

A perda de uma chance: novo paradigma da responsabilidade civil?

The loss of a chance: a new paradigm of civil liability?

por Graciele Neto Cardoso Lins Dutra*

Resumo

A diversidade das relações privadas e a complexidade dos danos surgidos no contexto contemporâneo geram a necessidade de ampliar o debate teórico da responsabilidade civil no que tange à reparação de danos. Nesse sentido, o artigo visa tratar da aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito doutrinário e jurisprudencial. O ponto central consiste na análise sobre a possibilidade dessa teoria ser configurada como um novo paradigma da responsabilidade civil no Brasil.

Palavras-chave: responsabilidade civil, perda de uma chance, novo paradigma da responsabilidade civil, chance real e séria.

Abstract

The diversity of private relations and complexity of the damage that has occurred in the contemporary context creates the need to extend the theoretical debate on civil liability in regard to reparations. In this sense, the paper aims to deal with the application of the theory of loss of chance doctrine and in jurisprudence. The central point is the analysis on the possibility of such a theory be set up as a new paradigm of civil liability in Brazil.

Keywords: *liability, loss of a chance, a new paradigm of liability, real and serious chance.*

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Responsabilidade civil e a teoria da perda de uma chance. 2.1. A responsabilidade civil no contexto contemporâneo. 2.2. A perda de uma chance no Direito Comparado: a. Contexto histórico; b. Normas sobre a matéria - Direito Comparado; c. Conceito da perda de uma chance no âmbito do Direito Comparado. 3. A perda de uma chance: novo paradigma da responsabilidade civil? 3.1. A controvérsia da natureza jurídica: a. perda de uma chance como extensão do dano material; b. perda de uma chance como extensão do dano moral; c. perda de uma chance como modalidade *sui generis* de dano; 3.2. Requisitos e elementos caracterizadores: a. O que se entende por chance real e séria?; b. Critério da probabilidade. 3.3 Do *quantum debeatur* ó fixação da indenização. 4. Aplicação da perda de uma chance pelos Tribunais brasileiros. 5. Conclusão

* Coordenadora do Curso de Direito do Unicesp, professora de Direito Constitucional, Mestre e Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bolsista da Fundação para a Ciência e a Tecnologia.



1. Considerações Iniciais

Antes de tecer qualquer consideração como premissa introdutória ao tema proposto, optou-se por descrever alguns fatos que serão cruciais à análise da teoria da perda de uma chance para, em seguida, contextualizá-los.

Primus casu, ocorreu nas Olimpíadas de 2004 em Atenas, onde o desportista brasileiro, Vanderlei Cordeiro de Lima, foi empurrado e perdeu a oportunidade de conseguir a medalha de ouro. Estava bem perto de conquistá-la, quando um manifestante invadiu a pista e impediu seu êxito na corrida.

O maratonista realizava a corrida com destacada performance. Ocupava o primeiro lugar, com 28 segundos de vantagem sobre o segundo colocado, restando, apenas, 6 quilômetros para terminar a corrida, quando um homem entrou na pista, empurrando-o para fora dela. Desequilibrado, o atleta caiu, sem que houvesse alguém a serviço do evento que efetivamente evitasse tal fato.

Por causa deste manifestante que atrapalhou o brasileiro por volta dos 36 quilômetros percorridos, Vanderlei Cordeiro viu sua vantagem de cerca de 40 segundos desaparecer rapidamente. O brasileiro conseguiu voltar para a pista, mas demorou a retomar o ritmo. Terminou a prova com a terceira colocação que lhe conferiu uma medalha de bronze¹.

Secundo casu, trata-se de uma pergunta mal formulada que impediu uma participante de um programa de televisão chegar ao prêmio máximo oferecido no total de 1.000.000,00 (um milhão de reais em barras de ouro). O programa chamado *“Show do Milhão”* consiste num concurso de perguntas e respostas, em que o participante deve responder corretamente a uma série de questões sobre conhecimentos gerais.

Ocorre que, a participante da edição do programa do dia 15 de junho de 2000, logrou êxito nas respostas de todas as perguntas, exceto na última questão, conhecida como a *“pergunta do milhão”*. Com intuito de resguardar o montante que já havia ganhado R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), preferiu não respondê-la, pois a pergunta estava mal formulada e poderia induzi-la a erro.

¹ As palavras do atleta, após a prova: *“Tenho certeza de que teria ganhado o ouro se não tivesse sido esse louco idiota. A vitória escapou naquele momento, pois me assustei muito. Não sabia se ele estava com uma arma, fiquei apavorado”,* disse o maratonista, que garantiu que, apesar de tudo, ficou satisfeito com o bronze. Notícia retirada da página do site: esporte.uol.com.br/olimpiadas/.../vanderlei.jhtm. Para maior aprofundamento e enquadramento do caso, ver o artigo de Regina Beatriz Tavares da Silva. In: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina_perda.doc.

A participante poderia alcançar o prêmio máximo se não fosse a conduta lesiva dos organizadores do programa, tendo em vista a inviabilidade lógica de uma resposta adequada por se tratar de uma pergunta õirrespondível².

Tertio casu, referente ao advogado que, de forma negligente, perdeu o prazo para a interposição do recurso de apelação. Assim, diante da inércia do seu procurador o cliente perdeu a oportunidade de reverter a sentença que lhe foi prejudicial³.

Quarto casu, em que o médico não adotou as cautelas necessárias e os procedimentos devidos na cirurgia e a paciente veio a óbito. Portanto, segundo a sentença do juízo *a quo*, o médico foi negligente na fase pós-operatória por ter dispensado acompanhamento profissional especializado na área de cardiologia que poderia ter contribuído para reduzir o risco de ocorrência de complicações provenientes do pós-operatório. Se fossem tomadas as medidas possíveis para reduzir os riscos da cirurgia e empreendidos todos os cuidados no procedimento do pós-operatório, o falecimento poderia ter sido evitado⁴.

Diante dos casos apresentados, torna-se imprescindível perguntar: õ*Quid Iuris?*õ

2. Responsabilidade Civil e a Teoria da perda de uma chance

A máxima tradicional da responsabilidade aquiliana corresponde à seguinte premissa: õquem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano deve repará-loõ.

Este postulado é extraído do dever de õnão prejudicar outremõ, fundado no objetivo de resguardar a esfera jurídica da pessoa e de seu patrimônio contra interferências alheias. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, tendo em vista o axioma ético-jurídico da convivência humana pacífica.

² A pergunta foi formulada da seguinte maneira: õA Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Resposta: 1 - 22%; 2 - 02%; 3 - 04%; 4 - 10% (resposta correta)õ. Este caso foi retirado do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede de Recurso Especial. Segundo o Juíza *a quo*: õA pergunta, é óbvio, não deixa a menor dúvida de que refere-se a um percentual de terras que seria reconhecido pela Constituição Federal como de direito pertencente aos índiosõ. Assim sendo, a pergunta é õirrespondível, (í) porque na Constituição Federal não há consignação de percentual relativo a percentagem de terras reservadas aos índios. Este entendimento foi seguido pelo STJ, o qual será objeto de análise no desenvolvimento deste trabalho (REsp 788459/BA ó Rel. Min. Fernando Gonçalves ó Publ. em 13/3/2006).

³ STJ - REsp nº 1.079.185 - MG (2008/0168439-5) - Relatora Ministra Nancy Andrighi.

⁴ REsp 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 9/6/2009.

Deste modo, a teoria da responsabilidade civil visa o restabelecimento da ordem pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, cumprindo a própria finalidade do Direito, que é viabilizar a vida em sociedade, inserido no ditame de *neminem laedere*⁵.

No entanto, o regime da responsabilidade passou e está passando por uma importante revisão, renovando-se significativamente. A reconstrução da teoria da responsabilidade civil e a revisão das normas que a institucionalizam tiveram como ponto de partida a ampliação dos danos ressarcíveis para além daqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto, sendo esta mais ampla e social⁶.

Neste sentido, a responsabilidade civil caracteriza-se como um instituto dinâmico, adaptado aos parâmetros de evolução da civilização, tendo como finalidade primordial o restabelecimento do equilíbrio das relações no contexto social.

Na proposta de realizar uma análise da teoria da perda de uma chance na seara jurídica, torna-se relevante iniciar a abordagem com o enfrentamento da responsabilidade civil no contexto contemporâneo, por ele desempenhar um papel fundamental na resolução dos conflitos existentes nas relações privadas atuais.

2.1. Responsabilidade Civil no contexto contemporâneo

No cenário contemporâneo delineado pelas instabilidades da sociedade complexa e pluralista, as relações privadas foram marcadas por um *modus procedere* que resultou num aumento considerável de ações ou omissões lesivas às pessoas e/ou aos respectivos patrimônios.

Importante destacar, no âmbito da responsabilidade civil, as significativas mudanças estão voltadas, não somente para a eliminação do vício ou remoção dos danos mas, sobretudo, para a reparação destes, consubstanciadas no princípio contemporâneo de *restitutio in integrum*, visam restituir *status quo ante*.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 2ª parte, 34ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 445 e ss.

⁶ Neste sentido, Orlando Gomes destaca o giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto, dando respaldo a modificação quanto à justificação da obrigação de indenizar, ao alargamento da noção de dano, a aceitação ampla do dano moral e a tutela aquiliana do crédito. In.: **Tendências Modernas na Teoria da Responsabilidade Civil**. Separata dos Estudos em Memória do Prof. Dr. Paulo Cunha. Lisboa, 1989. p. 72.

O postulado basilar do dever jurídico do *nom facere* ó não causar dano ó consiste num dever primordial das relações privadas, mas a constatação de sua incessante violação, coloca em evidência a necessidade de se debater o regime da responsabilidade e suas delimitações.

Neste sentido, Jorge Sinde Monteiro menciona sobre a necessidade de delimitação dos danos ressarcíveis. Assevera que bens jurídicos gerais da pessoa e patrimônio são demasiado extensos para que toda e qualquer ingerência ou ataque (Eingriff) possa dar lugar a uma obrigação de indenização.

Por esta razão, aduz o autor que a toda a ordem jurídica se coloca o problema da determinação dos limites em que o interferir numa esfera jurídica alheia há de ser susceptível de produzir aquele efeito (ressarcimento do prejudicado), podendo porém a indispensável õfiltragemõ ser efetuada através de processos técnicos os mais diversos e, em maior ou menor medida, entregue à jurisprudência ou pré-resolvida pelo legislador⁷.

Desta õfiltragemõ correspondente ao ressarcimento do prejudicado surge a abordagem de um novo instituto denominado õperda de uma chanceõ. Assim, a jurisprudência e doutrina de vários países ó França, Itália, Brasil e outros ó adotaram a teoria com intuito de tornar possível a indenização pela perda da oportunidade de obter um benefício ou evitar um prejuízo em decorrência da conduta do lesante.

A fim de demonstrar a utilização deste instituto, será abordado o tratamento da perda de uma chance no direito comparado para, em seguida, demonstrar algumas peculiaridades e requisitos.

Para tal mister, será destacada a aplicação da teoria em sede jurisprudencial e doutrinária brasileira, tendo em vista o objetivo de analisar os casos relatados na introdução do presente trabalho.

Convém ressaltar que não se pretende esgotar a matéria, nem tão pouco aprofundar as controvérsias. O intuito é apenas contribuir para o desenvolvimento da teoria no âmbito da responsabilidade civil.

⁷ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações**. Almedina, Coimbra. 1989. p. 175.

2.2. A perda de uma chance no Direito Comparado

a. Contexto histórico:

A noção da *perte d'une chance* surgiu na França por volta do séc. XIX, sendo aplicada a responsabilidade do advogado pela perda de prazo de recurso ou pela inércia capaz de prescrever a pretensão do cliente.

O ponto auge de seu reconhecimento foi obtido por meio da chamada perda da chance de cura ou de sobrevivência do paciente. A Corte de Cassação francesa, na década de 60, aplicou a teoria em um recurso que visava apurar a responsabilidade civil do médico.

Assim, a teoria foi aplicada em razão da difícil comprovação dos elementos formadores da responsabilidade do profissional, sobretudo, quanto à dificuldade de provar o nexo de causalidade nas relações entre médico e paciente.

Posteriormente, inúmeras decisões, no mesmo sentido, contribuíram para o reconhecimento e aperfeiçoamento da teoria na França, chegando a despertar o interesse da matéria no âmbito doutrinário.

Desta forma, Luiz González Morán assevera que diante da dificuldade de estabelecer nas reclamações de responsabilidade médica a relação de causalidade entre a atividade do médico e o dano, a jurisprudência francesa adotou uma fórmula para poder conceder a indenização do dano sofrido pelo enfermo: a teoria da perda de possibilidades de cura e de sobrevivência⁸.

Doutrina e jurisprudência de outros países passaram adotar a teoria, inclusive a Itália. O primeiro caso chegou aos tribunais italianos em 1983, quando determinada empresa impediu alguns trabalhadores de participarem da fase posterior do processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor seu quadro de funcionários.

Importante ressaltar que, inicialmente, a teoria foi adotada de forma diferente em ambos países, sendo que na França a teoria foi utilizada para comprovação do nexo causal e na Itália como dano patrimonial resultante da privação da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo.

No Brasil, a adoção da perda de uma chance é relativamente nova, também foi desenvolvida em sede doutrinária e jurisprudencial. O primeiro julgado brasileiro a citar, de forma expressa, a teoria foi o Tribunal do Rio Grande do Sul.

⁸ MORÁN, Luiz González. *La responsabilidad Civil do Médico*. Barcelona. 1990. p. 128.

Nos Estados Unidos a teoria também é aplicada. Interessante ressaltar os resultados obtidos por meio de um levantamento sobre o índice de utilização da doutrina da perda de chance em ações de negligência médica. O levantamento demonstrou que de 50 estados norte-americanos 24 aplicaram a teoria⁹.

Algumas decisões demonstram que a teoria é praticamente desconhecida na Alemanha. O mesmo ocorre em Portugal. Júlio Vieira Gomes menciona que a própria terminologia de perda de uma chance é equivocada para um jurista português, porquanto parece brigar com a afirmação generalizada de que a mera perda de expectativas não representa um dano indenizável¹⁰.

b. Normas sobre a matéria ó Direito Comparado:

No Brasil, não há dispositivo que se refira expressamente à perda de uma chance. No entanto, para alguns juristas, sua aplicação é possível por meio dos artigos 186, 187, 402, 927 e 949 do Código Civil de 2002 c/c artigo 5º, inciso V da Constituição Federal.

A Constituição Federal estabelece, no inciso V do artigo 5º, a cláusula geral de responsabilidade ao dispor que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Em termos de direito comparado, determina o Código Civil francês, em seu artigo 1382: *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

Já o Código Civil italiano, em seu artigo 2043 menciona que *qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*¹¹.

⁹ *Loss of chance in medical malpractice: a look at recent developments: the growing acceptance of this doctrine raises difficult public policy issues, as well as concerns for the limits of medical professional liability.* Publication: Defense Counsel Journal, 01-JUL-03. Disponível em: <http://goliath.ecnext.com/coms2/gi_0199-3026884/Loss-of-chance-in-medical>.

¹⁰ Na Alemanha, podemos citar os Acórdãos de 17.02.1998 NJW 1998, 1633 e ss. e BGH de 23.09.1982, NJW 1983, 442. Em Portugal apesar dos Tribunais não a reconhecerem, alguns doutrinadores passam, atualmente, a discuti-la. GOMES, Júlio Vieira. **Sobre o dano da perda de chance. Direito e Justiça.** Vol. XIX. Tomo II, 2005 p. 23, abordagem em sentido diferente ver Rute Teixeira Pedro. In: **Da tutela do doente lesado ó Breves reflexões.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano V. 2008. p. 453 e ss.

Estes artigos são dispositivos gerais que expressam comandos legais cogentes no sentido de reparação do dano causado pelo lesante, não se tratando de forma específica os danos decorrentes da perda de uma chance.

Em suma, pode-se verificar nos países citados, por um lado, a inércia do legislador em traçar normas legais específicas sobre a matéria e, por outro, o desenvolvimento realizado pelos tribunais e a doutrina de diversos países que se debruçam sobre o assunto.

c. Conceito da perda de uma chance no âmbito do Direito Comparado:

No acórdão do primeiro caso italiano, supracitado, a perda de uma chance foi delineada da seguinte forma:

O conceito de perda e de lucro não se refere somente a uma entidade pecuniária, mas a qualquer utilidade economicamente valorável. Em concreto, também constitui uma entidade patrimonial, uma situação à qual é ligado um lucro provável: o valor econômico é oferecido da entidade deste lucro e do grau de probabilidade que o lucro seja efetivamente produzido; o fato de que a situação seja idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração de um dano indenizável (...). No caso, foi subtraída uma situação (possibilidade de se submeter às ulteriores provas, que, se superadas, teriam determinado a contratação) da qual tinham direito de usufruir.¹²

Na doutrina francesa, Savatier dá alguns contornos da teoria, afirmando que:

Normalmente, o simples fato de as chances de dano terem sido aumentadas por ação ou omissão faz apenas possível, mas não certa, a ocorrência desse dano. Todavia, tal fato pode ter contribuído, se outras circunstâncias levarem a pensar que, na ausência das chances, o dano não teria ocorrido. Além do mais, a relação de causalidade sendo certa entre o fato alegado e a chance de dano criada, a vítima poderá ser indenizada do valor dessa chance, caso esse valor seja apreciável em dinheiro.¹³

Caroline Ruella destaca a perda de chance como uma forma de prejuízo cujo objeto consiste no desaparecimento de uma chance preexistente, definida como uma probabilidade

¹¹ Renato Partisani aborda questões sobre a tradicional leitura deste artigo no âmbito da matéria. In: *Lesione di interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance. Responsabilità civile e previdenza*. 2000. p. 566 e ss.

¹² Ver: SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. Atlas. São Paulo. 2006. p. 26.

¹³ SAVATIER, Rene. *Traité de la Responsabilité Civile em droit français*. 2^{ème} ed., t. II, Paris, 1951. p. 08 n^o 460.

não verificada mas também não meramente hipotética, que constitui um elemento do patrimônio¹⁴.

A doutrina brasileira considera a perda de uma chance como a perda da oportunidade de obter benefício ou evitar um prejuízo, afirma-se que a chance a ser indenizada deve ser real e séria, não se admitindo as meras expectativas. Todavia, as posições se dividem a respeito da questão da natureza jurídica do instituto, como será demonstrado adiante.

3. A perda de uma chance: novo paradigma da responsabilidade civil?

Conforme demonstrado, a perda de uma chance consiste na possibilidade de obtenção de indenização pelo sujeito que se vê privado da oportunidade de conseguir um lucro ou evitar um prejuízo.

Deste modo, tem como escopo principal a responsabilização do autor decorrente da conduta lesiva que gerou esta perda. A responsabilidade não recai sobre o prejuízo direto e imediato à vítima, mas decorre do fato de ter privado alguém da oportunidade de se obter de um resultado útil ou de evitar um prejuízo.

Mas será que perda de uma chance é uma nova modalidade da responsabilidade civil que tem por finalidade a comprovação e alargamento do nexo causal? Ou se trata de extensão dos danos materiais ou morais? Ou consiste numa nova categoria de dano?

Estas indagações ainda causam uma ãintranqüilidade discursivaã na doutrina brasileira e de vários países, demonstrando que a responsabilidade pela perda de uma chance é dotada de características peculiares e complexas.

3.1. A controvérsia da natureza jurídica

Não obstante o labor jurisprudencial ao lado do desempenho da doutrina no discurso da otimização dos parâmetros e determinação das dimensões do instituto, é necessário reconhecer a dificuldade que emana da verificação de sua natureza jurídica.

Nesta perspectiva, doutrinas e tribunais dividem opiniões e contrabalançam argumentos. As divergências partem da defesa da perda de uma chance como dano patrimonial, passando pela posição de que se trata de uma extensão do dano moral até sua defesa como modalidade *sui generis* de dano.

¹⁴ RUELLA, Caroline. *La perte de Chance en Droit Privé*. *Revue de Recherche Juridique*, 1999. p. 729.

Maria Luísa Vieira dispõe que os contornos da perda de uma chance são imprecisos resultando na dificuldade de vincular o dano sofrido pelo demandante, podendo corresponder tanto uma relação de danos patrimoniais como não patrimoniais¹⁵.

Há diversos fundamentos que se entrecrocaram e causam uma fragilidade teórico-argumentativa. Todavia, ressalta-se que tais contradições fazem parte da busca pela sedimentação do próprio instituto.

Antes de tecer as considerações a respeito das diversas posições da natureza jurídica deste instituto, faz-se necessário ressaltar que existem posições que refutam o reconhecimento e aplicação da teoria.

Para alguns adeptos da corrente tradicional, a teoria não pode ser aplicada tendo em vista a impossibilidade de se determinar o resultado final, por ser um dano hipotético e/ou eventual.

No entanto, este entendimento é rebatido pelos defensores da teoria ao mencionar que é equivocada a vinculação da chance perdida ao resultado final esperado, vez que a chance não pode ser analisada como a perda de um resultado favorável, mas como a perda da oportunidade de obter aquele resultado.

Outros doutrinadores chegam a criticar a teoria por ressaltar que esta, muitas vezes, encobre questões que dificultam a análise da extensão do dano e comprovação do nexo causal, sendo usada como artifício para dar vazão a chamada *õcausalidade parcialö* (Jacques Boré e John Makdisi)¹⁶.

Neste sentido, Jorge Sinde Monteiro destaca que constitui no mínimo uma figura muito próxima da doutrina de atribuição da responsabilidade segundo o grau da elevação do risco, conduzindo, na falta de prova cabal sobre o nexo de causalidade uma indenização parcial¹⁷.

¹⁵ VIEIRA, Maria Luisa Arcos. *La õperdida de oportunidadö como daño indemnizable*. Estudos de Direito do Consumidor, nº 7. Coimbra 2005. p. 139/140.

¹⁶ Para estes todos os casos de perda de uma chance, não somente na seara médica, estão calcados em uma ideia de causalidade parcial (consiste no uso da teoria como meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final). Para aprofundamento: BORÉ, Jacques. *Lõndimnisation pour les chances perdues: une forme dõappreciation quantitative de la cusalité dõun fait damageable*, in JCP, 1974. I, 2620 nº 16 ss. SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas. 2007. p. 49-63.

Júlio Vieira Gomes menciona a importância de se distinguir a ideia da perda de uma chance como uma modalidade especial de prejuízo e a perda de chance como um mero artifício para mascarar a insuperável incerteza do juiz na apreciação da relação causal e chega a conclusão que esta incerteza ora incide sobre o nexo de causalidade, ora sobre a extensão do dano.¹⁸

a) Perda de uma chance como extensão do dano material:

A configuração da perda da chance como um dano material não é linear, sendo encontradas diversas posições em sentidos diferentes. Alguns a vislumbram como uma extensão dos danos emergentes, outros dos lucros cessantes; há, ainda, quem diga que se trata de um dano material autônomo ao lado destes.

Na doutrina brasileira, pode-se destacar a posição de Sérgio Savi que, dentre outros, considera a perda de uma chance como modalidade de dano material, enquadrada na espécie de dano emergente, sob o argumento de que a chance já existe no patrimônio da vítima no momento da ocorrência da lesão¹⁹.

Os defensores argumentam que esta perda possui um valor econômico, o qual pode ser quantificado, independente do resultado final, desde que se trate de chance séria e real. A interpretação é no sentido de que, havendo uma oportunidade perdida, desde que significativa, ela integra o patrimônio da vítima, possuindo valor econômico passível de ser indenizada.

Importante salientar que existem várias decisões de tribunais que concedem a indenização pela perda da chance como forma de lucro cessante, tendo em vista a semelhança dos institutos²⁰.

Embora sejam semelhantes, muitos aduzem que são institutos diferentes, vez que lucro cessante trata de ganho futuro e certo, já a perda de chance consiste na oportunidade de se obter o ganho ou de se evitar um prejuízo.

¹⁷ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por Conselhos**. Almedina. Coimbra. 1989. p. 300.

¹⁸ Assim, aduz o autor que, por vezes, o juiz atende à perda de chance quando se pronuncia sobre a responsabilidade do réu, ao passo que, noutros casos, o juiz atende à perda de chance quando se pronuncia relativamente à extensão do prejuízo, estando já estabelecida a responsabilidade do réu. Afirma, ao final, que em qualquer destas hipóteses, o recurso à perda de chance traduz a incerteza do juiz. GOMES, Júlio Vieira in: **Sobre o dano da perda de chance** *Direito e Justiça*. Vol. XIX. Tomo II, 2005, p. 23 e 36 ss.

¹⁹ Imperioso salientar que, para esta corrente, a perda de uma chance considerada como dano emergente significa, que se trata de um efeito danoso, direto e imediato, de um ato ilícito, ensejando reparação, nos termos do artigo 186 do Novo Diploma Civil. SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda**. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 56.

²⁰ Ver: REsp 788459/BA ó Rel. Min. Fernando Gonçalves ó Publ. em 13-3-2006, voto do Ministro Barros Monteiro.



Para outros doutrinadores, como Sílvio de Salvo Venosa, trata-se de uma modalidade autônoma de dano patrimonial - intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante.

No entanto, a dificuldade que se coloca neste entendimento parte da premissa da doutrina tradicional que trata o dano como *corporum corpori datum*; implicando numa diminuição patrimonial, atual e, às vezes, futura (dano emergente e lucro cessante)²¹.

Os doutrinadores rebatem esta vertente, ao defender que a vantagem que se espera alcançar é atual, todavia, incerta, pois o que se analisa é a potencialidade da perda da chance e não o que a vítima efetivamente deixou de ganhar como o lucro cessante ou o que efetivamente perdeu como o dano emergente.

b) Perda de uma chance como extensão do dano moral:

Algumas posições estão voltadas a considerar a perda da chance como uma modalidade de dano moral, baseando-se na frustração da expectativa da vítima quanto à obtenção de vantagem perdida.

Este foi o entendimento pautado na decisão da Justiça do Trabalho ao apreciar a questão da perda de chance de obter êxito no processo, decorrente da inércia do procurador que não interpôs o recurso cabível. No caso, o réu foi o sindicato da categoria profissional, que prestou assistência jurídica às reclamantes, atuando como substituto processual e, nessa condição, responde pelos atos do seu advogado.

Houve condenação do réu a pagar ao autor indenização por danos morais, afirmando-se que a responsabilidade civil decorrente dessa omissão só dá margem à reparação por danos morais (pela negligência que levou à frustração da expectativa do autor) e, não por danos materiais, pois o recurso implicaria apenas na expectativa do êxito da ação, e não na certeza da vitória. Para a relatora do acórdão não há dano material líquido e certo passível de reparação²².

²¹ GOMES, Orlando. **Tendências Modernas**. Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha. Lisboa, 1989. p. 77.

²² TRT 3ª Região; 1ª Turma; RO nº 00258-2006-016-03-00-9. Em instância superior foi mantida a decisão de primeiro grau que deferiu indenização por dano moral no valor de dois mil reais às autoras pela expectativa de direito frustrada devido a não interposição do recurso cabível.

Todavia, alguns refutam esta ideia mencionando que a indenização pela perda de uma chance não pode ser, especificamente, de natureza moral. Para eles, a perda de uma chance tem natureza patrimonial, mas nada impede que a vítima possa sofrer, concomitantemente, um dano moral, também passível de reparação²³.

c. Perda de uma chance como modalidade *sui generis* de dano:

Parte da doutrina considera a perda de uma chance como categoria de um dano específico que deve ser indenizável, baseado na perda da oportunidade de alcançar o resultado final, isto é, na chance perdida.

Alegam que se trata de uma modalidade autônoma de dano, não se amoldando aos tipos de danos já conhecidos pelo sistema, podendo ocorrer independentemente destes. Fundamentam a posição, ao afirmar que a perda decorre de um fato (ilícito) que interrompe o curso normal dos acontecimentos antes da concretização da oportunidade, o que por si só pode dar ensejo a indenização.

Assim, François Chabas menciona que a chance não é um sonho, é necessário que já existam alguns elos do encadeamento causal, em que o problema da perda de chance colocasse quando numa situação, por definição vantajosa para a futura vítima, comportava uma álea e essa álea desapareceu²⁴.

Desta perspectiva, Caroline Ruella aduz que embora seja impossível invocar o prejuízo final, porque ninguém pode prever com certeza o desenvolvimento futuro destes acontecimentos, a verdade é que um comportamento ilícito e culposo provocou o desaparecimento da situação de chance e criou um prejuízo imediato.

Pode-se assim distinguir entre um prejuízo atual, imediato e um prejuízo mediato ou futuro, por sua essência eventual. Para a autora, o prejuízo representado pelo desaparecimento da situação em mutação é apreendido pelo Direito através da qualificação como perda de chance. Caso a chance seja real, o desaparecimento consiste num prejuízo ou dano real²⁵.

²³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 20. p. 56.

²⁴ CHABAS, François. *La perdita de chance nel diritto francese della responsabilità civile*. In: *Responsabilità civile e previdenza*. Vol. LXI, n° 2. Marzo-Aprile 1996. p. 230-231.

²⁵ RUELLA, Caroline. *La perte de Chance*, Revue de Recherche Juridique, 1999, p. 738 e ss.



Alguns chegam a preconizar que se trata de um novo paradigma, fundado na dignidade da pessoa humana que modificou o eixo da responsabilidade civil, que não considera mais como seu principal desiderato a condenação de um agente culpado, mas a reparação da vítima prejudicada.

Para esta corrente, o reconhecimento do dano de perda de chance insere-se numa tendência para ampliação gradual do dano ressarcível, caracterizando-se como uma nova perspectiva que corresponde à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente possível.

Pode-se dizer, diante destes diferentes entendimentos a respeito da natureza jurídica que a perda de uma chance levanta vários dilemas a serem enfrentados no âmbito teórico, bem como na esfera prática.

3.2. Requisitos e elementos caracterizadores

Na teoria tradicional da responsabilidade civil, aquele que causa dano ao outrem fica obrigado a reparar os prejuízos decorrentes do seu ato, dando ensejo à indenização. Em geral, para obtenção desta indenização, são analisados os requisitos baseados no seguinte trinômio: conduta do agente, dano e nexos de causalidade.

Na perda de uma chance os requisitos são verificados da seguinte forma: conduta do agente (ação ou omissão); um dano, caracterizado pela perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo (e não pela vantagem perdida, por ser hipotética); e um nexo de causalidade entre eles.

Portanto, ressalta-se que a visão clássica do dano e nexos causal serão analisadas de forma diversa, porém em nenhum momento admite-se a indenização sem a presença destes elementos, bem como seus próprios requisitos, que apenas serão analisados de forma diferente, considerando-se as efetivas probabilidades e não o resultado final²⁶.

Importante salientar que tribunais e doutrinadores têm identificado outras análises importantes para configuração do instituto, a saber: a presença de evidência da perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo; a existência da expectativa séria e real da obtenção de um resultado útil; e a observação do critério de probabilidade no sentido de que,

²⁶ GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance**. In: Revista dos Tribunais. Vol. 840, ano 94, outubro de 2005. p. 34.

uma vez inexistente a conduta do agente, a vítima conseguiria conquistar a vantagem esperada.

Convém tecer algumas considerações sobre estes elementos, vez que sua análise tem merecido um destaque pela doutrina devido a dificuldade eminente de delimitar a esfera da mera possibilidade e da evidência de probabilidade e o que se entende por chance séria e real.

a) O que se entende por chance séria e real?

De acordo com os elementos supracitados, é possível a reparação pela perda de uma chance ao ser comprovado que a vítima teria uma chance séria e real de auferir o resultado almejado, se não tivesse ocorrido a conduta lesiva do agente. Mas o que se entende por chance séria e real?

Rafael Peteffi da Silva dispõe que a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis dos danos puramente eventuais e hipotéticos cuja reparação deve ser rechaçada²⁷.

Portanto, a õchance séria e realö torna-se um elemento fundamental para obtenção do ressarcimento da chance perdida, não bastando simples esperança marcada pelo caráter da aleatoriedade.

No entanto, não há menção a respeito do que se entende por séria e real, ou seja, não se definiu, nem foram determinados os critérios necessários para configurar a chance séria e real capaz de gerar a reparação para diferenciá-la da chance baseada em simples esperança ou mera expectativa.

Convém ressaltar que sua aferição deverá ser analisada no caso em concreto, tendo em vista que somente diante das circunstâncias apresentadas em cada caso será possível especificar e averiguar se existe uma chance séria e real capaz de proporcionar ao lesado a reparação pela perda desta oportunidade, refutando as simples esperanças.

²⁷ SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 134 ss.

b) Cr terio da Probabilidade:

Segundo os doutrinadores franceses, a reparação da *perte d'une chance* está fundamentada numa probabilidade e numa certeza: a probabilidade de que haveria o ganho e a certeza de que da vantagem perdida resultou um preju zo²⁸.

Ao lado da chance séria e real, estando intrinsecamente ligado a ela, encontra-se o critério da probabilidade que deverá ser analisado segundo a varia o - mera possibilidade   evidência de probabilidade   conforme o entendimento plasmado nos tribunais brasileiros.

No Recurso Especial do Superior Tribunal de Justiça foi mencionado que a aludida teoria procura dar vazão ao intricado problema das probabilidades, com as quais nos deparamos no dia-a-dia, trazendo para o campo do ilícito aquelas condutas que minam, de forma dolosa ou culposa, as chances, sérias e reais, de sucesso às quais a vítima fazia jus.

Em outro julgado foi ressaltado que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. Destacou-se ainda que no mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dado, onde só há seis alternativas possíveis.

In casu, foi mencionado que a ado o da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o  improv vel   do  quase certo  , a  probabilidade de perda   da  chance de lucro  , para atribuir a tais fatos as conseq ncias adequadas²⁹.

Segundo Sérgio Savi, a estatística e o cáculo das probabilidades adquiriram nos dias de hoje, uma grande importância em diversas áreas do conhecimento. Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades,   possível hoje predeterminar, com uma aproxima o mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente, parecia entregue apenas   sorte, ao ponto de poder consider -lo um valor normal, quase estável, dotado, de uma certa autonomia em rela o ao resultado definitivo³⁰.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8  ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 42.

²⁹ REsp n  1.079.185 - MG (2008/0168439-5). Relatora: Ministra Nancy   STJ e o segundo REsp 965.758/RS, 3a Turma, DJe 03/09/2008.

³⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 20.



3.3. Do *quantum debeatur* ó fixação da indenização

Antes de enfrentar a problemática da fixação da indenização pela perda de uma chance, convém ressaltar que, muitas vezes, em sede dos tribunais, os pedidos são feitos de forma inadequada, pleiteando-se a indenização pela perda da vantagem perdida e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo.

Conforme ressaltado, o que se analisa para fins de fixação da indenização, é a potencialidade de uma perda de obter um resultado, não o que a vítima realmente perdeu (dano emergente) ou efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante)³¹.

Importante destacar que não existem dispositivos legais, nem tão pouco, parâmetros taxativos acerca da fixação do *quantum* indenizatório. Nesta perspectiva, Yves Chartier assevera que o juiz deve proceder dupla avaliação: a primeira consiste em determinar qual teria sido a situação da vítima se a chance tivesse realizada, sendo que a segunda conduz à apreciação da própria chance, ou seja, ao grau de probabilidade de que o acontecimento teria ou não se realizado³².

O valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado, incidindo sobre este um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final esperado, tendo em vista que o valor da indenização não poderá ser igual ou superior ao que receberia caso tivesse aferido aquele resultado.

Neste sentido, para a aplicação da indenização deve ser utilizado o critério de probabilidade ao estabelecer o valor devido à vítima, fazendo uma avaliação do grau da álea da chance de alcançar o resultado no momento em que ocorreu o fato.

Portanto, o juiz partirá da análise do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada, sendo que a avaliação da intensidade da chance perdida é essencial para esta quantificação.

³¹ SEGARD, Jean-François. *Responsabilité pour Faute du Medecin Generaliste*. http://www.Laportedudroit.com/htm/juriflash/droit_medical/responsabilite/civile/responsabfaute_medecingnrliste1.htm.56K.26.11.2001. Ao indenizar a perda da chance, não se analisa o dano em sua totalidade, mas indeniza proporcionalmente à importância da chance perdida.

4. Aplicação da perda de uma chance pelos tribunais brasileiros

Diante do exposto, vislumbra-se que a perda de uma chance constitui uma nova concepção, originada a partir da análise de casos concretos que levaram a compreender que, independente de um resultado final, a ação ou omissão de um agente que venha privar outrem da chance de obter este resultado, deverá ser responsabilizada.

Neste sentido, tribunais brasileiros adotaram a teoria, sendo utilizada em diversos casos. A título de exemplo, podem ser mencionados, os casos em que a inércia do advogado ó perda de prazo para recurso - que retirou a chance do cliente de ganhar o processo; o médico que não aplicou tratamento adequado ao paciente retirando-lhe a oportunidade de melhora em seu quadro clínico; a empresa que sem motivo retira o empregado das fases seguintes do processo de seleção de cargo superior; entre outros³³.

Importante trazer à colação, os casos apresentados na introdução, vez que diante da impossibilidade de analisar todos os julgados sobre o tema, optou-se por selecionar quatro casos³⁴, levando em consideração critérios extremados.

Por um lado, casos julgados frequentemente no âmbito da matéria ó casos de inércia dos advogados e dos médicos ó; por outro, casos diferenciados ó impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão e do atleta que foi interrompido no percurso da maratona.

³² CHARTIER, Yves. *La Reparation du Prejudice*. Dalloz, Paris. 1983. p. 687.

³³ Várias decisões: RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO- ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR - PERDA DE UMA CHANCE - DANO PATRIMONIAL INDENIZÁVEL (TRT-3ª Região - RO 1533-2007-112-03-00-5 - Acórdão COAD 127370 - Rel. Des. Emerson José Alves Lage - Publ. em 2-10-2008); TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO PAGO E NÃO CADASTRADO-TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE (TRF-2ª Região - Ap. Cív. 2003.51.10.001761-6 ó Rel. Des. Guilherme Couto ó Publ. em 5-5-2006); MÉDICO Ó MERA POSSIBILIDADE E JUÍZO DE PROBABILIDADE (REsp 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 9/6/2009); EXTRAVIO DE AUTOS - INDENIZAÇÃO - PERDA DE UMA CHANCE. (TRF-3ª Região - Ap. Cív. 823569); COLETA/ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS-TRONCO - AUSÊNCIA DE PREPOSTO NO MOMENTO DO PARTO (TJ-PR - Ap. Cív. 401.466-0 - Acórdão COAD 121952 - Rel. Des. Ronald Schulman- Publ. em 1-6-2007); DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR (TJ-RJ- Ap. Cív. 2008.001.20957 ó Rel. Des. Custódio Tostes ó Julg. em 6-8-2008) SORTEIO - EXCLUSÃO DE PARTICIPANTE - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE (TJ-RS - Ap. Cív. 70.020.549.648 ó Acórdão COAD 124762 - Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack - Publ. em 4-3-2008) HOSPITAL - OMISSÃO - MORTE - PERDA DE UMA CHANCE (TJ-RS - Ap. Civ. 70025575002 - Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto-Publ. 19-11-08).

³⁴ O primeiro está disponível in www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina_perda.doc. Quanto ao segundo, ver REsp 788459/BA ó Rel. Min. Fernando Gonçalves ó Publ. em 13-3-2006, o terceiro ver: STJ - REsp nº 1.079.185 - MG (2008/0168439-5) - Relatora Ministra Nancy Andrighi; e o quarto: REsp 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 9/6/2009.

O primeiro caso relatado foi mencionado pela professora Regina Beatriz Tavares da Silva, em que demonstra a perda de chance de vitória do atleta brasileiro, Vanderlei Cordeiro, na maratona das Olimpíadas de 2004 em Atenas.

O maratonista ocupava o primeiro lugar, com 28 segundos de vantagem sobre o segundo colocado, quando foi barrado e empurrado para fora da pista. Desequilibrado, caiu e, ao retomar o ritmo, alcançou apenas a terceira colocação que lhe conferiu uma medalha de bronze.

Embora este caso não tenha sido julgado por tribunal brasileiro, devido o âmbito de competência, tornou-se importante na medida em que despertou na doutrina seu enquadramento aos cânones da teoria da perda de uma chance, sob alegação de que o atleta perdeu a oportunidade de obter uma vitória.

Importante salientar que não há como saber se o atleta teria chegado em primeiro lugar, mas para a teoria em questão, conforme verificado, o que vale é a perda desta chance e não o resultado final.

O segundo caso foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), consistiu no questionamento sem viabilidade lógica feito à participante que estava prestes a ganhar o prêmio máximo no programa de perguntas e respostas, apresentado no programa do *oShow do milhão*.

Deste modo, o STJ decidiu que a pergunta final foi formulada de má-fé, uma vez que a Constituição Federal não indica o percentual relativo às terras reservadas aos índios, chegando à conclusão de que este ato acabou por acarretar a impossibilidade de obter o resultado final, impondo o dever de ressarcimento à participante pelo que razoavelmente deixou de lucrar.

Interessante verificar na decisão, o valor fixado a título de ressarcimento - (R\$ 125.000,00 - cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, retirado da *o*probabilidade matemática de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens que refletia as reais possibilidades de êxito da participante.

O Tribunal pautou-se no entendimento de que a indenização deverá ser inferior ao valor do resultado final, aplicando o critério matemático de 25%, proporcional às possibilidades que tinha a candidata, ao responder uma das quatro alternativas.

O terceiro caso consiste na inércia do advogado que perdeu o prazo de recurso de apelação que retirou de seu cliente a chance de reverter a decisão que lhe foi desfavorável. Assim, este cliente pleiteou indenização pela oportunidade perdida.



Apesar do Recurso Especial não ter sido conhecido pelo STJ, sob o argumento de que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial, bem como pela deficiência na fundamentação do mesmo, o caso demonstra ser relevante acerca da matéria. A começar pela lição preconizada no sentido de que, embora o advogado não responda pelo resultado está obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

Ao perder o prazo para a interposição de apelação de forma negligente, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente, respondendo, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Na decisão foi mencionado que não se trata de reparar a perda de uma simples esperança subjetiva, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter.

A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance tornou-se relevante a medida que inúmeros casos chegaram aos Tribunais. Importante destacar, neste âmbito, o trabalho realizado pelo Núcleo de Procedimentos Especiais da Presidência do STJ (Nupre) ao evidenciar os deslizes mais comuns de advogados.³⁵

No quarto caso, o médico deixou de aplicar procedimentos cabíveis à cirurgia, sendo negligente na fase pós-operatória ao dispensar acompanhamento profissional especializado na área de cardiologia.

Na decisão do Tribunal *a quo* foi aplicada a teoria da perda de uma chance sob o fundamento de que se o médico tivesse adotado as medidas possíveis e todos os cuidados no pós-operatório, poderia ter evitado o falecimento da vítima.

³⁵ O Nupre elaborou a seguinte indagação: na ausência de peças obrigatórias que caberia ao advogado contratado providenciar, o que pode levar o autor a perder a ação e frustrar a sua expectativa de direito, nos casos de jurisprudência consolidada em favor de sua pretensão, por exemplo, quem responde pelos prejuízos numa eventual ação de responsabilidade civil pela perda de uma chance? Ver site: www.stj.jus.br. Podemos citar decisões sobre a responsabilidade do advogado em sede de outros Tribunais: ADOGADO - RESPONSABILIDADE CIVIL - OBRIGAÇÃO DE MEIO - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. (TJ-DFT- Ap. Cív. 20040111230184 ó Rel. Des. Jaime Eduardo Oliveira ó Publ. em 26-7-2007); RESPONSABILIDADE CIVIL. ADOGADO. SENTENÇA DESFAVORÁVEL. (TJRS. AP. Nº 71000513929. 3ª trc-jec. Rel. Des. Maria José Schmitt Santana). AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA DE ADOGADO RESPONSÁVEL PELA REVELIA E INTERPOSIÇÃO INTEPESTIVA DE APELAÇÃO. (TJRS, apelação Cível nº 70005635750, 6ª Câmara Cível, Rel. Dês. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. em 17/11/2003). RESPONSABILIDADE CIVIL. ADOGADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DEFICIENTE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXIGÊNCIA DE PROVA DE DOLO OU CULPA GRAVE A JUSTIFICAR RESPONSABILIZAÇÃO.(TJRS. AP. Nº 70008064180. 9ª CC. Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi). PERDA DE UMA CHANCE. ADOGADO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. (TJRS.AP. Nº 70005473061. 9ª cc. rel. Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano).



No entanto, a decisão do STJ pautou-se no sentido de que ao se aplicar a teoria no pleito indenizatório é necessário a existência de dano real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, sendo que a mera possibilidade, porquanto, o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável. Assim, foi provido o recurso, julgando improcedente a ação de indenização, por entender se tratar de mera possibilidade, sendo, portanto, inadmissível a responsabilização.

Na abordagem realizada, vislumbra-se que o tema está sendo consolidado nos tribunais, mediante um contínuo esforço da doutrina. Todavia, verifica-se uma imprecisão, na medida em que se denota um descompasso nos entendimentos plasmados no âmbito jurisprudencial quanto na esfera doutrinária, conforme restou demonstrado ao longo deste trabalho.

5. Conclusão

O discurso contemporâneo da responsabilidade civil depara-se com algumas discussões que se voltam para análise da multiplicidade de ingerências lesivas ocasionadas no âmbito das relações privadas, dando impulso ao surgimento de novos paradigmas no contexto jurídico privatístico.

O *locus* das sociedades plurais e complexas é marcado pela diversidade de interesses e variáveis atividades que se entrecrocaram e compõem o cenário atual, o que gera a necessidade de novos mecanismos à resguardar e proteger juridicamente a pessoa e seu patrimônio contra os constantes ataques e atos lesivos, visando a reparação integral dos prejuízos sofridos.

Vislumbra-se uma tendência em aumentar o arco das possibilidades de reparação efetiva dos danos, tornando-se imprescindível delinear e reavaliar os contornos do regime e estrutura jurídico-normativa da proteção do lesado quanto ao ressarcimento dos prejuízos causados pelo lesante.

É neste limiar que surge o instituto da perda de uma chance no âmbito da jurisprudência francesa, tendo por fundamento central a proteção da vítima considerada à luz das preocupações recentes em prol do lesado, ao reparar um desequilíbrio contido nas dificuldades probatórias do nexo de causalidade no *iter* das relações médicas.

Conforme demonstrado ao longo da exposição, doutrina e jurisprudência de vários países passam a reconhecer e adotar a teoria que consiste em indenizar o lesado pela perda da chance de obter um benefício ou evitar um prejuízo.

Inúmeros casos chegaram aos tribunais, desde os mais comuns - como negligência médica que ocasiona a perda da chance de cura ou sobrevivência do paciente e a inércia do advogado que causa a perda da chance de êxito da ação judicial - até os diferentes casos em que demonstra a perda da oportunidade de ganhar um prêmio máximo num programa de televisão ou numa maratona olímpica.

Estes casos não eram, até então, respaldados pelo Direito sob argumento da incerteza apresentada quanto aos prejuízos e danos baseados na hipoteticidade do resultado final, em que não era possível gerar uma reparação. Por longo tempo, tais acontecimentos eram considerados como «mera fatalidade ou acaso do destino», deixando a vítima ao léu, tendo que suportar as consequências de um ato ou omissão que interpelou e anulou a chance de obtenção de um resultado que lhe seria favorável.

Doutrina e tribunais afirmam que não se verifica a perda da vantagem esperada - resultado final -, mas a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo, desde que presente a chance séria e real.

No entanto, existem muitas controvérsias que ainda estão em voga - os critérios necessários para o juízo de probabilidade; definição da chance séria e real, sua diferenciação da mera expectativa; bem como problemática da sedimentação a respeito da natureza jurídica -, sem falar na imprescindibilidade inerente ao instituto de ruptura e redefinição de alguns parâmetros tradicionais da responsabilidade civil.

O ponto crucial destas controvérsias está centrado na questão de se saber se este instituto trata apenas de um manejo realizado pelos juízes diante da dificuldade de se provar o nexo de causalidade em determinados casos - como a negligência médica - ou se trata de um instituto diferenciado que coloca em pauta um novo paradigma na ordem da responsabilidade civil, baseado numa modalidade de dano autônomo.

Não obstante o percurso preconizado pelo reconhecimento de uma nova espécie de dano o dano da perda de uma chance ó seu reconhecimento e afirmação como paradigma da responsabilidade civil torna-se, no mínimo questionável, devido sua utilização camaleônica caracterizada pela alternância de ora ser configurada como extensão do dano patrimonial ou moral, ora ser usada como um artifício diante da dificuldade da comprovação do nexo de causalidade, ora como dano autônomo.

Portanto, deverão ser enfrentadas estas e outras questões que fragilizam e causam uma intranquilidade teórico-argumentativa em sede jurídico-normativa para que o instituto possa ser regulamentado, compreendido e aplicado de forma coerente.

Inegável a relevância da matéria e a necessidade de salvaguardar as ingerências indevidas decorrentes da conduta do agente lesante que gera a perda da chance de obter um resultado benéfico. No entanto, evitar desvios e interpretações equivocadas é essencial à consolidação do instituto quanto à finalidade, estrutura e instrumentos, em meio a mera afirmação de que a relevância justifica a sedimentação.

Referências

BORÉ, Jacques. *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, in JCP, 1974.

CHABAS, François. *La perdita de chance nel diritto francese della responsabilità civile*. In: *Responsabilità civile e previdenza*. vol. LXI, n° 2. Marzo-Aprile 1996.

CHARTIER, Yves. *La Reparation du Prejudice*. Dalloz, Paris. 1983.

DEFENSE Counsel Journal, *Loss of chance in medical malpractice: a look at recent developments: the growing acceptance of this doctrine raises difficult public policy issues, as well as concerns for the limits of medical professional liability*. 01-JUL-03. In: http://goliath.ecnext.com/coms2/gi_0199-3026884/Loss-of-chance-in-medical.

GOMES, Júlio Vieira. **Sobre o dano da perda de chance**. *Direito e Justiça*. Vol. XIX. Tomo II, 2005.

GOMES, Orlando. **Tendências Modernas na Teoria da Responsabilidade Civil**. Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha. Lisboa, 1989.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance**. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 840, ano 94. Outubro de 2005.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações**. Almedina. Coimbra. 1989.



MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 2ª parte, 34ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

MORÁN, Luiz González. *La responsabilidad Civil do Médico*. Barcelona: Jose Maria Bosh S.A., 1990.

PARTISANI, Renato. *Lesione di interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*. Responsabilità civile e previdenza. 2000.

PEDRO, Rute Teixeira. **Da tutela do doente lesado ó Breves reflexões**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano V. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RUELLA, Caroline. *La perte de Chance en Droit Privé, Revue de Recherche Juridique*, 1999.

SAVATIER, Rene. *Traité de La Responsabilité Civile em droit français*. 2ème ed., t. II, Paris, 1951.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

SEGARD, Jean-François. *Responsabilite pour Faute du Medecin Generaliste*. http://www.Laportedudroit.com/htm/juriflash/droit_medical/responsabilite/civile/responsabfaute_medecingnrliste1.htm. 56K. 26.11.2001.

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Perda de uma chance**. Disponível in: www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina_perda.doc.

NUPRE. *Núcleo de Procedimentos Especiais da Presidência do Superior Tribunal de Justiça*. Site pesquisado: www.stj.jus.br

VIEIRA, Maria Luisa Arcos. *La õperdida de oportunidadö como daño indemnizable*. Estudos de Direito do Consumidor, nº 7. Coimbra 2005.

