

PAULO HENRIQUE MARTINS FERREIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

CURSO DE DIREITO – UNIVERSIDADE EVANGÉLICA DE GOIÁS

2021

PAULO HENRIQUE MARTINS FERREIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da Universidade Evangélica de Goiás - UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da professora M.e Ana Paula Mendonça Ferreira Russo.

PAULO HENRIQUE MARTINS FERREIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Anápolis, ____ de _____ de 2021.

Banca examinadora

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de abordar sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance. A metodologia utilizada foi a de compilação bibliográfica, abrangendo tanto livros quanto artigos publicados. Desta forma, ele encontra-se dividido didaticamente em três capítulos. O primeiro capítulo aborda acerca da responsabilidade civil, dispondo sobre seu conceito, os pressupostos necessários e as suas espécies. O segundo capítulo encarrega-se de apresentar a teoria da perda de uma chance, partindo de sua origem histórica, requisitos e diferença entre os demais danos. Por fim, o terceiro capítulo trata da perda de uma chance como uma nova categoria de danos, dispondo acerca do parâmetro de quantificação, análise da jurisprudência pátria e a sua aplicação no Direito do Trabalho. Assim sendo, pode-se perceber que a teoria da perda de uma chance é um instituto importante para o ordenamento jurídico brasileiro e possibilita a indenização por uma chance perdida que poderia mudar o final de algum fato.

Palavras chave: Teoria da Perda de Uma Chance. Responsabilidade Civil, Categoria de Danos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL	03
1.1 Conceito	03
1.2 Pressupostos	05
1.3 Espécies	08
CAPÍTULO II – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	12
2.1 Origem histórica	12
2.2 Requisitos	15
2.3 Diferença dos demais danos	17
CAPÍTULO III – PERDA DE UMA CHANCE COMO UMA NOVA CATEGORIA DE DANOS	21
3.1 Parâmetro de quantificação.....	21
3.2 Análise jurisprudencial.....	23
3.3 A perda de uma chance no Direito do Trabalho	27
CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico aborda acerca da responsabilização civil em decorrência da teoria da perda de uma chance. Enfatizam-se pesquisas realizadas, por meio de compilação bibliográfica, bem como jurisprudências e normas do sistema jurídico brasileiro. Assim, pondera-se que, este trabalho foi sistematizado de forma didática em três partes.

O primeiro capítulo aborda acerca do instituto da responsabilidade civil, dispondo sobre seu conceito, pressupostos para sua aplicação e espécies de responsabilização.

O segundo capítulo dispõe sobre a teoria da perda de uma chance, apresentando sua origem histórica e requisitos, bem como a sua diferença em relação aos demais danos apresentados no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo aborda sobre a perda de uma chance como uma nova categoria de danos, apresentando o parâmetro de quantificação, a posição da jurisprudência e a perda de uma chance aplicada ao Direito do Trabalho.

A metodologia utilizada no presente trabalho é a de compilação bibliográfica, abordando sobre livros, artigos, doutrinas e jurisprudências que abordam o tema. A partir do momento em que se busca a indenização por uma chance perdida, surgem indagações acerca da real possibilidade dessa indenização acontecer. Não são em todos os casos que é cabível a obrigação de indenizar, porém deve-se observar cada particularidade do caso concreto e enxergar a verdadeira perda da chance. Sendo assim, justifica-se este devido à grande importância da teoria da perda de uma chance, sua aplicação e se é considerada como uma nova categoria de danos.

Assim a presente monografia busca realizar um estudo atual e completo sobre o tema e os seus principais nuances, sempre tendo como base a melhor

doutrina e a melhor jurisprudência, apontando os principais pontos e direcionando o tema para uma melhor compreensão.

CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente capítulo apresenta o instituto da responsabilidade civil, dispendo acerca de seu conceito, pressupostos e espécies. É um dos institutos mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro. Vale dizer que a responsabilidade civil decorre de uma série de fatores, sendo que deve haver um dano, um nexo causal, dolo ou culpa e a comprovação do dano.

1.1 Conceito

O instituto da responsabilidade civil é um dos mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que consiste na “efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma” (PEREIRA, 2011, p.8). ou seja, a responsabilidade civil nada mais é que responsabilizar alguém por algum evento danoso que possa ter causado a outrem.

A responsabilidade de forma geral possui o intuito de reestabelecer o equilíbrio moral e patrimonial daquele que foi prejudicado. Diante disso, é possível perceber que há mais de um tipo de responsabilidade e no trabalho em questão será tratado acerca da responsabilidade civil. Esta se caracteriza principalmente por gerar o dever de indenizar, gerado por um evento danoso. Maria Helena Diniz (2013) assegura que o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou o da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, através de uma reconstituição natural.

A sociedade evolui com o passar dos tempos e, com isso, a responsabilização civil também evolui no mesmo compasso. Desta feita, o conceito de responsabilidade civil foi construído conforme a evolução das normas jurídicas.

A responsabilização civil e penal não podem ser confundidas, tendo em vista que uma visa reparar o dano e a outra punir o ato que causa o dano. A saber:

A reparação representa meio indireto de desenvolver-se o equilíbrio as relações privadas, obrigando-se o responsável a agir, ou a dispor de seu patrimônio para a satisfação do direito dos prejudicados. Já a pena corresponde a submissão pessoal e física do agente, para a restauração da normalidade social violada com o delito, pois o “princípio que governa toda essa matéria é o do *neminem laedere* – um dos princípios gerais do direito – consoante o qual a ninguém se deve lesar, cujos efeitos em concreto se espraiam pelos dois citados planos, em função do interesse violado (de pessoa, ou de pessoas, de um lado; da sociedade ou da coletividade, de outro) e conforme a técnica própria dos ramos do direito que a regem, a saber: a) Direito civil (para as violações privadas) e b) o Direito penal (para a repressão pública) (BITTAR, 2015, p. 27).

Desta feita, a responsabilidade reserva o patrimônio econômico, enquanto que a penal pune o evento danoso. A responsabilidade civil consiste na aplicação de medidas que façam alguém reparar o dano causado, seja material ou patrimonial. Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 3) dispõe que “como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. [...] ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente”.

No mesmo sentido, Caroline Doelle (2019, *online*), conceitua a responsabilidade civil: “A responsabilidade civil é toda ação ou omissão que gera violação de uma norma jurídica legal ou contratual. Assim, nasce uma obrigação de reparar o ato danoso. [...] a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que se originou da violação de dever jurídico originário”.

Outra característica da Responsabilidade Civil é que ela possui natureza compensatória, buscando o equilíbrio patrimonial ou moral, responsabilizando da melhor forma o ofensor, possibilitando que ele repense seus atos e não cometa mais o mesmo ilícito.

Rui Stoco dispõe que a responsabilidade civil vem da palavra *respondere*, do latim ou “responder”, por algo que realizou, pelo dano que causou. Responder por seus atos faz com que “a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana” (2007, p.114).

O Código Civil de 2002 dispõe claramente em seu artigo 927 que todo aquele que causar dano a qualquer pessoa que seja, é obrigado à repará-lo. O Parágrafo Único ainda dispõe que a obrigação de reparar o dano é independente da culpa, em casos específicos abordados pela lei ou quando o ato causar risco aos direitos de outras pessoas.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021, p.98)

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). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

Corroborando com o artigo 927 do Código Civil, tem-se o artigo 186, que dispõe que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002, *online*).

Desta forma, é possível concluir que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a outrem, na forma da lei, por uma conduta culposa ou dolosa. A regra geral para a responsabilização civil é que deve haver um problema que causou algum dano e esse deve ser resolvido de forma a reparar o dano causado. Cabe salientar que nem sempre o dano causado à vítima será de cunho material, podendo esta se dar de forma moral, ou seja, qualquer situação que prejudique a moral de outrem deve ser indenizada. Desta forma, priza-se pela restauração do equilíbrio causado pelo dano.

1.2 Pressupostos

Para que haja a responsabilização civil de algum agente, é necessário observar alguns pressupostos. Em conformidade com o artigo 186 do Código Civil, tem-se que a pessoa que por ação, omissão, negligência ou imperícia, gerar dano a

outra pessoa ou violar algum de seus direitos, mesmo que de forma moral, comete ato ilícito e deve repará-lo, conforme artigo 187, também do Código Civil (BRASIL, 2002).

Os pressupostos para a reparação e responsabilização civil são diferentes para alguns doutrinadores, mas é necessário enfatizar que existe a responsabilidade subjetiva e objetiva, responsabilidades que serão tratadas mais a fundo no próximo tópico. Vale dizer que a responsabilidade subjetiva possui quatro exigências até que se chegue a efetiva responsabilização, quais sejam: a) existir um dano que viole direito ou patrimônio de alguém, na forma culposa; b) haver dolo ou culpa; c) existência de nexos causal entre o fato e o dano; d) comprovação do dano, a fim de indenizar. Já a responsabilidade objetiva, possui estes mesmos pontos, com exceção da culpa, uma vez que é necessário indenizar caso haja algum dano. (GONÇALVES, 2021).

De acordo com Maria Helena Diniz (2013) são necessários os seguintes pressupostos: ação comissiva ou omissiva, ocorrência de dano moral ou patrimonial e; nexos causal entre o dano e a ação danosa. A conduta do agente é um ponto importante para a responsabilização, tendo em vista que elenca o primeiro pressuposto apontado pela autora. Quando a conduta surte efeitos jurídicos, demonstra a relevância do direito.

Carlos Roberto Gonçalves (2010) dispõe especificamente sobre o dano, conceituando como a subtração ou diminuição de um bem jurídico, independente de sua natureza, que seja um bem patrimonial. Em resumo, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Outro elemento que compõe a responsabilidade civil é a culpa, definida por Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 315)

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil.

Maria Helena Diniz (2013, p. 58) ainda corrobora ao dizer que “a culpa em sentido amplo [...] compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever”.

De acordo com o Código Civil, a regra é a responsabilidade civil subjetiva, uma vez que a vítima deverá comprovar que houve um evento danoso e o nexo causal entre ele e o ato praticado pela pessoa. Em relação ao dano, este é considerado como o principal elemento para que haja a responsabilização civil. Desta forma, sem haver o dano, não há o dever de indenizar, não havendo responsabilidade.

O nexo causal entre a ação do autor e o dano da vítima mostra que o autor do fato somente será responsabilizado se a sua ação lesar a vítima. É baseado no vínculo existente entre a conduta e o dano causado à vítima. Desta forma, Maria Helena Diniz (2013, p. 129) dispõe que,

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.

A autora ainda dispõe acerca da ação comissiva ou omissiva do agente, sendo que se esta pode ser apresentada como atitude lícita ou ilícita, uma vez que com a culpa sendo requisito para a responsabilidade, juntam-se as atividades de risco. Um exemplo claro acerca disso é o de o patrão dever indenizar o seu empregado por um acidente sofrido, mesmo que não tenha praticado atitude ilícita para com ele. Assim, “a obrigação de indenizar o dano causado a outrem pode advir de determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido qualquer ato ilícito” (DINIZ, 2013, p. 53).

O dano cometido é de cunho patrimonial ou moral. Considera-se dano patrimonial quando afeta o patrimônio ou o interesse patrimonial da vítima. Existe um ato que fere algum dos bens materiais, podendo lesar efetivamente ou se não gerar dano que lese um lucro que possivelmente a vítima teria.

Já no que diz respeito ao dano moral, Maria Helena Diniz (2013), assevera que deverá identificar o princípio da razoabilidade, aplicando-se a moderação. Deve-

se considerar as circunstâncias do fato e a repercussão que ele gera, sendo que o quantum do dano moral não deve se basear apenas na matemática, mas sim agir com justiça, de forma que indenize a vítima e puna o responsabilizado da medida correta.

A autora ainda dispõe que o ato humano, comissivo ou omissivo, lícito ou não, do próprio agente ou de terceiro, que leve a causar danos a outrem, deve ser indenizado pois “[...] a responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, (...) principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos” (DINIZ, 2013, p. 12).

Quando se trata do nexo causal, este poderá ser extinto por 4 motivos: 1) culpa exclusiva da vítima; 2) culpa de terceiro; 3) força maior ou caso fortuito; 4) cláusula de não indenizar. Ocorre que nos casos de caso fortuito e força maior somente excluirão o nexo causal se o fato gerador não tiver sido dado em decorrência do ato praticado. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 29): “a responsabilidade é necessariamente uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. A obrigação preexistente é a verdadeira fonte da responsabilidade”.

No que tange à culpa, esta pode ser: a) *in eligendo*: má escolha do representante; b) *in vigilando*: ausência de fiscalização; c) *in comittendo*: decorrente de um ato positivo; d) *in omittendo*: omissão; e) *in custodiendo*: falta de cuidados com o objeto. Assim, quando houver o dano, deve-se observar se houve ação ou omissão do agente, a relação com o nexo de causalidade e a obrigação em indenizar a vítima (GONÇALVES, 2021).

1.3 Espécies

Ao contrário do que todos pensam, a responsabilidade civil possui seis espécies, não apenas a objetiva e subjetiva. Aborda ainda as responsabilidades pré-contratual, contratual, pós-contratual e extracontratual.

A responsabilidade subjetiva possui algumas diferenças com a objetiva, sendo que elas possuem a mesma função de indenizar e reparar o dano causado. A diferença é que uma aponta a existência de culpa e a outra não, através do dano causado à vítima, sendo um ilícito o seu fato gerador (TARTUCE, 2014).

Portanto, para que determinada pessoa seja obrigada a compensar o prejuízo ocasionado a outrem, por sua atitude, é necessário que esta se apresente em estado de plena consciência, ou seja, que tenha sido intencional, caracterizando, com isso, o dolo; ou mesmo, que esta pessoa tenha descumprido seu dever de *pater familiae*, agindo, então, com negligência, imprudência e imperícia (culpa). Todavia, se o dano não tiver emanado de uma atitude dolosa (culpa *lato senso*) ou culposa (culpa em sentido estrito) do agente, compete à vítima suportar os prejuízos, como se tivessem sido causados em virtude de caso fortuito ou força maior (OLIVEIRA, 2009, p. 29).

Já a responsabilidade objetiva, não possui uma ação ilícita como fato gerador, mas sim lícita porém que possa gerar perigo a outro alguém. Nesta modalidade de responsabilidade, predomina a teoria do risco integral, como regra, diferentemente da responsabilidade subjetiva, que tem a teoria da culpa.

A responsabilidade pré-contratual, como o nome diz, é aquela que é caracterizada antes do fechamento do contrato, sendo dividida em duas etapas: a primeira é a discussão do possível contrato e a segunda é caracterizada pelo momento de negociação do contrato. Essa fase pré-contratual é de suma importância, devendo ser observado o artigo 104 do Código Civil, que dispõe: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: (I) Agente capaz; (II) Objeto lícito, possível, determinado ou determinável e (III) Forma prescrita ou não defesa em lei” (BRASIL, 2002, *online*).

Ainda conforme o Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), os artigos 421 e 422 dispõem: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Desta forma, resta evidente a liberdade de decidir por contratar ou não e, caso necessário, haverá responsabilização pelo disposto de forma contrária ao que foi combinado entre as partes. Silvio de Salvo Venosa traz dois aspectos a serem levados em consideração pela responsabilidade pré-contratual, a saber: “a recusa em contratar e o rompimento das negociações preliminares” (2012, p. 15).

No que tange a responsabilidade extracontratual, compreende a prática de um ato ilícito cometido, causando dano a outrem, independentemente de haver algum

contrato celebrado entre as partes. Já a responsabilidade contratual consiste no contrato entabulado entre as partes, porém este deixa de ser cumprido.

A fim de distinguir as duas modalidades de responsabilidade, o Código Civil traz nos artigos 186 e 927 a responsabilidade extracontratual e; nos artigos 389 e 395, o Código Civil dispõe sobre a responsabilidade contratual. Estas se diferenciam ainda na forma de indenizar, dessa forma: (I) do inadimplemento de obrigação negocial ou “*ex lege*” (contratual) e (II) da lesão de direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistia qualquer relação jurídica (extracontratual) (GONÇALVES, 2021, p. 83).

E, por último, a responsabilidade pós-contratual dispõe sobre a responsabilização dos prejuízos que surgirem após a extinção do contrato, independentemente de haver cumprido o contrato ou não. Com as relações contratuais que se são feitas na sociedade, a responsabilidade pós-contratual possui grande importância e aplicabilidade, tendo em vista que “resulta do inadimplemento de deveres acessórios de proteção, lealdade e informações que permanecem após a conclusão ou extinção do contrato entre as partes” (LOPES, 2006, p. 9).

A responsabilidade civil ainda pode ser vista no Código de Defesa do Consumidor, Nas relações de consumo, a responsabilidade é objetiva, não necessitando da comprovação de culpa ou dolo para haver o dever de indenizar:

Antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, os riscos do consumo corria por conta do consumidor. Falava-se até na aventura do consumo, porque consumir, em muitos casos, era realmente uma aventura. O fornecedor se limitava a fazer a chamada oferta inocente, e o consumidor, se quisesse, que assumisse os riscos dos produtos consumidos. Não havia legislação eficiente para proteger os consumidores contra os riscos do consumo, pelo contrário, havia inúmeros obstáculos jurídicos para se chegar à responsabilização do fornecedor. Ele só respondia por culpa, e culpa provada, e esta era uma espécie de couraça que tornava o fornecedor irresponsável. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 512-513)

Neste sentido, Flávio Tartuce (2014, p. 28) dispõe que “há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém [...] por dano não causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém algum tipo

de relação jurídica”. Fica claro que em casos como esse, configura-se a responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é ignorado, mas é presumido, em tendo em vista o dever geral de vigilância a que esta obrigado o réu.

Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 15) ainda dispõe acerca da responsabilidade civil:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é a consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistam qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Como mencionado anteriormente, existe a responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Entende-se por objetiva aquela que prescinde da culpa e é satisfeita pelo dano e nexos causal, ou seja, independe da culpa. E a responsabilidade subjetiva é aquela que possui a necessidade de demonstração da culpa do ofensor. No Brasil, as duas responsabilidades são aplicadas, porém a regra é a responsabilidade subjetiva.

Desta forma, fica evidente que o instituto da responsabilidade civil pode estar presente na maioria dos casos, como por exemplo, direito consumerista, direito civil em geral e até mesmo no direito penal. Desta forma, evidencia-se que referido instituto é de suma importância para o ordenamento jurídico pátrio, definindo pontuações que são necessárias e de resolução fácil, intermediária ou difícil.

É definida como a obrigação de reparar o dano causado a outrem, material ou imaterial. Deve haver a culpa, em regra, porém esta não é de tudo essencial, tendo em vista que em alguns casos existe a obrigação de indenizar, mesmo sem a culpa do agente, existindo o nexos causal entre o ato praticado e o dano.

CAPÍTULO II – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

O presente capítulo se encarrega de apresentar a teoria da perda de uma chance, a partir de sua origem histórica e seus requisitos. Ainda, o presente capítulo aborda sobre a diferença dos demais danos, como por exemplo, o dano moral e material relacionado à teoria e em relação também aos lucros cessantes e danos emergentes. Como o próprio nome já diz, a teoria da perda de uma chance consiste na perda de uma oportunidade e que a partir dela, aquele que a perdeu tem a chance de ser indenizado por isso. Ou seja, nada mais é do que a chance de ser recompensado por uma perda que teve em decorrência de uma conduta lesiva.

2.1 Origem histórica

Como mencionado anteriormente, a teoria da perda de uma chance se dá em decorrência de uma chance que alguém poderia ter de obter vantagem ou de não sofrer prejuízo e a perde em virtude de ato ou omissão de outrem. Com seu surgimento na França, a teoria da perda de uma chance é aplicada "para a reparação civil do dano, no âmbito da responsabilidade civil, quando a ação de alguém (responsável pela ação ou omissão, objetiva ou subjetivamente) elimina a oportunidade de outrem, que se encontrava na situação de, provavelmente, obter uma vantagem ou evitar um prejuízo" (AGUIAR JÚNIOR, 2018, p. 469).

A teoria da perda de uma chance surge no século XIX, a partir de uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que decide indenizar o autor por uma atuação de um oficial de justiça que o fez perder as chances de finalizar o seu procedimento. Outro caso que também foi determinante para a instalação de referida

teoria é o de uma modelo que se encontrava entre as 50 finalistas de um concurso de beleza e o réu a impediu de participar da parte final do concurso e, segundo os nobres julgadores, ela teria 25% de ganhar algum dos 12 prêmios. Este último caso está incluso no sistema da *common Law*.

Mesmo sendo iniciada a sua aplicação no século XIX, novo caso que abordou a teoria da perda de uma chance foi apenas em 1964, sendo um caso mais complexo, tendo em vista que se tratava de um caso envolvendo medicina. Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum disserta de forma mais detalhada sobre o caso, a saber:

O julgado que inaugurou a jurisprudência francesa adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17/7/1964, sobre fato ocorrido no ano de 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves consequências (invalidez) do menor não se podia estabelecer de modo preciso um nexó de causalidade. A Corte de Cassação assentou que: 'Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade'. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma 'chance' de agir de modo diverso - e condenou-o a uma indenização de 65.000 francos. (SCHONBLUM, 2009, p. 94)

Para que se identificasse a perda de uma chance para alguém era necessário que se tivesse o nexó causal, porém no caso supramencionado, por se tratar de questão médica, ficou difícil de identificá-lo. Desta forma, com o julgado da Corte de Cassação, passou a valer a ordem de que quando não há a possibilidade de identificação do nexó causal, deve-se observar se há chances de uma das partes auferir vantagem ou deixar de tomar alguma atitude em que pudesse ter tomado e isso vier lesar o outro.

A partir do julgamento deste casos, outras decisões passaram a ser tomadas, baseadas nesta decisão. Em 1969 teve outro caso que envolvia a medicina aplicou-se a teoria da perda de uma chance. Neste caso havia um paciente com apendicite que veio a falecer em decorrência de um procedimento cirúrgico, porém ele não havia realizado exames prévios para que os médicos pudessem analisar o seu quadro real de saúde. Por não solicitarem os exames, a Corte entendeu que ele

perdeu a sua chance de sobreviver, tendo em vista que se tivessem feito, ele poderia até se submeter a cirurgia, mas com os olhares médicos mais claros (SILVA, 2013).

Em defesa da adoção da teoria da perda de uma chance na seara médica, tem-se como principal argumento o caráter pedagógico (deterrence) que deve desempenhar a responsabilidade civil, isto é, o dever de indenizar o dano causado deve desmotivar o agente, bem como toda a sociedade, de cometer novamente o mesmo ato ofensivo. A não adoção da teoria da perda de uma chance permitiria que os profissionais da área da saúde tivessem pouco cuidado com pacientes terminais ou com poucas chances de vida. Esta situação é facilmente explicável, pois enorme seria a dificuldade de provar o nexo de causalidade certo e direto entre a falha médica ou hospitalar e a morte do paciente, já que este, muito provavelmente, morreria pela evolução endógena da doença, mesmo com uma conduta médica exemplar. Assim, a falha médica não se caracterizaria como uma condição necessária para o surgimento do dano (SILVA, 2013, p. 242).

Vale ressaltar que o início da aplicação da teoria da perda de uma chance foi aplicada em relação às omissões médicas, porém nos anos subsequentes vários outros temas foram abrangidos por ela: jogos de azar, atuação má realizada de advogado, falha no dever de informar, entre outros. Um caso que chama a atenção ao abordar o tema é de uma viúva requerer do responsável pela morte de seu marido, a indenização. Segundo ela, seu marido poderia ter lhe proporcionado melhores condições de vida, se não tivesse sua vida interrompida pelo outro. Assim, a Corte decidiu por indenizá-la (SILVA, 2013).

Por fim, um caso em que foi pedida a aplicação da teoria da perda de uma chance, mas que não coube a indenização foi a de um cliente que ingressou com ação contra seu advogado, tendo em vista que este perdeu o prazo prescricional para ingressar com uma ação a qual eles tinham acordado. Ocorre que ao analisar o caso e analisar as provas as quais seriam usadas para dar entrada no outro processo, a Corte entendeu que as provas eram insuficientes para o autor ganhar a ação, então o advogado não teve que indenizá-lo (SILVA, 2013).

Desta forma, percebe-se que a teoria da perda de uma chance abriu leques para decisões dos Tribunais em decidirem sobre os direitos que foram tirados das pessoas e fizeram com que elas perdessem uma oportunidade de melhorar ou de não atrapalhar sua vida.

2.2 Requisitos

Para que se observe em um caso se deve ou não se aplicar a teoria da perda de uma chance é necessário observar alguns requisitos que foram impostos pelos tribunais para que se identificasse a obrigação de indenizar de uma forma mais fácil. Existem alguns institutos que aplicam a teoria da perda de uma chance mas não devem ser confundidos com ela, como por exemplo os lucros cessantes e os danos emergentes.

Por exemplo, em caso de lucros cessantes, seria necessário que a parte lesada apresentasse comprovações de que ela realmente obteria lucro caso não tivesse perdido a sua oportunidade. É o caso de uma construtora que adquire um lote frente à imobiliária para construir duas casas com o intuito de venda e, consegue a liberação do uso do solo frente à prefeitura de sua cidade e, após a devida autorização, tem a sua obra embargada por possuir uma mina d'água em seu terreno. Veja que existem dois erros: o da imobiliária em não informar que não poderia construir e o da prefeitura em autorizar a construção e depois embargá-la. Desta forma, como haveria a venda dos imóveis que seriam construídos, há a aplicação da teoria da perda de uma chance pelos lucros cessantes.

No caso mencionado ainda é possível aplicar a teoria da perda de uma chance pelos danos emergentes, que atuam em conjunto com os lucros cessantes no que tange ao dano material. Seria possível a sua aplicação tendo em vista que a construtora perde o valor aplicado no lote, seja como pagamento ou construção já realizada, pois não pode utilizá-lo para construir. Assim, ela perde o dinheiro aplicado e deixa de ganhar o valor que receberia em função da venda das casas. Assim o “dano emergente é o prejuízo efetivamente experimentado pela vítima, que importa em uma redução patrimonial, os lucros cessantes, por sua vez, são ganhos que a vítima deixa de auferir, na qual impedem o aumento de seu patrimônio” (DONIZETTI, 2017, p. 410).

Quando a teoria está ligada ao dano moral, trata-se de algo desnecessário, uma vez que a teoria da perda de uma chance trata de perdas patrimoniais e extrapatrimoniais, ou seja, no dano moral tem-se a violação da personalidade, enquanto a teoria aplica os danos de forma “material”. Desta forma, ao identificar que o dano é autônomo, o magistrado deverá se atentar às provas do caso concreto para tomar a sua decisão. Desta forma, deve-se reparar os seguintes critérios:

a) Se as chances são sérias e reais, não incluindo meras expectativas, “para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva”. b) A questão da probabilidade, onde será verificada, de acordo com regras de estatísticas, percentuais maiores ou menores de probabilidade que a vítima teria em alcançar a chance perdida. Segundo Sérgio Savi, “somente será possível indenizar a chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50%”. c) Quantificação das chances perdidas, em que prescreve como regra fundamental, que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. (SAVI, 2012).

Desta forma, referidos requisitos devem ser observados quando o dano for autônomo, tendo em vista que os demais institutos possuem forma de atuação própria. Assim, deve-se observar o critério da probabilidade, observando as porcentagens de ganho ou de perda a fim de tornar a decisão o mais justa possível. É possível perceber que a teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil sempre andarão juntas, pois ambas buscam pela reparação do dano causado. Da mesma forma que na teoria da perda de uma chance, a responsabilidade civil possui elementos para sua caracterização e esses elementos são a base da teoria. São eles: a conduta do agente; o dano; o nexo causal entre a conduta do agente e o dano e; na responsabilidade objetiva, a culpa ou dolo (BRAGA NETTO, 2017).

Para que se configure a responsabilidade civil pela perda de uma chance é necessário observar a proporcionalidade de ganho. Neste sentido, Maria Helena Diniz assevera: “ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa. Ter-se-á ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico” (2011, p. 37).

A teoria da perda de uma chance é baseada em uma injustiça e desta forma Sérgio Savi dispõe: “A Responsabilidade Civil focada no dano injusto permite, portanto, que as situações objetivas sejam analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como ocorria antes da interpretação dos institutos de Direito Civil à luz da Constituição” (SAVI, 2012, p. 119).

Assim, conclui-se que não é a vantagem perdida que deve ser indenizada, mas sim a perda da chance de obter uma vantagem. O ordenamento jurídico brasileiro

impõe que se observem os motivos que levem a acreditar na perda de uma chance, e assim “Código Civil(...) transpôs para o ordenamento jurídico brasileiro um sistema de responsabilidade civil muito parecido com os sistemas francês e italiano. Isto porque o Código Civil brasileiro estabelece, em seu art. 186, uma cláusula geral de responsabilidade civil”. (SAVI, 2012, p. 104)

Silvio Venosa (2010, p. 12) assevera que o dano “pode ser compreendido como toda ofensa e diminuição de patrimônio. Não há como darmos um conceito unitário de dano, tendo em vista inúmeros matizes que o vocábulo abrange”. Resumindo, o dano que realmente trata a responsabilidade civil é aquele que traz um prejuízo para a parte que causou o dano. O autor ainda dispõe que para que ocorra o dever de indenizar não basta um ato ou conduta ilícita e o nexo causal; é preciso que tenha repercussão patrimonial negativa material ou imaterial no acervo de bens, no patrimônio, de quem reclama.

2.3 Diferença dos demais danos

O maior expositor do tema em questão é Sérgio Savi, que aborda a teoria da perda de uma chance de forma mais clara e concisa. Ele dispõe sobre a perda de uma chance relacionada aos danos emergentes da seguinte maneira:

Ao se inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado, (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial). [...] Assim, não se concede indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir essa vantagem. Isto é, faz-se uma distinção entre resultado perdido e chance de consegui-lo. Ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra da certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo (SAVI, 2012, p. 57)

Com esse pensamento de Sérgio Savi chega-se à conclusão de que deve ser demonstrada a intenção para que se caracterize a aplicação da teoria, assim, demonstrado o dano, indeniza-se a vítima do dano. A perda de uma chance atinge

tanto bens patrimoniais como extrapatrimoniais, podendo cumular os dois. Ao relacionar os danos emergentes com os lucros cessantes tem-se que “o estreitamento da classificação do dano emergente e do lucro cessante em, apenas, subespécies de dano patrimonial é uma restrição de todo inaceitável, pois é possível estendê-las a várias hipóteses de dano moral” (SAVI, 2012, p. 60).

Nessa mesma linha de raciocínio, distingue-se dano patrimonial de dano moral dispondo que “tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de uma ofensa à bem material” (HIGA, 2012, p. 52). Assim, é possível perceber que os danos emergentes não são somente aplicáveis ao que se refere aos danos patrimoniais, mas também em extrapatrimoniais e em alguns casos isolados em que a lei o define.

O dano decorrente da perda de uma chance nem sempre, porém, poderá ser qualificado como dano emergente, porque também pode envolver interesses extrapatrimoniais. Exatamente por isso, ao que parece, a perda de uma chance também não pode ser considerada propriamente, um terceiro gênero, ao lado do dano emergente e do lucro cessante, sendo antes uma situação lesiva da qual pode originar um dano patrimonial ou extrapatrimonial, a depender do interesse em jogo (SAVI, 2012, p. 42).

A teoria da perda de uma chance foi motivo de grandes debates e, por isso, o Conselho Nacional de Justiça decidiu levá-la em pauta em uma de suas jornadas. Assim, na V Jornada de Direito Civil, ficou estabelecida no Enunciado 443, em seu artigo 927 que: “A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos” (CNJ, 2012).

Grácia Cristina Moreira Rosário (2008, p. 23) assevera que a perda de uma chance “constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro, tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos”, e assim não se pode saber se a vítima por si mesma teria ou não ganhos, e afins.

Silva dispõe que “O dano da perda de chance, para ser reparável, ainda terá que ser certo, embora consistindo somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo” (2013, p. 42). Como a teoria trabalha com a probabilidade, deve-se analisar a chance em si, não o que poderia ter acontecido somente.

Pode-se afirmar que a chance é a terceira vertente do dano material, ou seja, tem-se o dano emergente, lucro cessante e a chance. É como se a chance fosse um terceiro gênero da indenização.

Ao inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial). Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada. (SAVI, 2012. p. 122)

Nem sempre a perda de uma chance será de dano emergente, uma vez que existem bens extrapatrimoniais que não se encaixam nesta modalidade de dano. O dano deve ser inquestionável, porém deve-se questionar a probabilidade da vantagem ou desvantagem que poderá sofrer pela perda de uma oportunidade.

Conforme o artigo 402 do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. É a partir de então que surge o dano e que ele encaixa com a indenização pela perda de uma chance.

Assim, as chances perdidas devem ser reais e sérias, e poderão ser indenizadas quando estiver constatada a existência do nexos causal entre o ato e a perda da chance, tendo em vista que o Código Civil ao prever cláusula geral de responsabilidade pela indenização de qualquer espécie de danos, inclui a da perda de uma oportunidade.

Vale lembrar que o instituto da indenização não enseja que as partes vão à falência ou se enriqueçam com o valor indenizado. Dessa forma, o que deve

indenizar não pode ir à ruína, bem como o que a recebe não deve se enriquecer com a indenização. Isso segue o que a própria Constituição Federal diz, que deve resguardar a integridade física e moral da pessoa humana.

A vida do homem é feita de oportunidades. Não é à toa que hodiernamente tanto se fala em igualdade material, substancial ou de oportunidades. Muitas vezes, o destino pode ser transformado pela chance de exercer certo direito ou de evitar certo prejuízo. Se um indivíduo tolhe do outro, por meio de violação a um direito, uma oportunidade real de ser ou estar em melhor condição pessoal, nada mais justo ser o ofensor obrigado a reparar essa perda. O poder que uma oportunidade perdida tem, na realidade de uma pessoa, pode chegar ao ponto de determinar o resto dos dias de sua vida, a exemplo hipotético, do caso de um bacharel em Direito que perde a oportunidade de prestar uma prova oral para ingresso na carreira da magistratura por ocasião de atraso de voo em companhia aérea (HIGA, 2012, p. 68).

Várias são as intercorrências que podem ocorrer para com as pessoas, e isso pode gerar danos. Quando esses danos são gerados é necessário analisar o caso concreto minuciosamente e isso fará com que se determine se é caso de indenização ou não. Isso serve para qualquer tipo de indenização, sempre deve-se observar o dano sofrido, quem o causou, o nexo de causalidade e principalmente, analisar o direito que está sendo ferido.

CAPÍTULO III – PERDA DE UMA CHANCE COMO UMA NOVA CATEGORIA DE DANOS

Este capítulo aborda sobre a perda de uma chance como uma nova categoria de danos. Inicia-se com o parâmetro de quantificação, seguindo pelas tendências de aplicabilidade e finalizando com a análise jurisprudencial. A perda de uma chance é muito utilizada na esfera cível, a fim de indenizar uma pessoa que teve uma chance perdida que poderia mudar algum aspecto em sua vida.

3.1 Parâmetro de quantificação

A perda de uma chance possui natureza de dano moral e com isso fica mais difícil de apontar acerca da valoração da indenização a ser paga. Os parâmetros utilizados com o fim de definir a valoração dos danos morais baseados em uma chance perdida são iguais aos utilizados na fixação do dano moral comum. Ocorre que em relação à quantificação feita para danos extrapatrimoniais é mais complicada do que se quantificar um dano moral comum. Assim, o Código Civil foi omissivo no que diz respeito à reparação desta modalidade de dano, sendo que o juiz responsável possui o dever de arbitrar o valor a ser compensado (GONDIM, 2010).

Flávio da Costa Higa assevera que (2012, p. 134): “a quantificação do “dano moral” experimenta certo menoscabo no mundo acadêmico, não porque perdeu importância, mas, justamente, por ter levado à fadiga os juristas, sem que houvesse aquiescência sobre os fundamentos desse tipo de responsabilidade”.

Glenda Gonçalves Gondim (2010), dispõe sobre os principais requisitos para que se fixe o valor a ser indenizado em nos casos de danos que são a análise da extensão do dano, o grau de culpa e questões relativas à capacidade econômica financeira do ofensor e do ofendido, que devem ser razoáveis à chance perdida e não ao resultado final.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 401) dispõe que a indenização gerada com base na extensão do dano e não no grau da culpa, pelo dano moral, faz com que seja necessário observar o grau de culpa que é levado, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima.

No que diz respeito à capacidade financeira, Arnaldo Wald e Bruno Pandori Giancoli (2011, p. 154) asseveram que quando ela é aceita, possui como função evitar que o valor pago à vítima não se torne um enriquecimento ilícito. Assim, reforçam que também deve ser analisada a capacidade financeira do causador do dano, observando-se a melhor forma dele cumprir a prestação fixada pelo magistrado.

Quando da fixação do *quantum* indenizatório do dano moral, o magistrado deve ter plena consciência de que o valor a ser pago não pode ser fonte de lucro, mas deve servir apenas como uma pena para o causador do dano, pois 'pior é doer no bolso'. A indenização deve ser eficaz para que se repare o dano, de forma mais satisfatória que for possível (CAVALIERI FILHO, 2015).

Regina Beatriz Tavares da Silva (2005) conta sobre a perda de uma chance aplicada ao caso do corredor brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, que foi impedido de continuar a corrida, por uma pessoa que entrou na pista de corrida enquanto ele participava de uma competição nos jogos olímpicos de 2004. Ele detinha no momento o primeiro lugar, com 28 segundos de vantagem em relação ao segundo colocado, e faltava percorrer apenas um sétimo da prova, quando aconteceu o fato. Após ser empurrado, o atleta caiu e ficou prejudicado por 8 segundos, sendo ultrapassado por dois competidores e ocupando o terceiro lugar.

Com isso, para se fixar o valor da indenização em decorrência da chance perdida, devem ser analisados os mesmos requisitos necessários para a quantificação do dano moral. Desta feita, vale ressaltar que quando da fixação do valor da

indenização pela perda de uma chance, indeniza-se a chance perdida e não o resultado esperado pela chance.

A extensão do dano é a medida da reparação. De acordo com Nerilo (2016), o dever de reparar está presente no princípio da reparação integral, que nada mais é do que, tentar deixar a vítima, na medida do possível, na situação em que se encontrava anteriormente ao fato danoso.

Desta forma, quem possui o poder de delimitar o valor indenizatório é o juiz, mas, ele não está liberado de apontar os critérios pelos quais chegou à quantificação final. O arbitramento não é necessariamente arbitrário, porque obedece a uma racionalidade que deve estar descrita em sua decisão.

Savi (2009, p.113) dispõe que: “a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização”. Isso significa que é necessário apurar a estimativa a ser paga por essa chance perdida. A quantificação da chance perdida é extremamente importante, uma vez que o próximo passo “é partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Os recursos utilizados para esse feito são a estatística e a probabilidade (os mesmos aplicados para determinar a existência de lucro cessante” (SAVI, 2009, p. 113).

3.2 Análise Jurisprudencial

Neste tópico serão abordadas as tendências de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, dispendo sobre o posicionamento no Tribunal de Justiça de Goiás e nos Tribunais Superiores Em recurso julgado pela 6ª Câmara Cível, foi constatada a perda de uma chance em decorrência de atraso na entrega de documentos à um formando, estes relativos à sua formação e que gerou danos pela não entrega no prazo estipulado. No julgado, a Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis, dispõe que: “Considerando que a demora da ré em encaminhar ao autor o histórico escolar, a certidão de conclusão do curso e o respectivo diploma, atrapalhou o seu registro no conselho de classe competente (CREA-GO), obstando-lhe a ascensão profissional buscada e gerando ainda a perda do emprego que

detinha, resta evidenciada a necessidade de reparação material pela perda de uma chance”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, 2021a, *online*). Assim, o dano moral foi configurado, e a Desembargadora ainda continua o retardo imotivado e prolongado da universidade no encaminhamento de documentação ao universitário do término do curso superior realizado implica a ocorrência de dano extrapatrimonial indenizável.

No caso supramencionado, a universidade ré foi condenada a realizar o pagamento de R\$ 30.000,00 (tinta mil reais) a título de perda de uma chance, acrescido de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pagos a título de dano moral.

Carlos Roberto Gonçalves assevera que a mera possibilidade não é passível de indenização, tendo em vista que a chance deve ser séria e real para ingressar no domínio do dano ressarcível. A teoria da perda de uma chance somente pode ser aplicada aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porque o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra não é indenizável (GONÇALVES, 2021).

Outra ação, que também teve o seu recurso julgado este ano, desta vez originária de Aragarças, foi a que o Desembargador Roberto Horácio de Rezende julgou procedente o pedido do autor, pela perda de uma chance, relacionado a responsabilidade civil do Estado. Trata-se de uma ação que a autora, quando foi tomar posse de cargo público a qual tinha sido aprovada, após solicitar certidão cível, acreditando que sairia negativa, a mesma teve como resultado certidão positiva. Isso custou o seu cargo. Referida certidão foi expedida erroneamente. Assim, o desembargador afirmou

A emissão equivocada da certidão cível positiva em nome da parte autora/apelada, impossibilitando-a de gozar de uma situação favorável e real, que lhe foi tolhida, exclusivamente, pela falha perpetrada pelo ente público”, com isso, chega-se ao caso a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, que é circunstância real para constatação do dano de ordem moral, “que ultrapassa a seara do mero dissabor e aborrecimento diante de fatos corriqueiros do cotidiano humano, impondo angústia e descontentamento em evidente lesão à integridade psíquica da autora/apelada”. O Estado foi condenado a pagar R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, 2021b, *online*).

Outro caso que é de muita importância e que pode gerar a aplicação da teoria da perda de uma chance, é o que ocorreu em Itumbiara, onde um homem estava em um hospital e precisava de uma ambulância para ser levado à outro, pois necessitava de uma UTI. Ao procurar pela ambulância, o motorista não foi encontrado, resultando em uma demora significativa, que acabou por tirar a vida do paciente. Neste sentido, a família ingressou com a ação, pois sofreram moralmente a perda de seu ente querido. A ré, Hospital UNIMED Regional Sul de Goiás, foi condenada a pagar R\$10.000,00 (dez mil reais) a cada autor da ação, totalizando um valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, 2020).

Diante dos referidos julgados, pode-se constatar que a teoria da perda de uma chance é aplicada em vários casos, desde um erro médico até a falha de uma obrigação de fazer simples. Existem casos e casos em que a teoria pode ser aplicada, até mesmo contra advogados que deixam de ingressar com ações e acabam por perder o prazo de dar entrada, prejudicando a parte que teria um direito a ser resguardado.

A jurisprudência brasileira possui um pensamento claro sobre a teoria da perda de uma chance. Os casos que mais geram repercussão são os de erros médicos e os de programas de perguntas e respostas, bem como a responsabilização de advogado por obrigação de fazer e descumprimento de contratos. Outro ponto importante no que diz respeito à teoria é o de responsabilização civil do Estado.

Em casos de erros médicos, é muito comum que haja alguma atitude do profissional que tenha gerado dano moral ou material para o paciente. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça previu que os casos que envolvem a possibilidade de indenização com base na teoria da perda de uma chance, adotada no âmbito da responsabilidade civil assegura que quem, de forma intencional ou não, retira de outra pessoa a oportunidade de um dado benefício deve responder pelo fato (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

No julgamento do Recurso Especial 1.540.153, o ministro Luis Felipe Salomão analisou que a teoria da perda de uma chance não é aplicável na reparação de "danos fantasiosos", e não acolhe "meras expectativas". Sendo assim, o principal objetivo é reparar a chance perdida pela a vítima, pois essa poderia obter uma

vantagem. Assim o ministro ainda dispõe que na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se chega ao dano efetivo mencionado, nem se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas sim por algo intermediário entre um e outro, sendo que a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

Outro ponto que é trazido pelo Superior Tribunal de Justiça é que a teoria da perda de uma chance não é utilizada apenas no âmbito privado, mas também no público, principalmente no que tange a responsabilidade civil do Estado. De acordo com Mauro Campell Marques, isso se dá porque, por mais que haja posicionamentos específicos no que diz respeito à interpretação do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, é observado que o ente público também está adstrito à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar determinado benefício (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

Em 2018, a teoria da perda de uma chance foi usada em um caso em que envolveu ações bancárias. O titular das ações foi impedido pelo banco de negociar a venda de suas ações por um valor maior, sendo que referidas ações foram vendidas sem o seu consentimento. Assim, o ministro Luis Felipe Salomão dispôs que é possível reconhecer que o ilícito praticado pelo recorrente impediu que ele tivesse uma chance de obtenção de vantagem esperada pelo investidor-autor, ou seja, a venda das ações por um maior preço (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

De acordo com Salomão, a teoria da perda de uma chance necessita de alguns requisitos para ser aplicada, bem como o consequente reconhecimento do dever de indenizar. É necessário o nexo de causalidade entre o ato ilícito, sendo que no referido caso este se dá pela venda antecipada das ações, e o dano – a perda da chance de venda valorizada.

A perda de uma chance também é aplicável em casos de lucros cessantes, conforme dispõe a ministra Nancy Andrighi a perda de uma chance é intermediária entre os lucros cessantes e o dano emergente, Nos lucros cessantes há a certeza de ter uma vantagem perdida, enquanto na perda de uma chance existe a certeza da

probabilidade perdida de se auferir a vantagem, (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

Quando a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance em casos de erro médico, a decisão proferida no Recurso Especial 1.662.338 pela Terceira Turma trouxe: "A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas de cura do paciente" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, *online*).

Ocorre que, ao analisar o a morte de uma jovem de 21 anos, o entendimento do tribunal é que a perda de uma chance remota ou improvável de recuperação da paciente que recebeu alta hospitalar ao invés de ficar internada, não pode ser considerada como erro médico visto que a conduta do médico não foi a única causa para a ocorrência da morte, e a natureza do óbito é um dado raro e extraordinário na medicina.

De acordo com a ministra Nancy Andrighi, a apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, principalmente quando os métodos científicos são sujeitos a indagações, pois nesses casos não se pode falar em imperícia, imprudência ou negligência (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020)

O que é apresentado nessa padronização do Superior Tribunal de Justiça ao julgar, se dá em decorrência dos julgadores se embasarem em doutrinas diretas, como por exemplo, as de Sérgio Savi, Rafael Peteffi, Sérgio Cavaliere, dentre outros, que por mais que sejam mais conservadores, buscaram se especializar e estudar mais fundo, buscando à evolução do direito.

O que se pode ver em comum das decisões do referido Tribunal para que haja uma consolidação da aplicação da teoria da perda de uma chance é o fato da cobrança de ser a chance perdida séria e real. Vale dizer que o julgamento justo e razoável é a procura do judiciário para resolver os casos concretos.

3.3 Aspectos Gerais

No Brasil existem diversos julgados que adotam a teoria da perda de uma chance. Os mais comuns são oriundos de candidatos a concursos públicos que,

quando estão a caminho da prova em outra cidade, estão impossibilitados de concretizar o que queriam. Os motivos podem ser decorrentes de vários fatores: pode ser por atraso de voo ou pela indisponibilidade de quarto em hotel com reserva antecipada. Isso se dá em decorrência do impedimento ao resultado final pretendido: a realização da prova e uma provável classificação no concurso disputado.

Além disso, como abordado anteriormente, o Estado não fica imune de ser responsabilizado pela teoria da perda de uma chance. Pode-se citar como exemplo um paciente que veio a óbito pela demora no cumprimento de decisão judicial a qual determinava a entrega de medicamento necessário para a manutenção da sua saúde.

A doutrina majoritária que aborda acerca da teoria da perda de uma chance aponta que ela pode ser dividida em duas espécies: a) frustração da chance de obter uma vantagem futura e b) frustração da chance de evitar um dano que aconteceu. Flávio Tartuce, doutrinador que aborda acerca de referida teoria (2017, p. 676) expõe:

A perda de uma chance ocorre em decorrência de um fato antijurídico, da interrupção de uma situação que estava em andamento e que poderia levar a um evento vantajoso; perdeu-se a chance de conseguir uma vantagem futura. Devido à interrupção não há mais como saber se a vantagem seria alcançada ou não. Em outras palavras, embora a vítima afirme que a interrupção lhe causou um prejuízo, jamais se saberá se a situação levaria ou não àquele benefício. Um acontecimento presente acaba eliminando as chances que eram projetadas para o futuro.

Assim, quando restar verificada a hipótese de incidência da Perda da Chance, deve sempre haver a certeza da autoria do fato que tirou a oportunidade de alguém e, de outro, a incerteza em relação à existência ou à extensão dos prejuízos decorrentes desse fato.

Flávio Tartuce (2017, p. 531-532) explica que “A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal”. Com isso, essa chance deve ser séria e real, bem como deve buscar-se critérios para a aplicação da teoria, “Sérgio Savi leciona que a perda da chance estará caracterizada quando a probabilidade da oportunidade for superior a 50% (cinquenta por cento)”.

A teoria da perda da chance não indeniza a vantagem meramente esperada, vez que esta é duvidosa, mas indeniza a frustração da oportunidade de ter a vantagem ou de evitar algum prejuízo, ou até mesmo o paciente ter perdido a chance de cura ou a opção de ter uma melhora de seu quadro clínico com mais qualidade.

CONCLUSÃO

A teoria da perda de uma chance surgiu no século XIX, a partir de uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que decidiu indenizar o autor por uma atuação de um oficial de justiça que o fez perder as chances de finalizar o seu procedimento. Para que se identificasse a perda de uma chance para alguém era necessário que se tivesse onexo causal. Desta forma, com o julgado da Corte de Cassação, passou a valer a ordem de que quando não há a possibilidade de identificação do nexo causal, deve-se observar se há chances de uma das partes auferir vantagem ou deixar de tomar alguma atitude em que pudesse ter tomado e isso vier lesar o outro.

A responsabilização civil em decorrência da perda de uma chance pode ser definida como a obrigação de reparar o dano causado a outrem, em decorrência de ação ou omissão. A teoria da perda de uma chance é uma teoria que está na responsabilidade civil, tendo em vista o ato ilícito causado e injusto praticado contra alguém, deixando-o privado de obter alguma vantagem ou evitar um prejuízo a ser sofrido. Desta forma, a indenização permeia a probabilidade de obtenção de um resultado esperado e que foi impedido por algum ato cometido de forma ilícita pelo ofensor.

A atuação da teoria da perda de uma chance, pode ser definida inicialmente como a indenizabilidade de uma chance perdida, ou seja, indenizar uma oportunidade de ganho que deixou de ser experimentada por uma conduta lesiva. Desta forma, a teoria da perda de uma chance não indeniza um dano, mas sim a perda de uma oportunidade.

Para que se configure a responsabilidade civil pela perda de uma chance deve-se observar a proporcionalidade de ganho nos casos em que se poderia obter um lucro ou uma vantagem. Com isso, para se fixar o valor da indenização em decorrência da chance perdida, devem ser analisados os mesmos requisitos necessários para a quantificação do dano moral.

A jurisprudência brasileira possui pensamento claro sobre a teoria da perda de uma chance, sendo que os casos que mais geram repercussão são os de erros médicos e os de programas de perguntas e respostas, bem como a responsabilização de advogado por obrigação de fazer e descumprimento de contratos. Outro ponto importante no que diz respeito à teoria é o de responsabilização civil do Estado, que dispõe que caso uma chance seja perdida em decorrência de falta de observação dele, deverá indenizar aquele que prejudicou.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance.** In: Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência, coordenado por Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce. São Paulo: Atlas, 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ.** 12.ed.rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

BRASIL. **Código Civil – Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Brasília, 2002. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 mai. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CNJ. **V Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2012.** Disponível em: <file:///C:/Users/Eu/Downloads/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acessado em: 25 ago. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** v. 7. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOELLE, Caroline. **A responsabilidade civil no direito brasileiro.** Aurum. 22 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/responsabilidade-civil/>. Acesso em: 21 mai. 2021.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático - Direito Civil.** 2017. Atlas, 2017.

GAGLIANO Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil.** Parte Geral, 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Curitiba, mar. 2010. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/23451/1/dissertacao%20perda%20chance.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2021

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: a perda de uma chance no direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Lissandra de Ávila. **A responsabilidade pós-contratual no direito civil**. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito Da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, v. 1, n. 3. pp. 44-54, nov. 2006. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ltr, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira de. A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica. In **Revista EMRJ**. V. 11, nº. 43, 2008.

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

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

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Perda de uma chance**. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 15 out. 2021

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Oportunidades perdidas, reparações possíveis: a teoria da perda de uma chance no STJ**. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09082020-Oportunidades-perdidas--reparacoes-possiveis-a-teoria-da-perda-de-uma-chance-no-STJ.aspx#:~:text=Segundo%20a%20teoria%20da%20perda,positivo%20deve%20responder%20pelo%20fato..> Acesso em: 20 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9. ed. v. 2. São Paulo: Método, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. **APELAÇÃO CÍVEL N. 0111114.89.2016.8.09.0087.** Disponível em: https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=130207376&hash=311629885722345689734003942303327634301&CodigoVerificacao=true. Acesso em: 20 out. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. **APELAÇÃO CÍVEL Nº 5467110-02.2017.8.09.0014.** 2020b Disponível em: https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=142390527&hash=27964021937012407980688110316208098578&CodigoVerificacao=true. Acesso em: 20 out. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. **APELAÇÃO CÍVEL Nº 5503263-49-2019.8.09.0051.** 2020a Disponível em: https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=143606271&hash=124104157521552592668707229829633879421&CodigoVerificacao=true. Acesso em: 20 out. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil:** responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2011.