que a culpa é elemento primordial, o qual da causa ao ato ilícito quando se trata da responsabilidade subjetiva, tendo em vista que a culpa não é elemento a sua configuração tratando de responsabilidade civil objetiva.

No sentido amplo, o ato ilícito somente indica a ilicitude do mesmo, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, ausente a referência em relação ao elemento subjetivo ou psicológico.

A busca para uma melhor aplicação e eficácia no que diz respeito a responsabilidade civil refere-se ao que dispões os arts. 186 e 187 e art. 927, parágrafo único, do Código Civil, como respaldo para o reconhecimento da reparação do prejuízo.

Enfim a função da responsabilidade civil segue o princípio da reparação integral usado por diversos sistemas jurídicos com intuito de chegar o mais próximo possível da completa reparação dos danos sofridos pela vítima apesar de difícil concretização.

A noção de justiça corretiva foi desenvolvida por Aristóteles (2014, p. 27) em sua *Ética a Nicômaco*, como fundamento do princípio da reparação integral. Já na Idade Média, Tomás de Aquino (2014, p. 27) considerou a justiça corretiva já citada como justiça comutativa, sustentado a restituição novamente a alguém na posse ou no domínio de sua coisa, aquela fundada na compensação de uma coisa por outra pertencente a justiça comutativa.

A justiça comutativa (ou corretiva) configura uma exigência da restituição a vítima de coisa antes da ocorrência do ato ilícito, mesmo ao sendo realizada sob a função da responsabilidade civil.

O desenvolvimento do princípio da reparação integral teve ocorrência distinta como se ver no direito francês a partir da norma do art. 1.149 do Code Civil (reparação pela indenização dos prejuízos pelo descumprimento da obrigação com abrangência aos danos emergentes e aos lucros cessante), já na Europa um Conselho ao editar a Resolução nº 75 – 7, de 14 de maio de 1975 estabelecer (reparação dos danos em casos de lesões corporais e morte, determinando que se alcance a situação mais próxima possível daquela em que estariam se não ocorresse o evento danoso).

O direito brasileiro prestigiou o princípio da reparação integral seguindo o paradigma do direito francês. Utilizou primeiramente a disposição no art. 1.059 do CC/16. Na Constituição de 1988, estabeleceu a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) determinando implicitamente à reparação de todos os danos causados de forma injusta a pessoa humana.

No Código de Defesa do Consumidor, a reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos se encontra disposto no art. 6º, VI, e por fim e de forma explícita o art. 944, caput do Código Civil de 2002 que dispõe: a indenização mede-se pela extensão do dano. Nas palavras de Cavalieri Filho (2014, p. 28-29) estabelece as seguintes conclusões em relação à exceção à regra da reparação integral disposta no parágrafo único do art. 944 do Código Civil:

[...] só tem aplicação nos casos de culpa levíssima em que o ofensor tenha causado danos de grandes proporções à vítima, pelo que estão fora do seu campo de incidência a culpa grave e o dolo; (b) a *ratio legis* é a culpa – culpa levíssima – razão pela qual não se aplica à responsabilidade objetiva, hoje de maior campo de incidência do que a responsabilidade subjetiva. Seria ilegal utilizar o critério do grau de culpa para aferir o valor da indenização objetiva, na qual a culpa não tem nenhuma relevância[...]

Passaremos agora a uma breve análise das espécies de responsabilidade existentes.

## 2.1.1 Espécies de responsabilidades

### 2.1.1.1 Responsabilidade civil e penal

A responsabilidade nada mais é em termos jurídicos uma transgressão (ilicitude) de um dever jurídico originário, relacionado com a conduta ilícita do agente, aquela que conduz a responsabilidade na forma de dever secundário de reparação do dano.

Segundo Podestá (2008, p. 242),

A responsabilidade pode então ser penal ou civil. No primeiro caso tutela-se um direito indisponível, como integridade física ou vida. Seu caráter é de ordem pública e uma vez comprovada a autoria torna-se intransferível, dada sua natureza pessoal.. A consequência da violação de uma norma penal, conforme o caso, impõe a seu agente a privação da liberdade ou pagamento de multa pecuniária.

Por outro lado, Pamplona Filho e Gagliano (2012, p. 48) dizem que:

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de repare o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização [...].

Nas palavras de Cavalieri Filho (2014, p. 29),

A ilicitude – é de todos sabido – não é uma peculiaridade do Direito Penal. Sendo ela, essencialmente, contrariedade entre a conduta e a norma jurídico, pode ter lugar em qualquer ramo do Direito. Será chamada de ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso de ilícito penal, o agente infringe uma norma legal, de Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado.

A sentença penal condenatória faz coisa julgada no meio jurídico civil, quando é verificação a disposição nos arts. 91, I do Código Penal, 63 do código de Processo penal 475-N, III, do Código de Processo Civil.

#### 2.1.1.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

É a obrigação de indenizar quando alguém, ao violar o dever jurídico, cause dano a outrem.

Pode ser definida quando o dever violado tenha relação obrigacional constituída. Isso nas palavras de Podestá (2008, p. 245),

O descumprimento contratual envolve a violação de uma cláusula inserida no contrato, ou seja, a convenção prévia entre as partes não é cumprida e o inadimplemento gera perdas e danos, fundamentando-se no art. 389 do CC. Fala-se então em responsabilidade contratual. Exemplo: Passageiro de um ônibus que não chega a seu destino.

Quando a responsabilidade não deriva do contrato, diz-se extracontratual porque há infringência a um dever legal sem existir vínculo antecedente entre o causado do dano e a vítima (cf. art. 186 do CC).

Já para Pamplona Filho e Gagliano (2012, p. 60-61),

Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator ( caso do sujeito que bate em uma carro ), estamos diante da responsabilidade extracontratual, a seguir analisada. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.

Por outro lado, explica-nos Pereira Lira *apud* CAVALIERI FILHO (2014, p. 31):

[...] dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Nesse último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade.

Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos.

Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos [...]

Observa-se que a responsabilidade contratual e extracontratual, no que diz respeito a divisão em nosso sistema, não é definitiva, tendo em vista a correlação entre os dois tipos de responsabilidade mencionadas, sendo que as regras contidas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393 , 402 e 403 ) são aplicados à responsabilidade extracontratual.

Em complementação ao tema em questão o Código do Consumidor equiparou ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), sendo aqui considerado como fundamento da responsabilidade a violação do dever de segurança, ou seja, numa relação de consumo, contratual ou não. A responsabilidade civil nas relações de consumo é objetiva, esta passando a ter uma incidência maior do que a própria responsabilidade subjetiva.

#### 2.1.1.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Atualmente, o fundamento primordial da responsabilidade civil é a comprovação efetiva e certa do dano, ou seja, a busca pela reparação do dano.

Diante disso, a maneira de explicação pelos doutrinadores do fundamento a ser empregado ainda é obscura apesar de já ter sido mencionada no Código Civil vigente.

Segundo palavras de Podestá (2008, p. 244),

Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se funda na ideia de culpa que deve ser provada pela vítima. Trata-se da teoria clássica adotada pelo CC, conforme já afirmado.

No caso da responsabilidade objetiva, prescinde-se da ideia de culpa, por sua noção é fundada no risco, isto é, a doutrina aplicável orienta-se para o fato de que, não existindo atividade humana isenta de riscos, fonte jurígena de prejuízos, não é justo que as vítimas dos danos fiquem sem a devida reparação, considerando inclusive que a criação do risco é fonte de lucro ou exigência de conforto ou comodidade para seus criadores.

Por outro lado, Pamplona Filho e Gagliano (2012, p. 57-59) afirmam que:

A responsabilidade civil subjetiva é decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos.

[...] Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

Já para Cavalieri Filho (2014, p. 32),

O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, lato sensu, para indicar não só a culpa strito sensu, como também o dolo.

Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art. 931 e outros [...]

A título de complementação do item referente à responsabilidade civil subjetiva os pressupostos contemplados no art. 186 do Código Civil tendo como respaldo a especificação feita pela doutrina francesa além da exclusão da ilicitude elemento formal (violação de um dever jurídico, mediante conduta voluntária); elemento subjetivo (podendo ser o dolo ou a culpa); elemento causal – material (o dano e a respectiva relação de causalidade).

A disposição no art. 186 do Código Civil dos pressupostos tomou como base a descrição supracitada.

Segundo Cavalieri Filho (2014, p. 33),

- a) Conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”;
- b) Nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e
- c) Dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”.

Alguém que viole o direito de outrem e lhe causa dano pratica um ato ilícito por conduta culposa, este conseqüentemente terá o dever de indenizar, conforme o disposto no art. 927 do Código Civil. O entendimento a respeito da violação do direito abrange todo e qualquer direito subjetivo. Com isso podemos mencionar os direitos relativos (presentes com maior frequência na responsabilidade contratual), os absolutos, os reais e personalíssimos (direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, aos nome e à imagem).

A exclusão da ilicitude, nas palavras precisas de Cavalieri Filho (2014, p. 33-34) diz que:

[...] nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ato ilícito é danoso. Por isso a obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica o ato ilícito e causa dano a outrem [...]

O art. 188 do código civil prevê hipóteses em que a conduta do agente, embora cause dano a outrem, não viola dever jurídico, isto é, não está sob censura da lei. São causas de exclusão da ilicitude. Tal como no Direito Penal, a atividade do agente, não obstante o dano que venha a causar, é de acordo com a lei – e, portanto, lícita. O ato é lícito porque a lei o aprova.

Pela citação acima, constata-se que o exercício regular de um direito, a legítima defesa e o estado de necessidade são excludentes de ilicitude.

## 2.2 Posição doutrinária

Antes de iniciarmos a discussão a respeito da posição dos doutrinadores em relação à perda de uma chance cabe lembrar que o início desse instituto teve seu surgimento nos países europeus, ressaltando a aplicação nos julgados realizados pela corte de Cassação Francesa desde o início do século XX ampliando sua utilização como paradigma nos julgados realizados nas esferas jurídicas brasileiras. No Brasil a aplicação da teoria ora estudada avançou consideravelmente, apesar de existirem análises superficiais sobre o tema em questão.

O avanço torna evidente, quando os doutrinadores começaram a aplicar a teoria ora analisada com uma incidência maior no nosso ordenamento jurídico tomando como base o direito francês. A teoria da responsabilidade civil ganha força e suporte mais seguro, fato que gera segurança e eficácia nos julgados ocorridos nas esferas jurídicas brasileiras. Com isto nota-se o apoio tanto dos autores clássicos quanto os contemporâneos.

Segundo Alvim (1965, p. 190-191 *apud* SAVI, 2012, p. 37),

Ao tratar da perda de prazo por parte do advogado para a interposição do recurso de apelação contra sentença prejudicial aos interesses de seu constituinte, afirma que seria impossível provar que, acaso interposto, o recurso teria logrado provimento.

Com isso, torna-se evidente a ampliação dos casos julgados no ordenamento jurídico em relação à perda de uma chance séria e real, haja vista que alguns casos há o reexame da matéria. Diante disso comprova que o dano seja passível de prova de certeza e de quantificação.

São dignas de transcrição as palavras de Alvim (1955, p. 207-208 *apud* SILVA, 2013, p. 192):

A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos.

[...] que o autor de uma demanda pode, mesmo perdida a causa em primeira instância, obter uma quantia determinada, pela cessão de seus direitos, a um terceiro que queira apelar.

[...] o valor a que ficaria reduzido o crédito após a sentença da primeira instância, tendo em vista, para isso, o grau de probabilidade de reforma da mesma, de modo a estabelecer-se a base negociável desse crédito.

[...] seu valor passo a ser cinco. Dado, porém, que a mesma haja transitado em julgado, tal valor desceu a zero. O prejuízo que o advogado ocasionou ao cliente, deixando de apelar, foi de cinco.

[...] exatamente o prejuízo, representa, em todo o caso, o dano que pôde ser provado, e cujo ressarcimento é devido.

A análise da citação já mencionada deixa bem claro que o que se busca é prova de certeza e a quantificação da perda de uma chance. Este fato passa despercebido muitas das vezes pelos doutrinadores e julgadores, quanto à aplicação do referido instituto.

O ordenamento jurídico brasileiro aceita e amplia cada vez mais a aplicação do instituto da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil com intuito de tornar os julgados mais eficazes e seguro.

Em se tratando de relevância do instituto supracitado, nota-se que a dedicação dos autores ora em maior ou menor medida é que proporciona a ampliação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Tudo isso nada mais é que a retomada da análise já feita no primeiro capítulo referenciando os exemplos já expostos.

Nos ensinamentos de Salvo Venosa (2009, p. 34 e 286 *apud* SAVI, 2012, p. 42),

Retratando a doutrina argentina de Carlos A. Ghersi, afirma ser a perda da chance um terceiro gênero de indenização, que estaria “a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”, e que, havendo certo grau de probabilidade, a mesma passa a entrar na esfera do dano ressarcível.

Por outro lado, Dias (1996, p. 13 *apud* SAVI, 2012, p. 43) destaca que:

As duas soluções radicais que podem ser cogitadas, para essa questão da perda de uma chance, não resolvem o problema, porque ambas conduzem a resultado injusto. Uma sustenta que advogado não pode ser responsabilizado na perda de uma chance, sob o fundamento de quem, não se tendo a certeza do resultado, não se pode ter como certa a existência do dano. Outra propugna que o advogado deve sempre e integralmente ser responsabilizado pela totalidade do resultado negativo que a perda de chance proporcionou ao cliente, medindo o prejuízo entre a situação primitiva e aquela em que estaria se sua pretensão tivesse sido inteiramente acolhida [...]

A citação da referida autora analisa a perda de uma chance somente como valor extrapatrimonial, contudo o dano apesar de não ocorrer sempre frustra a possibilidade de ser revista nos tribunais superiores a pretensão do cliente.

Para Kfoury Neto (2002, p. 111 *apud* SILVA, 2013, p. 193),

A chance perdida deve ser ‘séria’, ou ‘real e séria’. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.

Segundo Sérgio Severo (1996, p. 12 *apud* SILVA, 2013, p. 193),

[...] também baseado em Philippe Le Tourneau, comunga de algumas das posições firmadas aqui neste trabalho sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, quando afirma que esta pode “constituir um dano atual ou futuro, assim como ocorrer tanto na responsabilidade delitual como na contratual”.

A aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance relatada pela doutrinadora Martins Cosa (2003, p. 358-362 *apud* Silva, 2013, p. 193) não foi diferente ao tecer comentários sobre o novo Código Civil, contribuição esta fundamental para ampliação da eficácia nos julgados.

Nas palavras de Fernando Noronha (2010, p. 695-718 *apud* AITA, 2012, p. 61),

A teoria estaria dividida nas seguintes modalidades: a perda de uma chance clássica (subdividida em frustração da chance de obter uma vantagem futura e frustração da chance de evitar um prejuízo futuro) e perda de uma chance de evitar um dano que aconteceu (dentro da qual estaria contida a perda da chance por falta de informação).

Pelo contexto da referida citação supracitada o autor defende que uma vez preenchidos os requisitos de forma séria e os demais pressupostos da responsabilidade civil torna-se possível à

indenização nas modalidades nos julgados dos tribunais brasileiros em relação às chances perdidas propriamente ditas.

A exposição das duas modalidades de perda de uma chance já mencionada no primeiro capítulo reforça não só seu entendimento, mas também seu direcionamento no meio jurídico, tendo como objetivo a eficácia e a segurança jurídica ao aplicá-la.

Encerada a análise da posição doutrinária frente a perda de uma chance. Passamos a expor a aceitação da perda de uma chance como dano indenizável e a teoria do nexo causal vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2.3 Forma de aceitação frente ao dano indenizável e a teoria do nexo causal vigente**

### **2.3.1 Aceitação frente ao dano indenizável**

Não podemos deixar de mencionar que o início do estudo da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance ocorreu na França. Diante do mencionado os tribunais brasileiros através do respaldo do direito francês amplia sua aplicação quanto a perda de uma chance mediante uma segurança jurídica mais eficaz. Daí por diante iniciou-se a aplicação do instituto no Brasil nas diversas esferas jurídicas.

O Código Civil Brasileiro estabelece em seus artigos, uma cláusula geral de responsabilidade civil, que dispõe:

Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Ao tratar das consequências do ato ilícito, dispõe, no artigo 927, que: Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Observa-se então que o ato ilícito, ao ser cometido, leva aquele que ao causar dano a outrem o dever de repará-lo. O artigo 927 do Código Civil Brasileiro reforça o que já foi mencionado dispondo que: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Diante da revogação dos arts. 1.537 e 1.538 do Código Civil de 1916, o novo Código Civil ao tratar da indenização no Capítulo II, do Título IX altera os referidos artigos acima.

A nova redação contida no novo Código Civil encontra-se nos arts. 948 e 949 eis sua disposição:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas como o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a que o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. [grifou-se]

Com isso, podemos notar que não há maior dúvida em reconhecer o dano atrelado a perda de uma chance como objeto passível de reparação. A responsabilidade civil vem reforçar a reparação do dano injusto sofrido pela vítima, e conseqüentemente a aceitação da perda como dano indenizável.

Segundo Savi (2012, p. 106),

[...] não há, a nosso sentir, no Código Civil Brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance.

Já para Nancy (1992, p. 139 *apud* SILVA, 2013, p. 238),

O principal fator de aceitação de teoria da perda de uma chance está caracterizado na nova maneira de considerar as probabilidades. Com efeito, o progresso tecnológico e a ciência estatística acabaram por desmistificar o acaso e as situações aleatórias.

Já para Sanseverino (2010, p. 167 *apud* SILVA, 2013, p. 239),

Diante do exposto, e sem olvidar o novo paradigma solidarista que deve orientar o instituto da responsabilidade civil, acredita-se não haver óbice para a aceitação sistemática do instituto da perda de uma chance como um dano certo.

Os contextos das citações referidas acima mostram que o novo Código Civil traz as regras e usa-se da cláusula geral da responsabilidade civil, desde que preenchidos os demais requisitos necessários ao dever de indenizar, aquela decorrente de qualquer dano sofrido pela vítima. A

perda de uma chance diante disso é reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, ampliando a possibilidade de indenização frente à mesma.

### 2.3.2 Teoria do nexa causal vigente

Os doutrinadores brasileiros encontram-se divididos em relação à definição a ser aplicada na teoria do nexa causal vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Há autores que utilizam a teoria da causalidade adequada já exposta no primeiro capítulo como forma de defesa. Por outro lado outros a usam de forma literal enfatizando o que dispõe o art. 403 do novo Código Civil. Isso leva a aplicação da posituação da teoria do dano direto e imediato, questão também analisada no referido capítulo, já citado acima.

No entendimento os autores em relação à compatibilidade da teoria do nexa causal, observam a caracterização da teoria do dano direto e imediato pela necessidade da causa, esta por sua vez serve como suporte para melhor compreensão da teoria da causalidade adequada, ou seja, a aplicação das duas teorias já citadas no primeiro capítulo conduz na prática ao mesmo resultado.

O ordenamento jurídico brasileiro, além de contar com uma cláusula geral de responsabilidade civil já citada, aliou-se a ciência estatística, analisando a possibilidade de indenização da perda de uma chance, desde que a mesma seja séria e real.

A título de exemplo, a perda do prazo para interposição da apelação pelo advogado torna-se passível a indenização. Neste caso apesar da impossibilidade de estabelecer o nexa da causalidade entre a conduta e o dano final, evidencia o nexa de causalidade entre o ato e perda de uma chance em se obter futuramente uma possível indenização.

Quanto à reparação da chance perdida não há mais dúvida no ordenamento jurídico brasileiro em relação tanto da verificação do dano quanto à constatação da existência de causalidade.

Nas precisas palavras de Silva (2013, p. 239),

Nesse passo, além de a chance perdida ter todas as condições para ser considerada como um dano quantificável e amplamente provado, também não se encontra dificuldade para demonstrar o nexa de causalidade certo e direto entre a conduta do réu e a perda da chance.

O autor supracitado conclui que as chances perdidas inserem no nexo da causalidade de forma certa e direta.

Já para Fernando Noronha (2010, p. 704 *apud* AITA, 2012, p. 68),

[...] para que se possa dar como existente um nexo de causalidade adequada, é suficiente que se consiga demonstrar que um fato antijurídico interrompeu o processo que estava em curso e que este podia conduzir ao resultado almejado, em termos que esse fato antijurídico não possa ser tido como de todo indiferente ao prejuízo alegado; basta que haja séria possibilidade de ocorrência do dano, é suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgado prudente.

Enfim, independentemente da aplicação da teoria do dano direto e imediato ou da causalidade adequada à presença do nexo da causalidade ensejará em resultados iguais quanto a perda de uma chance for séria e real.

Terminada a análise tanto da forma de aceitação como dano indenizável quanto da teoria do nexo causal vigente frente aos tribunais brasileiros. Iniciaremos ao estudo da quantificação do dano expostas pelos doutrinadores.

## **2.4 Quantificação do dano**

A quantificação do dano será apurada uma vez preenchida os requisitos necessários, para que haja o dever de indenizar.

Os critérios determinados como fundamentais para a solução da quantificação do dano serviram de baliza para apuração do valor das chances perdidas, aqueles constituíram o valor acumulado a título de indenização.

Segundo Savi (2012, p. 68),

[...] deve-se partir da premissa inicial de que a chance, no momento de sua perda, tem um valor quem mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade. Quanto à quantificação do dano, a mesma deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.

Nas palavras de Silva (2013, p. 142-143),

[...] a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada. Por exemplo, o empresário não logra provar que o seu negócio não se realizou pela falha de seu contador, assim como o cliente não consegue provar o nexo causal entre a ação ou a omissão do seu advogado e a improcedência da demanda.

O entendimento dos critérios referentes à quantificação do dano usa-se o próprio conceito da perda de uma chance, qual seja como possibilidade de obtenção de um benefício futuro. As esferas jurídicas brasileiras ainda confundem os conceitos da perda de uma chance e lucro cessante, quanto os mesmos são aplicados a título de indenização.

Segundo Savi (2012, p. 66),

Contudo, é importante destacar que, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, e, conseqüentemente, a inserção da súmula vinculante em nosso sistema jurídico, será possível, em determinados casos concretos de responsabilidade de advogados, condená-los ao pagamento de indenização consistente naquilo que o seu constituinte obteria se tivesse vencido a demanda. Ou seja, na vigência do sistema de súmula vinculante será possível, em alguns casos concretos, condenar o advogado, que perde um prazo para a interposição de um recurso, ao pagamento de lucros cessante, ao invés de condená-lo ao pagamento de indenização pela perda da chance.

Para Fernando Noronha (2010, p. 696 *apud* AITA, 2012, p. 71), dependendo da natureza da vantagem final esperada, a perda da chance de obtê-la pode consubstanciar tanto um dano material quanto um dano extrapatrimonial.

A abordagem do tema em questão ao analisa o dano exemplificando com maior clareza a forma de quantificar o mesmo com intuito de estabelecer um valor mais próximo possível do qual teria direito, não deixando de levar em consideração outras variáveis atrelada a questão em análise constituindo assim um referencial para melhor quantificar as chances perdidas.

Nas palavras de Silva (2013, p. 144),

[...] aquele do proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar a importância de R\$20.000,00(vantagem esperada), proveniente do primeiro prêmio da corrida que seu cavalo participaria não fosse a falha do advogado, o qual efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Se as bolsas de apostas mostravam que o aludido cavalo possuía vinte por cento(20%) de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pelas chances perdidas seria de R\$4.000,00.

O entendimento do critério à quantificação do dano na citação acima tende a um valor mais próximo possível da reparação dos prejuízos ocorridos no evento. Com isto o magistrado ao julgar a lide usando dados estatísticos condenaria o réu ao pagamento de R\$4.000,00, valor referente a 20%(vinte por cento) da importância total , levando em consideração o critério da quantificação, o qual busca a eficácia e segurança em seus julgados.

Segundo Couturier (p. 160 *apud* SILVA, 2013, p. 144),

Utilizando-se de um conceito matemático. Ilustra com precisão o processo de quantificação na teoria da perda de uma chance ao afirmar que a função chance perdida é a derivada da função vantagem esperada, (dano final).

A quantificação do dano analisada anteriormente pode ser ilustrada por exemplos diversos em julgados nos tribunais brasileiros auxiliando aos magistrados através de dados estatísticos a uma melhor compreensão da reparação concedida pelos prejuízos ocorridos na análise de cada caso em concreto, proporcionando aferir um valor próximo do qual seria de direito, tendo em vista a confirmação da chance perdida.

Portanto, percebe-se que tanto tribunais quanto os supremos tribunais analisam os casos referentes à perda de uma chance, os primeiros tentam quantificar o dano sem aplicação de critérios específicos, enquanto que nos supremos tribunais usam critérios específicos para quantificar um dano.

Atualmente, a análise da quantificação do dano nos tribunais brasileiros vem mudando devido ao uso de critérios específicos pelos magistrados ao analisar a reparação dos danos (prejuízos) ocorridos, conseqüentemente a indenização torna possível pela perda de uma chance, fato este primordial para eficácia e segurança dos julgados nas esferas judiciais brasileiras.

Diante da possibilidade de ocorrência da perda de uma chance ora demonstrada no decorrer do trabalho, iniciaremos a análise desse instituto frente ao posicionamento jurisprudencial brasileiro.

### **3. DA PERDA DE UMA CHANCE *VERSUS* POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO**

No terceiro capítulo abordaremos a posição jurisprudencial diante dos julgados, no quais a teoria objeto de estudo será analisada tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça Estaduais sobre as reais possibilidades de reparações nas chances perdidas nos casos concretos presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de iniciarmos a análises da posição jurisprudencial é bom ressaltar que o uso da aplicação da teoria ora citada nos julgados nas esferas jurídicas supracitadas usa-se a forma implícita e raramente a forma explícita, a mesma respalda na utilização da responsabilidade civil disposta em nosso Código Civil, o qual auxilia nos julgados de forma segura e eficaz a possibilidade de reparação das chances perdidas, quando as mesmas são sérias e reais.

O respaldo dos julgados já consolidados no ordenamento jurídico brasileiro leva em consideração a teoria empregada nos julgados estrangeiros, haja vista que às vezes a mesma é aplicada erroneamente, além de utilizar as doutrinas, Código Civil e a Constituição Federal com forma de fundamentação, com intuito de conceder o provimento ou não dos recursos apresentados em relação a perda de uma chance nos diversos ramos do direito.

Em alguns julgados a posição jurisprudencial tende a considerar a quantificação do dano patrimonial, como subespécie do dano extrapatrimonial, este obedece a critérios menos rígidos, isto é, de fácil quantificação, e conseqüentemente aplicação da teoria ora analisada.

Diante do exposto passaremos a explicar através de exemplos a aplicação da teoria da perda de uma chance frente ao posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça Brasileiros.

#### **3.1 Julgados no Supremo Tribunal Federal**

O Supremo Tribunal Federal analisa a teoria ora estudada buscando consolidar a possibilidade de reparação da mesma, quando esta é séria e real, ao contrário disso, nega o seguimento do recurso interposto. Seguem alguns exemplos:

### 3.1.1 Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 767787 SP

Processo: ARE 767787 SP  
Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO  
Julgamento: 25/11/2013  
Publicação: DJe-244 DIVULG 11/12/2013 PUBLIC 12/12/2013  
Parte(s): NOÊMIA VASTI CARDOZO  
TATIANA SOARES DE SIQUEIRA E OUTRO(A/S)  
ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
IZABEL AZEVEDO

Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim do (fl.452): “INDENIZAÇÃO. Dano moral. Não Efetivação de inscrição em concurso premiado. Teoria da perda da chance. [...] (Brasil, 2013).

A teoria objeto de estudo no tribunal de primeira instância na ação de procedimento ordinário foi julgada procedente ao seu pedido inicial, em conformidade como o envio dos documentos pela parte autora para inscrição no concurso premiado. O recebimento dos referidos documentos pelo agente dos correios e sua omissão qualificada ocasionou a perda de uma chance da parte autora configurando o nexo de causalidade ora já estudado, e conseqüentemente a possibilidade de reparação dos danos sofridos. Com isso o (a) magistrado(a) fixou a condenação a parte requerida a título de dano moral pleiteados no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) com correção monetária a partir do ajuizamento e juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da citação, além do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, fixando em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação; atualizada. Diante da sentença proferida a parte recorrente interpôs recurso fundamentando-o no art.102,III,a, da Constituição Federal, alegando a violação aos arts. 5º, V e X, e 37, § 6º, da própria Constituição, fato não ocorrido devido à ausência de fundamentação quanto à repercussão geral das questões constitucionais discutidas, o qual limita a observações genéricas em relação ao tema, não atendendo assim a disposição do art.543-A, § 2º, do CPC. A nova análise dos fatos constantes nos autos incidiria na hipótese da Súmula 279/STF. Nesse sentido, o Ministro reconhece o agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário.

### 3.1.2 Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 675078 MG

Processo: ARE 675078 MG  
Relator(a): Min. CEZAR PELUSO  
Julgamento: 26/06/2012  
Publicação: DJe-150 DIVULG 31/07/2012 PUBLIC 01/08/2012  
Parte(s): DAGOBERTO FÉLIX FERREIRA  
GUILHERME RENAULT DINIZ E OUTRO(A/S)  
ESTADO DE MINAS GERAIS  
ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1. Trata-se de recurso extraordinário com agravo interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e assim do: “RESPONSABILIDADE ESTATAL – TEMPO DE SERVIÇO – AVERBAÇÃO – INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO – SENTENÇA DECLARATÓRIA DE PROCEDÊNCIA – PERDA DA CHANCE DE APOSENTADORIA – DANO NÃO CONFIGURADO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. [...] (Brasil, 2012)

O julgado em análise no tribunal de primeira instância profere uma sentença de improcedência do pedido, quando se aplica a teoria objeto de estudo no caso em questão. À parte autora pleiteia a averbação do tempo de serviço para fins de aposentadoria, tendo em vista a ausência do nexo de causalidade em relação ao pedido ora citado comprovado pela ausência de intenção da parte autora em se aposentar. Nesse sentido não há configuração do dano frente ao comportamento estatal da parte ré. Diante disso, a condenação pelo (a) magistrado (a) será fixada no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios pela parte autora num percentual sobre o valor da causa em cada caso específico, desde que a mesma não esteja amparada pelo benefício da assistência judiciária. Insatisfeita com a sentença de improcedência a parte recorrente interpõe recurso extraordinário com agravo fundamentando-o no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegando a violação do art.37, § 6º, da Constituição Federal. Contudo, a recorrente não relata os fatos deixando de anexar aos autos provas, mediante essa ausência o dano pleiteado não se configura. Com a insistência da parte recorrente e o reexame do conjunto fático-probatório contidos nos autos ensejaria a incidência da Súmula 279/STF. Diante do exposto, o Ministro conhece o agravo e nega seu seguimento ao recurso extraordinário interposto, sendo fundamentado em decisões semelhantes e consolidadas de outros julgados e dos arts.21, § 1º, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.5.90, arts. 544, § 4º, II, b e 557 do CPC a respeito da aplicabilidade da teoria ora estudada.

Finda a análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal passaremos a exposição dos julgados no Superior Tribunal de Justiça.

### 3.2 Julgados no Superior Tribunal de Justiça

A posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça busca analisar a teoria da perda de uma chance de forma distinta dos Tribunais de Justiça levando em consideração a forma mais próxima da reparação das chances perdidas nos casos concretos, tornando-se a aplicabilidade mais segura e eficaz nos danos ocorridos. Seguem alguns exemplos.

#### 3.2.1 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial : AgRg no AREsp 81821 RS 2011/0200523-8

Processo: AgRg no AREsp 81821 RS 2011/0200523-8  
Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA  
Julgamento: 11/02/2014  
Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA  
Publicação: DJe 17/02/2014

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PERDA DE UMA CHANCE. CONFIGURAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. 1. Não se admite inovação recursal em sede de agravo regimental, tendo em vista o instituto da preclusão consumativa. 2. É inviável, em sede de recurso especial, o reexame do conjunto fático-probatório da demanda. Incidência da Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido.(Brasil, 2014).

Em primeira instância, a aplicabilidade da teoria ora analisada na ação de indenização por danos materiais e morais pelo (a) magistrado (a) julgou a sentença como parcialmente procedente, diante da configuração do nexo de causalidade comprovado em relação ao erro profissional do (a) advogado(a) quanto a sua desídia em interpor recurso. A condenação da sentença supracitada fixou para parte ré pagar a indenização em relação ao dano moral no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais), além do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios no valor de R\$1.000,00 (hum mil reais). Ambas as partes apelaram da referida sentença cada qual apresentou suas razões recursais, sendo postulado pela parte autora o provimento de seu apelo, já a parte ré além de postular o provimento de seu apelo pediu a condenação também da parte autora pela litigância de má-fé.

O julgado ressalta primeiramente que a agravante interpõe duas peças de recurso especial, sendo apreciado somente a primeira e o não conhecimento da segunda deve-se a preclusão consumativa. Observa-se que o segundo recurso continha além das matérias suscitadas no primeiro acrescentou novos argumentos, motivo pelo qual não serão apreciados devido a constituição de inovação recursal. Não deixando de mencionar outra inovação recursal inserida em relação aos juro aplicados, estes ausentes tanto no primeiro quanto no segundo recurso especial interposto. O argumento da recorrente quando diz o Tribunal de origem desconsiderou prova por ela produzida, violando assim o art. 333, II, do Código de Processo Civil, não procede tendo em vista o princípio do livre convencimento do juiz adotado pelo sistema processual civil brasileiro, o qual decide pela conveniência da produção de certas provas ou indeferindo outras que julgar desnecessárias. Contudo a busca do reexame dos fatos e provas pela agravante ensejou na incidência da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, e conseqüentemente o procedimento será vedado nesta via recursal. Nota-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na sua análise reconhece a caracterização da perda de uma chance levando em consideração os fatos probatórios dos autos. A ausência da caracterização da responsabilidade civil deve-se a não interposição pela advogada da peça processual indispensável para ganhar a causa, acarretando prejuízo para parte. A aplicação da teoria da perda de uma chance, para que haja configuração da mesma dependerá dos preenchimentos dos requisitos necessários, fato este que implicaria no reexame dos fatos probatório do autos.

Diante do exposto, o Ministro com base em outros julgados já consolidados, negou o provimento ao agravo regimental.

### 3.2.2 Recurso Especial: REsp 1383437 SP 2012/0079391-7

Processo: REsp 1383437 SP 2012/0079391-7  
Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI  
Julgamento: 27/08/2013  
Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA  
Publicação: DJe 06/09/2013

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROGRAMA TELEVISIVO DE PERGUNTAS E RESPOSTAS - BOA-FÉ OBJETIVA DO PARTICIPANTE - CONTRATO QUE ESTABELECEIA OBRA-BASE COMPOSTA DE DUAS PARTES, UMA REAL E OUTRA FICTÍCIA - CONTRATO QUE NÃO OBRIGAVA A RESPONDER ERRADO DE ACORDO COM PARTE FICTÍCIA DA OBRA-BASE - PERDA DE UMA

CHANCE - PECULIARIDADES DO CASO - PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE - APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 5, 7, 282 e 356 DO STF.[...] (Brasil, 2013).

Em primeira instância a aplicação da teoria ora citada não teve êxito, pois não houve a constatação do nexos de causalidade não configurando assim o dano. A análise da participação no Programa Vinte Um de um candidato que firmou contrato com emissora televisiva (STB), o qual versaria de perguntas contidas na bibliografia básica de uma determinada obra 'Corinthians é Preto no Branco', sendo que a parte verdadeira seria representada pela cor preta, e a parte fictícia pela cor branca. O candidato foi desclassificado ao responder corretamente o resultado de uma partida, pois a mesma não constava na parte verdadeira e sim na parte fictícia como falsa. Com isso a sentença em primeira instância foi proferida como improcedentes aos pedidos da parte autora. Por outro lado, a análise da aplicação da teoria ora analisada, em segunda instância dos recursos foi provida, e conseqüentemente reformada a sentença por maioria dos votos, condenando a recorrente ao pagamento de indenização de R\$ 59.000,00 (cinquenta e nove mil reais), por danos emergentes. Contra a sentença proferida em segunda instância foi interposto Embargos Infringentes, sendo os mesmos rejeitados por maioria dos votos.

Com o exposto, a teoria ora estudada é reconhecida pelo fundamento implícito da cláusula contratual que usa o princípio da boa-fé objetiva e a causa do negócio jurídico, tendo em vista que a resposta correta não constava na parte verdadeira, no caso da cor preta houve dubiedade, imprecisão, contradição da cláusula contratual, redigida pelo réu (STB) sendo assim procedente a ação. Seguindo a análise há também a fundamentação no direito difuso e á informação exata, precisa, etc, haja vista que o programa seria de respostas variadas sobre o Corinthians e não sobre a obra já citada, caso que levou o candidato ao erro.

Contudo, e pela ausência de violação do art. 859 e parágrafos do Código Civil de 2002 preza pela procedência da ação. Observa-se que a interpretação dada pelo Tribunal de origem em relação ao contrato após julgar os Embargos infringentes, a mesma não poderá neste caso ser mais alterada, devido a infringência da Súmula nº 5 do Superior Tribunal de Justiça (fatos ocorridos), a proibição da súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça (reexame) e a incidência dos Sumulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal (ausência de prequestionamento sem interpor Embargos de Declaração). Diante do exposto, Recurso Especial improvido.

Encerradas as exposições dos julgados no Superior Tribunal de Justiça em relação à teoria da perda de uma chance. Passamos a análise dos julgados nos Tribunais de Justiça Brasileiros.

### 3.3 Julgados nos Tribunais de Justiça Brasileiros

As decisões dos Tribunais de Justiça Brasileiros divergem quando ao dano indenizável. A análise de alguns casos, a ser realizada nos tópicos seguintes, nos demonstra o seguinte panorama: Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, Ceará, Amapá e Rio Grande do Sul (reconhecimento da teoria ora estudada como dano moral). Tribunal de Justiça do Espírito Santo (reconhecimento da teoria ora analisada como dano autônomo). Tribunal de Justiça de Minas Gerais (reconhecimento da teoria objeto de estudo como dano autônomo, mas quando a mesma se aplicada é tida com lucros cessantes), dentre os outros, etc.

A especificidade de critérios utilizados, quando a teoria da perda de uma chance se enquadrar como espécie de reparação, à frente de um dano autônomo, será analisado de acordo com cada caso em concreto pelo magistrado. Isso ocorrerá quando:

- a) As chances são sérias e reais, não incluindo meras expectativas.
- b) Verificada a aplicação da probabilidade, de acordo com regras de estatísticas, que para alguns doutrinadores esta deverá ser superior a 50% (cinquenta por cento).
- c) A quantificação das chances perdidas conceder a reparação da mesma, a qual será inferior ao valor esperado a título de indenização pela vítima.

Ao mencionar os critérios supracitados deve ser observada pelos magistrados de forma discricionária e subjetiva a classificação da espécie de dano, a serem utilizados, da fixação da indenização concedida, tornando assim a análise do magistrado mais segura, visto que a perda de uma chance é instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro.

Observa mais uma vez, quando há o reconhecimento da perda de uma chance como dano moral ou lucros cessantes, não se fala em critérios, pois os mesmos já possuem mecanismos próprios de avaliação, ao contrário disso usa-se os critérios já mencionados, quando o reconhece a perda de uma chance como dano autônomo.

Diante disto, passaremos a analisar alguns julgados já consolidados nos Tribunais de Justiça Brasileiros. Eis alguns exemplos:

#### 3.3.1 Apelação Cível 1.0713.12.002595-0/001

Tribunal: Tribunal de Justiça do MG  
Apelação Cível 1.0713.12.002595-/001  
**Relator(a):** Des.(a) Domingos Coelho  
**Data de Julgamento:** 08/10/2014  
**Data da publicação :** 20/10/2014

**Ementa:**

EMENTA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. **PERDA DE UMA CHANCE**. VAGA EM CURSO SUPERIOR. TRANSFERÊNCIA. ATRASO NA DOCUMENTAÇÃO. DANO CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. EXTENSÃO COMPROVADA. MAJORAÇÃO. DANO MORAL PRESUMÍVEL. MANUTENÇÃO. [...] (MINAS GERAIS, 2014).

A aplicação da teoria ora estudada em primeira instância na ação de indenização foi julgada procedente, tendo em vista a constatação do nexo de causalidade. Este comprovou as chances perdidas da parte autora diante do atraso da entrega da documentação necessária para sua transferência de uma instituição particular de ensino para outra Universidade Federal. Contudo, a configuração do dano é comprovada pelo atraso da parte ré em atender prontamente a solicitação da parte autora em tempo hábil. Isso provocou a perda da vaga pela parte autora, além dos danos morais advindo do sofrimento, angústia, etc, em decorrência da conduta negligente da instituição supracitada.

A sentença recorrida baseou-se no entendimento de que “a toda evidência, a recusa da apelante principal foi injustificada, acarretando na perda da vaga conquistada pela apelante adesiva junto à Universidade Federal de Viçosa”. Isso porque a apelante tinha pleno conhecimento da finalidade do documento requerido pelo apelado. Sendo assim, entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que de fato houve uma lesão à expectativa frustrada da vítima, cuja chance de obter uma vaga em um curso superior foi ofuscada por ato ilícito do apelante.

A condenação fixada pelo(a) magistrado(a) na sentença proferida em primeira instância a título de indenização pela perda de uma chance no montante de R\$12.500,00 (doze mil e quinhentos reais), além de R\$9.000,00(nove mil reais) pelo dano moral, ambos acrescidos de juros de mora e correção monetária. O(a) magistrado(a) também condenou a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no valor de R\$1.500,00 (Hum e quinhentos reais). Proferida a sentença houve interposição de recursos por ambas às partes. À parte ré interpôs apelação, já a parte autora apelação adesiva, visando a reforma da r. sentença.

Passou a análise dos recursos em segunda instância e proferiu o seguinte acórdão.

Decido levando em consideração a presença dos pressupostos necessários a configuração da perda de uma chance ora já citada na sentença em primeira instância confirmando-a. Nego provimento ao apelo da parte ré e dou parcial provimento ao apelo adesivo da parte autora reformando em parte a sentença, majorando a indenização em R\$ 23.500,00 (vinte e três mil e quinhentos reais) valor total do curso de Ciências Contábeis, mantendo-a em seus demais termos. Ressalta-se ainda que as custas recursais são pagas por ambas partes meio a meio, sendo suspensa se alguma das partes for amparada por justiça gratuita.

Desse modo, constata-se forma como restou configurado a perda de uma chance no litígio objeto do Acórdão aqui analisado.

### 3.3.2 Apelação Cível 70055913537

**Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS

Apelação Cível 70055913537

**Órgão Julgador:** Décima Sexta Câmara Cível

**Decisão:** Acórdão

**Relator:** Paulo Sérgio Scarparo

**Comarca de Origem:** Comarca de Porto Alegre

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. EXERCÍCIO DO MANDATO. **PERDA DE UMA CHANCE**. NEGLIGÊNCIA. VERIFICADA. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURADOS. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

**Data de Julgamento:** 21/11/2013

**Publicação:** Diário da Justiça do dia 26/11/2013

Na primeira instância a sentença proferida pelo(a) magistrado(a) julgou a demanda em relação aos pedidos como improcedentes, tendo em vista a não caracterização da perda de uma chance. A comprovação da improcedência é demonstrada pela ausência dos requisitos necessários, da constatação e por fim do nexo de causalidade. Nesse sentido não se configura a perda de uma chance no caso em questão. Ausentes tanto a culpa ou dolo do(a) advogado(a), quanto a dor, sofrimento, vexame, humilhação entre outros experimentados pela vítima não há em que se falar em reparação a título de perda de uma chance, pois inexistente a presença do nexo de causalidade. Diante disso, a condenação na sentença fixará o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios pela parte autora num percentual sobre o valor da causa em cada caso em concreto. Insatisfeita a parte autora interpõe recurso, que ao ser analisado em segunda instância constata-se a ausência do nexo de causalidade, já mencionado na análise do em

primeira instância. Com isso tornar desnecessário abordá-lo novamente. Apelo desprovido, por maioria.

### 3.3.3 Apelação Cível Nº. 021.08.002187-2.

**Tribunal:** Tribunal de Justiça do ES  
**APELAÇÃO CÍVEL Nº. 021.08.002187-2.**  
**Relator :** CARLOS ROBERTO MIGNONE  
**Orgão Julgador:** QUARTA CÂMARA CÍVEL  
**Decisão:** Acórdão  
**Data do Julgamento:** 25/07/2012  
**SIMÕES PASSOS.**  
**APDO(S):** NILCEIA PESTANA DA SILVA MEDEIROS.  
**RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS ROBERTO MIGNONE.**

#### **ACÓRDÃO**

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS E IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RECONVENCIONAL DE DANOS MORAIS. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA. MÉRITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. REVOGAÇÃO TÁCITA DO MANDATO DESCARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 44 E 45 DO CPC. ABANDONO DA CAUSA E VIOLAÇÃO À LEALDADE E BOA-FÉ CONTRATUAIS DEMONSTRADOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. DANO MATERIAL REVISTO CONFORME CRITÉRIO DO REAL GRAU DE PROBABILIDADE DE SUCESSO DA DEMANDA. MORAL REVISTOS CONSOANTE POSTULADO DA RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (ESPÍRITO SANTO, 2012).**

Em primeira instância a ação indenizatória por danos materiais e morais foi julgada como improcedente em relação aos danos morais em pedido reconvencional. Nota-se, aqui a negligência constatada do advogado ora contratado, que não interpôs o recurso cabível configurando assim o nexó de causalidade. Contudo a sentença em primeira instância condenou o apelante no pagamento de danos materiais no valor de 30% (trinta por cento) do valor da execução aproximadamente R\$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) e danos morais no importe de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Proferida a sentença houve a interposição de recurso. A mera identificação de uma conduta contrária ao direito, não é suficiente para pretensão

reparatória, por ser sua atuação uma obrigação de meio, e não de resultado favorável, fato contrário se o advogado atuar como dolo ou culpa. Isso tudo refere a probabilidades reais de chances de sucesso na ação ajuizada. Diante da aplicação da teoria ora analisada condeno o apelado ao valor a título de indenização de danos materiais em R\$1.534,17 (hum mil e quinhentos e trinta quatro reais e dezessete centavos), ao contrário disso fixo o valor da indenização a título de danos morais em R\$3.000,00 (três mil reais). Recurso reconhecido e parcialmente provido.

Os efeitos e aplicações da teoria objeto de estudo nos julgados nas esferas jurídicas brasileiras ampliam e asseguram através do amparo da responsabilidade civil a eficácia das possíveis reparações das chances perdidas nos casos concretos.

Portanto, ao analisar a teoria ora estudada nos julgados leva-nos ao entendimento que ao empregá-la a possibilidade de reparação dos prejuízos é ampliada no meio jurídico considerando sua relevância social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se notar que para obtenção de uma reparação pleiteada em relação à perda de uma chance, a configuração do dano experimentado pela vítima deverá ser séria e real, quando se caracteriza a prática do ato ilícito pelo ofensor.

A perda de uma chance deverá ser fundamentada nos julgados já consolidados, usando a responsabilidade civil como ancoradouro, esta tida como indispensável no ordenamento jurídico pátrio, não deixando de mencionar que além de basear se assemelhou aos casos concretos já consolidados nos ordenamentos estrangeiros, principalmente nos ordenamentos da França e Itália dentre outros, visando alcançar uma solução mais próxima possível da realidade, no que diz respeito aos valores a serem indenizados a vítima.

Na modalidade clássica o ato ilícito ocorrido interromperá o processo aleatório em si, privando a vítima de obter ao final do mesmo uma vantagem posterior em relação a perda de uma chance. Com isso todos os envolvidos ficarão sem saber se o mesmo viria ou não a se concretizar.

Por outro lado, a modalidade da perda da chance no sentido de evitar um prejuízo não interrompe o curso do processo aleatório, tendo em vista a conduta culposa do ofensor, a qual acarretará o dano a vítima.

Em ambas as modalidades o dano final praticado pelo agente responsável seria impossibilitar sua responsabilização, haja vista que aquele poderia ocorrer independente de sua conduta. Observa-se, então que a perda de uma chance séria e real, quando constatada, configura o dano, sendo que este não se atrela ao resultado final, e se baseia apenas na certeza de sua ocorrência devido ao nexo de causalidade entre o ato ilícito e o prejuízo sofrido pela vítima.

A natureza do dano final quando existir a possibilidade de reparação pela perda de uma chance, ora será patrimonial, ora extrapatrimonial. Isso levará a reparação das chances perdidas pelo valor o mais próximo possível dos prejuízos sofridos pela vítima. A aplicação e os efeitos das duas modalidades já citadas conduzem a uma melhor compreensão de seus empregos, na qual o instituto da responsabilidade civil é indispensável nos julgados passíveis de reparação, quando a perda de uma chance é tida como séria e real e sua constatação se efetiva pelo nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e as chances perdidas pela vítima.

Estando constatado o nexo de causalidade em relação a perda de uma chance, buscou-se o fundamento para a reparação da mesma quantificando-se o dano ocorrido, cujo valor a ser reparado será inferior ao valor da vantagem final pleiteada. A quantificação é usada nas esferas jurídicas brasileiras pelos magistrados, considerando a probabilidade, para que os mesmos relacione o valor pretendido pela vítima e o montante da reparação devida a constatação da perda de uma séria e real. Com isso os magistrados auferem os valores da condenação o mais próximo possível da reparação dos prejuízos sofridos pela vítima. Em certos casos os magistrados usam de perícias técnicas como suporte para quantificarem melhores os valores a serem reparados pelos danos ocorridos.

Nesse sentido pode observar que a aplicação do instituto quando se tem constatada a perda de uma chance no meio jurídico ainda se encontra dificuldade de mensurar os valores de forma justa na devida reparação, mesmo com isso não há questionamento pela chance perdida do dever de repará-la.

No Brasil, apesar do avanço e emprego favorável do instituto em relação à perda de uma chance pela maioria dos doutrinadores e das jurisprudências, nota-se que o referido instituto carece de um tratamento mais sério e cuidadoso, fato este indispensável para que o mesmo seja seguro e sustentável quando aplicado. Perceberá que a aplicabilidade do instituto já citado encontra em grau de desenvolvimento superior quando aplicado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, já não ocorrendo o mesmo nos Tribunais de Justiça, onde as dificuldades nos julgados levam a erros frequentes devido a confusões ao aplicá-lo. Os erros são mais comuns quando a reparação se relaciona com lucros cessantes e a aplicação apenas com se fosse o dano configurado como extrapatrimonial.

Enfim, o trabalho desenvolvido procurou elucidar a aplicabilidade e efeitos da teoria da perda de uma chance respaldada no instituto da responsabilidade civil, de forma a ampliar seu entendimento, não deixando de mencionar que a mesma necessita de constantes estudos sistemáticos, objetivando uma maior segurança e eficácia nos julgados ao aplicá-la no meio jurídico, fato devido a sua relevância social.

## REFERÊNCIAS

AITA, R.A.. *A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Brasil*. Trabalho de conclusão de curso . Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário com agravo. ARE 675078 MG, rel Ministro Cezar Peluso. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22023143/recurso-extraordinario-com-agravo-are-675078-mg-stf>. Acesso em: 22 de junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário com agravo. ARE 767787 SP, rel Ministro Roberto Barroso. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24795136/recurso-extraordinario-com-agravo-are-767787-sp-stf>. Acesso em: 22 de junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial*. 3ª Turma, AgRg no AREsp 81821 RS 2011/0200523-8, rel Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24920836/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-are-81821-rs-2011-0200523-8-stj>. Acesso em: 22 de junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial*. 3ª Turma, REsp 1383437SP 2012/0079391-7, rel Ministro Sidnei Beneti. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24156914/recurso-especial-resp-1383437-sp-2012-0079391-7-stj>. Acesso em: 22 de junho de 2014.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Apelação cível nº 021080021872*. 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Roberto Mignome. Disponível em: <http://www.tj.es.gov.br/>. Acesso em: 07 de dezembro de 2013.

FACCHINI NETO, E., LUCAS, L. M. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: Análise de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro a partir de um estudo comparado. IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação PUCRS*, Rio Grande do Sul, 570- 572, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação cível nº 1071312002595-0/001*. 12ª Câmara Cível. Relator: Des. Domingos Coelho. 20 out. 2014. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/>. Acesso em: 29 de outubro de 2014.

PAMPLONA FILHO, R., GACLIANO, P. S. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil* 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PODESTÁ, F. H. *Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Apelação cível nº 70055913537*. 16ª Câmara Cível. Relator: Des. Paulo Sérgio Scarparo. 26 nov. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 07 de dezembro de 2013.

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

SILVA, R. P. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, S. M. da. A perda de uma chance civilmente reparável. *Revista da Unicorp*, Salvador, 2010.

TEIXEIRA, D. A. Teoria da Perda de uma Chance: A possibilidade de indenização diante de diagnósticos médicos imprecisos. *Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro . EMERJ, 2012.