

FACULDADE EVANGÉLICA RAÍZES
DIREITO

ELISA BATISTA ROCHA

RESPONSABILIDADE CIVIL:
INDENIZAÇÃO BASEADA NA TEORIA DA “PERDA DE UMA CHANCE”

ANÁPOLIS/GO
2018

ELISA BATISTA ROCHA

**RESPONSABILIDADE CIVIL:
INDENIZAÇÃO BASEADA NA TEORIA DA “PERDA DE UMA CHANCE”**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina de Trabalho de Curso II, na Faculdade Raízes.

Orientador (a): Prof. Priscilla Raisia Mota Cavalcanti

ANÁPOLIS/GO

2018

ELISA BATISTA ROCHA

RESPONSABILIDADE CIVIL
INDENIZAÇÃO BASEADA NA TEORIA DA “PERDA DE UMA CHANCE”

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
aprovação na disciplina de Trabalho de
Curso II, na Faculdade Raízes.

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Priscilla Raisal Mota Cavalcanti
(Orientadora)

Prof. _____
(Avaliador)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a responsabilidade civil, verificando a possibilidade de indenização baseada na teoria da perda de uma chance. Para tanto, analisa a origem, a evolução histórica, e a natureza jurídica da responsabilidade civil e da teoria da perda de uma chance a luz de doutrinadores e da Legislação Brasileira, tão como dos princípios que norteiam o tema. Desta forma, será apresentada inicialmente uma introdução tanto a responsabilidade civil quanto a teoria da perda de uma chance. Logo, apresenta-se um estudo mais aprofundado, realizando assim uma abordagem acerca da aplicação da responsabilidade civil nos casos relacionados à teoria da perda de uma chance.

Palavras chaves: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Indenização. Teoria da Perda de Uma Chance.

ABSTRACT

The present work aims to address civil liability, verified the possibility of compensation based on the theory of loss of a chance. In order to do so, it analyzes the origin, the historical evolution, and the legal nature of the civil responsibility and the theory of the loss of a chance in the light of doctrinators and the Brazilian Legislation, as well as of the principles that guide the theme. In this way, an introduction will be presented both to civil liability and to the theory of losing a chance. Therefore, a more in-depth study is presented, thus approaching the application of civil responsibility in cases related to the theory of the loss of a chance.

Keywords: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Indenização. Teoria da Perda de Uma Chance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. APRESENTAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	
1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	9
1.2. PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	13
2. AS MODALIDADES DE INDENIZAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL	
2.1. NATUREZA JURÍDICA.....	16
2.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL...20	
3. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	
3.1. DISTINÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COM DANO EMERGENTE, LUCRO CESSANTE E DANO MORAL.....	25
3.2. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
REFERÊNCIAS.....	36

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade conceituar a nova modalidade de indenização da responsabilidade civil – conforme conceituada por alguns doutrinadores –, e analisar a legislação brasileira vigente a fim de constatar de que forma está sendo aplicada a teoria da perda de uma chance nos tribunais brasileiros, e quais os critérios utilizados para a concessão de indenização por esta espécie de dano.

O estudo do tema é importante, pois com as inúmeras modificações e reformulações que o Código Civil passou e vem passando, traz consigo uma evolução principalmente no instituto da responsabilidade civil, ampliando assim as possibilidades de reparação à vítima que em outras épocas não se cogitava. Dentre tais situações, a perda da oportunidade de se alcançar uma vantagem ou de se evitar um prejuízo decorrente de um dano causado por outrem, denominado teoria da perda de uma chance.

Nesse contexto, o presente trabalho visa responder ao seguinte questionamento: Apesar de não haver legislação específica quais os fundamentos, princípios e requisitos utilizados para aplicação da teoria da perda de uma chance nos tribunais do país?

Iniciará a resposta abordando a evolução histórica do tema em questão, trazendo assim uma base, sendo de suma importância compreender o início da indenização pela responsabilidade civil para assim termos maior conhecimento para adentrarmos na teoria da perda de uma chance. Vale ressaltar que os princípios são os pontos chave de toda matéria direcionada ao direito, sendo explanados os princípios direcionados a teoria da perda de uma chance.

Em seguida será comentada a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance e esmiuçado a responsabilidade civil de acordo com o Código Civil, onde neste não prevê legislação específica para a teoria da perda de uma chance, sendo necessárias doutrinas e jurisprudências para a aplicação nos casos práticos.

Por fim, o trabalho visa demonstrar a distinção da indenização pela teoria com as demais formas de indenização previstas em lei, sendo trago decisões dos Tribunais Brasileiros que tratam a cerca da indenização da teoria da perda de uma chance, tanto de forma favorável como desfavorável, ressaltando a cerca de quais

casos a teoria pode e deve ser aplicada, e de qual forma os Juízes examinam e decidem a matéria.

Os objetivos do presente estudo então será analisar a legislação brasileira, visando se há possibilidade para que a teoria seja aplicada, tão como os princípios norteadores e sua natureza jurídica. Por fim realizar um levantamento documental na jurisprudência dos tribunais brasileiros sobre a sua aplicação.

Vale ressaltar que para o desenvolvimento da pesquisa, a opção será o tipo exploratório, onde serão utilizados métodos como pesquisa bibliográfica, através de coleta de dados em livros, artigos jurídicos, além de documentos e textos em meio virtual.

1. APRESENTAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de aprofundarmos no tema, devemos conhecer a respeito da origem e da evolução histórica, tanto da responsabilidade civil quanto da teoria da perda de uma chance. Tendo em vista que a responsabilidade civil ocorre desde sempre, mesmo que não tendo lei expressa para tal, já a teoria da perda de uma chance apesar de não ter legislação vigente tem ganhado espaço na área jurídica recentemente, como será explanado.

Segundo o filósofo Nicola Abbagnano (2003, p. 855), responsabilidade é a “possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão”. Sendo assim, podemos interpretar que, desde os primórdios toda pessoa que cometesse algum ato contra algo ou alguém teria o dever de corrigi-lo. Entretanto, a expressão responsabilidade é utilizada em várias áreas, possuindo então significados distintos conforme cada contexto.

Na área do direito civil, a responsabilidade constitui o ramo do direito obrigacional, concernente ao dever, que no acaso do descumprimento de uma obrigação, então, vem o dever de compensar o dano causado. Nesse raciocínio, Rui Stoco (2007, p. 116) conceitua a responsabilidade civil como “a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar implícito ou expreso na lei.”

Por conseguinte alguns conceitos, adentramos agora diretamente na origem da responsabilidade civil, que se deu em Roma, onde vigorava a Lei do Talião, sintetizada pela idéia de “olho por olho, dente por dente”. Bastava o dano efetivamente sofrido pela vítima para provocar “a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido” (GONÇALVES, 2009, p. 04).

Durante esse período, a aplicabilidade conceitual do que é ou deveria ser o direito era inexistente e dava espaço para o império da vingança privada, que seria aquela “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal” (GONÇALVES, 2015, p. 24).

O período que sucedeu ao da vingança privada foi o da compensação financeira do dano, fazendo com que o patrimônio do ofensor respondesse por suas dívidas e não sua pessoa, tendo este mais relação com o Direito Civil Brasileiro atual. Nesta época então, foram criadas às tarifações para cada forma de dano, como imposta pela Lei das XII Tabuas, etc. Conforme Alvino Lima (1999, p. 21), a composição tarifada, imposta pela lei da XII Tábuas, é o período que sucede a Lei de Talião.

Logo após, se deu o surgimento da Lei de Aquilia, onde se iniciou um princípio norteador para a reparação do dano. Silvio de Salvo Venosa (2009, p. 17) conceitua essa norma como “um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorados seus bens”. Foi com essa lei que promoveu a “responsabilidade aquiliana”, que a partir da conduta do causador do dano é medida pelo grau de culpa com quem atuou.

Sobre o assunto, vale mencionar os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2010, p. 11):

A Lei Aquiliana veio cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportar os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A Lei Aquiliana estabeleceu a baseada responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia, mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e a penal.

Já na idade média, como consequências das normas romanas acima, o direito foi aperfeiçoando a responsabilidade civil, como mencionado por Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 08):

Aos poucos, foram estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito a reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil da responsabilidade penal; e a existência de uma culpa contratual e que não se liga nem ao crime nem ao delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.

Alem do rompimento da responsabilidade penal com a responsabilidade civil, outro marco de grande importância que se sucedeu na idade média foi à separação da idéia de dolo (intencional) e de culpa (descuidada).

A idade moderna já foi marcada pela mudança do padrão no fundamento da responsabilidade civil, dando início a estabilização da teoria do risco, vista sob o aspecto objetivo: quando alguém sofre um dano, aquele que tira proveito da atividade perigosa deve repará-lo, independente da existência da culpa. Essa mudança se deu principalmente em razão de alguns elementos apontados por Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 09) como o surto do progresso, a industrialização e o aumento dos danos, que levaram ao surgimento de novas teorias dentro da responsabilidade civil, capazes de propiciar uma maior segurança as vítimas.

Em síntese, a evolução histórica da responsabilidade civil é marcada pelo dever de reparação de um mal causado a alguém, de início pela vingança privada, até o conceito atual de reparação fundada na culpa, concomitante com a objetivação do instituto na teoria do risco. Como também passou por vários estágios de desenvolvimento, onde “inicialmente a reparação civil era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal” (GONÇALVES, 2009, p. 09).

O Código Civil impõe a necessidade de reparação do dano causado por ato ilícito, conforme dispostos nos artigos 186 e 187, inclusive com a obrigação de reparar o prejuízo independente de culpa, nos casos especificados pela lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar riscos para os direitos de outrem. Trata-se da chamada teoria do risco, fundada no final do século XX, onde diz que “todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 136).

Já a origem e evolução histórica da teoria da perda de uma chance encontraram aplicação no século XIX, especificamente ano de 1911 na Inglaterra. No caso, conhecido como Chaplin v. Hicks, a autora era uma das 50 finalistas de um concurso de beleza, concorrendo a 12 prêmios, assim como as demais candidatas. O réu a teria impedido de participar da fase final do concurso e, por

conta disso, um dos juízes de apelação entendeu que ela teria vinte e cinco por cento (25%) de chance de ganhar um dos prêmios (SILVA, 2007, p. 149).

Sobretudo, o primeiro caso sobre o assunto foi analisado no século XX, apreciado pela 1ª Câmara da Corte de Cassação francesa. “O julgado que inaugurou a jurisprudência francesa, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17/07/1964, 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 do menor não se podia estabelecer de modo preciso um nexo 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.” (KFOURI NETO e SCHONBLUM, 2009, p. 94)

Surge, então, a indenização pela perda de uma chance de se obter determinado resultado vantajoso ou de se evitar um dano. Houve vários casos da aplicação da teoria da perda de uma chance em relação a erro médico, mas posteriormente, as cortes passaram a aplicar a teoria também em outras matérias, não sendo necessariamente relacionada à responsabilidade civil médica, conforme mencionado por Rafael Peteffi Silva (2013):

Nos anos que sucederam a Corte de Cassação Francesa também apreciou diversos casos de perda de uma chance em jogos de azar, competição esportiva, falha de atuação de advogado, quebra de dever de informar, entre outras.

Vale salientar o pensamento de Sérgio Savi (2012, p. 3) acerca da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico francês:

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

Podemos assim dar continuidade a matéria, tendo em vista que ao conhecermos a origem e evolução histórica, será de grande contribuição para o melhor entendimento e aprendizagem do tema.

No Brasil, o primeiro julgado referente à perda de uma chance trata-se de indenização em decorrência de erro médico, em que uma paciente se submeteu a uma cirurgia para correção de miopia em grau quatro da qual resultou uma hipermetropia em grau dois, além de cicatrizes na córnea que lhe acarretou névoa no olho operado. O acórdão foi proferido em 1990 pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Junior. Nesta ocasião, porém, o acórdão foi no sentido de concluir que a teoria não se aplicava àquele caso concreto. (SAVI, 2006, p. 45).

1.2. PRINCÍPIOS NORTEADORES

Tão importante quanto à evolução histórica, existem os princípios, que são os pilares de qualquer ramo do direito. Conforme Silvio Salvo Venosa (2009, p. 163):

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.

Seguindo o raciocínio do doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 1 e 2), este elucida a temática com o seguinte posicionamento:

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Os princípios essenciais sobre os quais se baseia a matéria são:

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que “têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns a todas as pessoas.” (MIRANDA e SIQUEIRA CASTRO, 2006, p. 174)

Nesse sentido, Flávia Piovesan (2000, p. 54) complementa:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

O Princípio da Solidariedade que é expresso no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988. Comentando o artigo, José Francisco Cunha Ferraz Filho (2012, p. 7 e 8) refere que a solidariedade:

É o princípio que norteia a amizade política no espaço público, a aproximação e a cooperação sociais entre pessoas e povos. Há que notar que solidariedade não é coercitiva, pois, ao contrário, tem como pressuposto necessário a liberdade”. Salienta ainda que “a cooperação na sociedade deve partir de seus membros, não podendo ser imposta pela estrutura política.

O Princípio da Eticidade que estabelece a busca dos valores éticos em vez da aplicação rigorosa da letra da lei. É possível verificar a presença do princípio da eticidade pela leitura do artigo 113 e 128 do Código Civil, conforme:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

O Princípio da Operabilidade que tem por objetivo a efetividade da regra jurídica, utilizando-a no caso concreto, onde Miguel Reale conceitua (1998) como:

Confere ao julgador maior elastério, para que, em busca de solução mais justa, a norma, que, contendo cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, possa, na análise de caso por caso, ser efetivamente aplicada, com base na valoração objetiva, vigente na sociedade atual.

O Princípio da Prevenção que consiste em prever um possível dano que venha a ocorrer, no sentido de evitar que o prejuízo aconteça. Neste pensamento Nelson Rosenvald (2017, p. 46) observa que, “o que se deu à reparação de danos em termos de protagonismo nos últimos dois séculos, necessariamente, se concederá à prevenção daqui por diante”.

O Princípio da Reparação Integral do Dano, expresso no Código Civil de 2002, em seu artigo 944, que diz ser preciso reparar os prejuízos causados de acordo com sua extensão, para que assim, se faça justiça de forma correta, conforme:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Para melhor conceituar, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino diz que “o princípio da reparação integral ou plena constitui a principal diretriz do operador do direito para orientar a quantificação da indenização pecuniária”. Rui Stoco completa que o pagamento, deve “abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar”.

Porém, o artigo 928 do mesmo diploma legal previu que com relação à responsabilidade civil dos incapazes, há uma redução equitativa da indenização para preservar a eles e a sua família:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

O Princípio da Equidade que é uma exceção ao Princípio da Reparação Integral do Dano e atribui à responsabilidade a quem tem melhores condições de suportar os gastos, trazendo assim igualdade e justiça ao caso.

Abrange também como um Princípio a Justiça Distributiva, que consiste em uma sociedade em condições iguais de desenvolvimento e critérios éticos.

Na medida em que, as instituições buscam uma distribuição harmônica de direitos e deveres fundamentais, a sociedade se estrutura tornando-se bem organizada e promovendo o bem estar de todos.

Roberto Gargarella (2014, p. 20) destaca que:

Uma sociedade bem organizada é aquela direcionada para promover o bem de seus membros. Uma sociedade em que predominam as circunstancias de justiça é aquela onde não existe nem uma extrema escassez nem uma abundancia de bens, onde as pessoas são mais ou menos iguais entre si (quanto a suas capacidades físicas e mentais) e também vulneráveis as agressões dos demais (nesse sentido, por exemplo, uma sociedade hiperprodutiva, como a imaginada na utopia marxista, surgiria anulando, ou melhor, "superando" as mencionadas circunstancias de justiça).

Podemos então concluir que os princípios são de grande valor para que o operador do direito saiba distinguir a teoria da perda de uma chance no caso, aplicando assim à indenização cabível a responsabilidade civil do agente.

2. AS MODALIDADES DE INDENIZAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

2.1. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance no âmbito do Direito corresponde à indenização pelo dano sofrido ao perder a possibilidade de conseguir um resultado, correlacionado outros elementos, conforme explanados.

Segundo José de Aguiar Dias (1997, p. 7-10):

Os julgamentos de responsabilidade são reflexos individuais, psicológicos, do fato exterior social, objetivo, que é a relação de responsabilidade. Já sob o ponto de vista jurídico, a idéia de responsabilidade adota um sentido obrigacional: é a obrigação que tem o autor de um ato ilícito de indenizar a vítima pelos prejuízos a ela causados.

Sintetizando a conceituação desse instituto, Maria Helena Diniz (2001, p.34) asseverou que:

Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda – responsabilidade subjetiva – ou, ainda, de simples imposição legal – responsabilidade objetiva.

Atualmente o Código Civil de 2002, recepciona duas teorias que explicam os critérios para auferir a responsabilidade ao possível causador de um dano, tendo em vista a reparação conforme o tipo de dano causado. Quais sejam a da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, onde na subjetiva se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória, tratando-se da teoria clássica.

Entretanto, na objetiva há obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, tratando-se então da teoria do risco, que dispensa a comprovação da culpa para a ocorrência do dano indenizável. Explicando melhor da distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, José de Aguiar Dias (DIAS, 1994, p. 24) diz: “no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar”.

Com a clareza Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2003, p. 29) deliberaram:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.

A conduta humana então nada mais é que o ato humano, nesse sentido, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito da pessoa que cause dano a outrem, conseqüentemente gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado, conforme já mencionado no artigo 186 anteriormente. Sílvia Rodrigues (2002, p. 16) em relação à conduta humana assevera que:

A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo.

Para que a conduta humana ocasione a responsabilidade civil é necessária a comprovação do dano dela decorrente, citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 40):

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

A Constituição Federal assegura no caput do artigo 5º e inciso X o direito a reparação do dano, seja ele moral ou material:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Então o dano é o prejuízo resultante da lesão a um bem ou direito, gerando para o lesado o direito de ser ressarcido para que haja o retorno de sua situação ao estado em que se encontrava antes do dano ou para que seja compensado caso não exista possibilidade de reparação. Podendo ser classificado tanto como patrimonial, que consiste na lesão do patrimônio da vítima ou moral que consiste nas ofensas a personalidade da pessoa.

Já o nexo de causalidade é o vínculo entre a conduta e o dano. Sílvia de Salvo Venosa (2003, p. 39) ao definir nexo de causalidade como ensina que:

O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que

experimentou um dano, não identificar o nexa causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Se tratando acerca da teoria da perda de uma chance, que teve origem na doutrina francesa, no final do século XIX (SILVA, 2007, p. 149), e difundida na Itália, a partir de 1940 (SAVI, 2009, p. 7). Segundo Fernando Noronha (2010, p. 698), o interesse pelo assunto somente foi despertado aqui em 1990, em função de uma palestra ministrada aos alunos da Faculdade de Direito da UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), pelo jurista francês François Chabas. Desde então, a matéria se difundiu largamente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, atualmente, vem ganhando cada vez mais espaço, tanto na doutrina quanto nos demais tribunais pátrios.

Fernando Noronha (2010, p. 566 e 567) também atribui a difusão da teoria em comento ao fator social. Na sua concepção, tanto esta espécie de responsabilidade quanto outras mais, se devem à “[...] necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação [...]”. Para ele a viabilidade dessa premissa tem o seguinte fundamento:

A ampliação dos danos suscetíveis de reparação reflete-se na diminuição das exigências para o reconhecimento de certos danos, que anteriormente eram postas, o que tem sido feito principalmente pela via do alargamento da noção de causalidade [...] e pela crescente aceitação da reparabilidade de certos danos de natureza um tanto aleatória, como é o caso da perda de chances.

Foi nesse contexto que teve início a atuação da responsabilidade civil pela perda de uma chance no sistema jurídico pátrio, com fundamento legal no artigo 944, caput, do vigente Código Civil, que afirma: “A indenização mede-se pela extensão do dano” (SILVA, 2007, p. 208 e 209).

Assim, o valor a ser indenizado pela perda da chance não será equiparado à vantagem perdida, pois o objeto da reparação não é a vantagem em si, mas sim a perda da oportunidade de obtê-la ou de se evitar um prejuízo decorrente da ação ou omissão do agente. Indeniza-se, portanto, o valor econômico da chance.

Quanto ao conceito propriamente dito de perda da chance, Fernando Noronha (2010, p. 695) se manifesta nos seguintes termos:

Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No

primeiro caso, em que houve a interrupção de um processo vantajoso que estava em curso, poderemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura; no segundo, em que não houve a interrupção de um processo danoso em curso, falar-se-á em frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (e em que, portanto, temos um dano presente). Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil; em especial, será exigida culpa do agente quando a hipótese for de responsabilidade subjetiva e prescindir-se-á dela quando a responsabilidade for objetiva.

O que deve ficar claro neste contexto é que a doutrina desmembra a teoria em dois campos de atuação: há casos de perda da chance de ter sido evitado um prejuízo ocorrido e outros de perda da chance de aferir proveito em potencial. A primeira hipótese pode ser exemplificada pelo caso do médico que, agindo com negligência, deixa de ministrar a terapêutica adequada ao paciente, que vem a falecer posteriormente. Não é sabido se a correta medicação evitaria o óbito, mas é certo que com ela haveria maiores chances de cura ou sobrevida (SILVA, 2007, p. 81 e 82).

A segunda modalidade contemplada pela teoria abriga os seus exemplos mais clássicos, podendo ser ilustrada pelo conhecido caso do advogado negligente ou imperito, que deixa de interpor o recurso de apelação em favor de seu cliente, em tempo hábil, como também pelo caso do motorista que, por culpa, se envolve em acidente e deixa morrer o cavalo campeão esperado no torneio (SAVI, 2009, p. 37).

Percebe-se, então, que a diferença básica considerada entre essas duas ramificações é o fato de que na primeira situação o dano já foi verificado – o paciente morreu, tornou-se incapaz etc. –, enquanto na segunda modalidade, aparentemente, não é conhecido se a conduta realmente ocasionou um prejuízo final – se a ação seria procedente ou o cavalo ganharia o torneio. Nas palavras da melhor doutrina, no primeiro caso já ocorreu o dano final e no segundo os fatores aleatórios impedem essa afirmação (SILVA, 2007, p. 86-102).

Não obstante sejam encontradas essas particularidades dentro da mesma matéria, o que torna único o instituto é o fato de que sempre serão trabalhadas as chances de algo. Ou seja, não há certeza da vantagem futura ou da eficácia do meio que evitaria o prejuízo. Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva (2007, p. 12):

Não podemos afirmar que o ato culposo do ofensor foi à causa necessária para a perda do resultado pretendido pela vítima, visto que o prognóstico retrospectivo que se poderia fazer para saber se o demandante ganharia a causa, ou se o cavalo ganharia a corrida, ou se a gestante permaneceria viva, é bastante incerto, cercado de fatores exteriores múltiplos, como a qualidade dos outros cavalos, a jurisprudência oscilante na matéria da demanda judicial e as misteriosas características das enfermidades.

Entretanto não podemos negar que houve um prejuízo, tendo em vista que o demandante perdeu a chance de ver seu processo julgado, o proprietário do cavalo perdeu a chance de ganhar o prêmio, e a gestante perdeu a chance de continuar viva, ou seja, o resultado da aposta nunca será conhecido por causa da conduta culposa do ofensor. É este o prejuízo que a teoria da perda da chance visa indenizar.

Percebe-se, então, que somente chances são tuteláveis por esta vertente. Tratando-se de certezas imperam os institutos já consolidados da responsabilidade civil.

No tocante à natureza jurídica da perda da chance, a doutrina oscila no que diz respeito à sua classificação, sendo, ora classificada como lucro cessante, dano moral ou como uma terceira modalidade de dano autônomo.

Destarte podemos compreender que a responsabilidade civil de acordo com o Código Civil tem suas peculiaridades conforme suas teorias, critérios, elementos e modos de reparação do dano. Como também a teoria da perda de uma chance que com seu pré-conceito de aplicabilidade vêm se destacando como uma nova espécie de indenização da responsabilidade civil sendo cada vez mais procurada.

2.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL

Para compreendermos melhor a matéria de estudo deste trabalho, que é a responsabilidade civil pela perda de uma chance, precisamos primeiramente dominar o conceito de responsabilidade civil de acordo com o Código Civil Brasileiro de 2002, que está disposto no Título IX, a partir do artigo 927, para enfim conceituar a luz de doutrinadores a teoria da perda de uma chance.

Vale salientar então que a responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, pois todos têm um dever jurídico originário que consiste em não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário, passamos a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2)

Conforme disposto nos artigos 186 e 927 do Código Civil estão as seguintes previsões: "Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo" e "Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito", respectivamente.

Maria Helena Diniz (2009, p. 35) conceitua:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Contudo, é necessário entender o significado da palavra responsabilidade que tem origem no verbo do latim "*Respondere*", significando então que quando alguém diante uma ação ou omissão causa um dano tem a obrigação de responder, assumindo as consequências que este dano tenha causado. Trazendo assim uma ordem jurídica na sociedade. (GAGLIANO, 2011, p. 43 e 44).

De início, é de suma importância distinguir brevemente responsabilidade civil de responsabilidade penal, já que esta só considera relevante a sua causa, as condutas ensejadas de dolo ou culpa. Ao contrário da responsabilidade civil que se encarrega de abarcar outras condutas desde que essas causem prejuízo a outrem.

Carlos Alberto Bittar (1990, p. 03) faz um paralelo entre a responsabilidade civil e penal:

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 espalham 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: 1- Direito civil (para as violações privadas) e 2- o Direito penal (para a repressão pública).

Silvio Salvo Venosa (2006, p. 06) ressalta outra particularidade da diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal:

O direito penal apenas considera a responsabilidade direta, isto é, do causador do dano ou da ofensa, do transgressor da norma. O Direito Penal pune somente perante a culpa ou o dolo. No Direito Penal, a noção de punição de terceiro não participante da conduta é, em princípio, completamente afastada no direito moderno, embora doutrinas modernas já acenem com revisão desse conceito, principalmente em crimes ecológicos.

A responsabilidade civil então deriva da violação de um dever jurídico originário, que causa dano a outrem. Desta maneira, a doutrina subdivide a responsabilidade em vários elementos, quanto ao fato gerador em contratual e extracontratual, de maneira que se preexiste um vínculo o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, classifica-se como responsabilidade contratual; se, diferentemente, o dever de indenizar surge a partir de lesão, sem que entre o

causador do dano e a vítima preexistia qualquer relação jurídica, classifica-se como responsabilidade civil extracontratual.

Sobre o tema, diz Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 15):

Tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.

Em suma, o Código Civil distinguiu as duas espécies de responsabilidade, disciplinando a responsabilidade extracontratual nos artigos 186 a 188 e 927 a 954; e a contratual nos artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes, “omitindo qualquer referência diferenciadora” (GONÇALVES, 2012, p. 45).

Outra forma de divisão da responsabilidade civil, se dá em subjetiva e objetiva, no qual as duas se diferenciam pelo ônus da prova de que o agente agiu com culpa. Para exemplificar melhor essa diferença, Carlos Alberto Bittar (1990, p. 03) afirma: “A noção de responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito a pretensão.”

Já acerca da responsabilidade civil objetiva, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 48) diz que é aquela que independe do elemento culpa. Esta poderá até existir no caso concreto, entretanto será totalmente irrelevante para a responsabilização do agente causador do dano, não necessitando ser comprovada para a configuração do dever de indenizar.

Nessa vertente, o Código Civil Brasileiro adota a responsabilidade subjetiva como regra geral, porém em determinados casos, como por exemplo, no parágrafo único do artigo 927, artigo 931 e outros, além de casos específicos previstos em leis como o CDC e a Lei nº 6.938/81 é utilizado à responsabilidade objetiva.

A aplicabilidade da responsabilidade civil pode ser direta ou indireta, conforme aduz Sergio Cavarieli Filho (2009, p. 181):

A regra em sede de responsabilidade civil é que cada um responda por seus próprios atos, exclusivamente pelo que fez [...]. É o que tem sido chamado de responsabilidade direta, ou responsabilidade por fato próprio, cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da reparação.

Todavia, “se unicamente os causadores dos danos fossem responsáveis pela indenização, muitas situações de prejuízo ficariam irressarcidas” (VENOSA, 2010, p. 81), pois, em alguns casos, o causador do dano não possui condições de repará-lo. Nesse cenário, o legislador civil, com o fito de solucionar tais situações e garantir a reparação dos danos injustos, elaborou o art. 932 do Código Civil, que prevê casos específicos onde uma pessoa pode vir a responder pelo fato de outrem. Teremos, então, a responsabilidade indireta, ou responsabilidade pelo fato de outrem. (CAVALIERI, 2009, p. 181)

O dano se divide em três, como explanado anteriormente é um dos requisitos fundamentais para caracterização da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano, e o nexo de causalidade.

Carlos Alberto Bittar, citado por Yussef Said Cahail (2000, p. 41), conceitua o dano moral como:

Qualificam-se como morais os danos em razão de esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração pessoal).

Como há dificuldade em mensurar a quantificação do dano na esfera moral, foram formuladas diretrizes para auxiliar os magistrados nessa solução, conforme listado por Maria Helena Diniz (2006, p. 104):

Com isso, propomos as seguintes regras a serem seguidas, pelo órgão julgante no arbitramento para atingir homogeneidade na avaliação do dano moral: a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto a vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se a situação de penúria do lesado; b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial; c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão; d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas; e) atentar as peculiaridades do caso e ao caráter ant-social da conduta lesiva.

Já o dano material afeta o dano patrimonial, constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa. Para o ressarcimento do dano, existem duas formas de reparação pecuniárias já citadas: o dano emergente e os lucros cessantes.

E por fim, há também o dano estético, que é mais específico em relação ao dano moral, consistindo na violação a integridade corporal, conceituado por Yussef Said Cahail (2000, p. 244) como:

Todo dano estético, na sua amplitude conceitual, representa um dano moral, devendo como tal ser indenizado; mas o dano moral conseqüente

das lesões à integridade físico-psíquica do ofendido não se exaure nas repercussões do dano estético vinculado à deformidade permanente.

O instituto da responsabilidade civil serve para indenizar uma pessoa lesada por outrem seja por uma ação ou omissão ilícita, podendo ser aplicada em três tipos de indenização, sendo: moral, material e estética.

3. A TEORIA DA “PERDA DE UMA CHANCE”

3.1. DISTINÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COM DANO EMERGENTE, LUCRO CESSANTE E DANO MORAL

Após as breves considerações acerca da responsabilidade civil, iniciaremos o estudo propriamente dito do trabalho, que é a teoria da perda de uma chance.

No Brasil, a aplicação da responsabilidade civil baseada na perda de uma chance, é relativamente nova. Seu estudo e aplicação ficam por conta da doutrina e jurisprudência, uma vez que o Código Civil de 2002 não faz menção de forma específica a ela. Mas no Código Civil, nos artigos 186, 402, 927, 948 e 949 e da Constituição Federal, no artigo 5º, inciso V, que acolhem a possibilidade de reparação de qualquer dano injusto causado a vítima, os tribunais podem se valerem do critério da analogia, adaptando assim para aplicá-los na teoria da perda de uma chance.

Para conceituar de forma mais sucinta a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance o autor Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 75) sustenta que:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futura para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

Assim, a perda da chance deve ser vista como a perda da possibilidade de se obter o resultado esperado ou de se evitar um possível dano, valorizando as possibilidades que se tinha para conseguir o resultado, para, aí sim, serem ou não relevantes para o direito. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 82)

Para tanto, se faz a análise da situação, onde o magistrado irá apurar se é cabível a aplicação da teoria para a concessão de indenização à vítima por esta espécie de dano. Segundo Rafael Peteffi da Silva (2007):

Para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva. Devem ser analisados requisitos básicos como os de que as chances sejam sérias e reais, bem como a quantificação das chances perdidas, onde a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.

Neste teor, não é fácil distinguir o dano meramente hipotético da chance real de dano. Nesse sentido, a ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, avalia que “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o ‘improvável’ do ‘quase certo’, bem como a ‘probabilidade de perda’ da ‘chance de lucro’, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas”.

Um caso, bastante emblemático e de fácil entendimento, foi o do programa de televisão que ficou conhecido como “Show do Milhão”, um concurso em que o concorrente, ao responder corretamente às perguntas que lhe eram feitas poderia chegar a ganhar o prêmio de um milhão de reais. O caso se deu pelo fato de que uma candidata que participava do programa conseguiu chegar à pergunta milionária e, ao lhe ser feita, a mesma não admitia nenhuma resposta correta. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 82)

O caso acima foi decidido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça da Bahia, que entendeu como reparação por danos morais e materiais no valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte cinco mil reais), conforme ementa abaixo:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ - REsp: 788459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334)

Ainda a respeito das chances, é importante ressaltar que nem todas as situações de danos hipotéticos receberão tutela jurídica com esse fundamento. O início dessa ponderação deve se basear no entendimento exposto por Rafael Peteffi da Silva (2007, p. 84) de que:

As chances são uma ‘suposição legítima do futuro’, que podem ser mensuradas através das características do fato concreto e das estatísticas e presunções a ele aplicadas. Como se vê, as chances aqui apreciadas não se tratam de vagas esperanças subjetivas. Ao examinar o caso concreto, o julgador deverá formar a sua convicção por requisitos minimamente objetivos – muito embora sempre se faça presente uma considerável parcela de discricionariedade.

Nesse exercício incumbido ao magistrado, consagrou-se como pressuposto essencial a ser verificado a presença de realidade e seriedade da chance em foco. Nas palavras do citado Rafael Peteffi da Silva (2007, p. 134):

A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva. Como bem apontou Jacques Boré, pode-se imaginar um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantenha as esperanças de sobreviver. Objetivamente, todavia, não existe qualquer chance apreciável de cura. A propósito, “a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada.

Corroborando com a forma de apreciação mais relativa do instituto, o Enunciado 444, da V Jornada de Direito Civil, foi elaborado nos seguintes moldes:

Art. 927. 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 a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Nesse interim, essa teoria apresenta uma forma de indenizar as vítimas, pelos danos sofridos em decorrência de atos ilícitos, apesar de alguns julgados nacionais a terem classificado, ora como dano emergente, lucro cessante, ou mesmo a título de dano moral. (BUSNELLO; WEINRICH, 1999) Porém os casos de configuração desta responsabilidade civil não se confundem com essas hipóteses de dano moral, dano emergente e principalmente de lucro cessante.

Entende-se por dano moral o prejuízo que afete o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. (VENOSA, 2008, p. 41). A Constituição Federal de 1988, tendo a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, trouxe em seu artigo 5º, incisos V e X a possibilidade de reparação pela violação do direito à dignidade, que pode ser entendido como o dano moral não se confundindo assim com a perda de uma chance.

O dano emergente é o efetivo prejuízo, ou seja, a diminuição do patrimônio sofrida pela vítima. Corresponde ao real e efetiva deficiência nos bens do lesado, conforme o art. 403 do Código Civil de 2002:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Já o lucro cessante é conforme Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 361 e 362) “é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado”. Logo, é aquilo que se deixou de receber em razão do evento danoso. Conforme o art. 402, do Código Civil de 2002:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Ou seja, não há de se confundir dano emergente com a perda de uma chance, pois na teoria não há perda material efetiva, e somente uma probabilidade. Já no caso de lucros cessantes o que se distingue da teoria é a prova que se requer da ocorrência do fato que ensejaria a vantagem, onde já se é esperado uma vantagem/lucro por um acordo previamente firmado, e na perda da chance a prova é da existência da chance em si mesma, e não do fato que traria a vantagem final esperada. Portanto, é que havendo possibilidade de confirmação do dano final estar-se-á frente a uma hipótese de lucro cessante, correspondendo o valor da indenização à integralidade do prejuízo final experimentado pelo ofendido. Não sendo isso possível, por interferência de outras causas presentes no evento danoso, resta reparar apenas as chances perdidas, cujo valor jamais corresponderá à vantagem final. (SAVI, 2009, p. 13-18)

Desta forma, devemos entender a perda de uma chance de acordo com Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 288) onde diz que “a denominada perda da chance pode ser considerada como uma terceira modalidade nesse patamar, a meio caminho entre dano emergente e lucro cessante”. Por este prisma a perda de uma chance estaria enquadrada na espécie de dano material.

Outra distinção que é de suma importância ser feita, é em relação à mera expectativa que se baseia na esperança perdida de auferir algo desejado, que independe de intervenção de outrem. É preciso insistir então no fato de que, a perda da oportunidade de ganho ou de evitar um prejuízo, imprescindível que a chance seja séria e real, excluindo a mera expectativa, conforme ensinamentos de Glenda Gonçalves Gondim (2005, p. 23):

Assim, a reparação não é do dano, mas sim da chance. Não se admitem as expectativas incertas ou pouco prováveis, que são repudiadas pelo nosso direito. Com efeito, a chance a ser indenizada deve ser algo que certamente iria ocorrer, mas cuja concretização restou frustrada em virtude do fato danoso.

Basicamente, a teoria da perda de uma chance é um tipo de indenização específico que só trata dos danos sofridos em decorrência de atos ilícitos que ocasione a perda da possibilidade de se obter um determinado resultado, devendo essa chance ser certa e real, caso contrário não se configura na teoria da perda de uma chance.

3.2. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Atualmente, os tribunais estaduais possuem inúmeros julgados, reconhecendo a indenização pela perda de uma chance. Todavia, como se sabe ainda não resta pacificado a classificação dada à natureza jurídica da teoria. O que conseqüentemente traz uma inconsonância, pois fica deliberado ao entendimento do juiz vigente tratar a indenização ora como danos morais, ora como danos materiais, ora como danos emergentes e ora como lucros cessantes, conforme exemplificado abaixo.

Ementas:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE EQUIVOCADAMENTE CONCLUIU PELA INACUMULABILIDADE DOS CARGOS JÁ EXERCIDOS. NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HIPÓTESE EM QUE OS CARGOS PÚBLICOS JÁ ESTAVAM OCUPADOS PELOS RECORRENTES. EVENTO CERTO SOBRE O QUAL NÃO RESTA DÚVIDAS. NOVA MENSURAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO. 1. A teoria da perda de uma chance tem sido admitida no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Esta modalidade de reparação do dano tem como fundamento a probabilidade e uma certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Precedente do STJ. 2. Essencialmente, esta construção teórica implica num novo critério de mensuração do dano causado. Isso porque o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que "há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. 3. Esta teoria tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas stricto sensu, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é certo que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício. 4. No caso em tela, conforme excerto retirado do acórdão, o Tribunal a quo entendeu pela aplicação deste fundamento sob o argumento de que a parte ora recorrente perdeu a chance de continuarem exercendo um cargo público tendo em vista a interpretação equivocada por parte da Administração Pública quanto à impossibilidade de acumulação de ambos. 5. Ocorre que o dano sofrido pela parte ora recorrente de ordem material não advém da perda de uma chance. Isso porque, no caso dos autos, os recorrentes já exerciam ambos os cargos de profissionais de saúde de forma regular, sendo este um evento certo sobre o qual não resta dúvidas. Não se trata de perda de uma chance de exercício de ambos os cargos públicos porque isso já ocorria, sendo que o ato ilícito imputado ao ente estatal implicou efetivamente em prejuízo de ordem certa e determinada. A questão assim deve continuar sendo analisada sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado, devendo portanto ser

redimensionado o dano causado, e, por conseguinte, a extensão da sua reparação. 6. Assim, afastado o fundamento adotado pelo Tribunal a quo para servir de base à conclusão alcançada, e, considerando que a mensuração da extensão do dano é matéria que demanda eminentemente a análise do conjunto fático e probatório constante, devem os autos retornarem ao Tribunal de Justiça a quo a fim de que possa ser arbitrado o valor da indenização nos termos do art. 944 do Código Civil. 7. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta extensão, provido.

(STJ - REsp: 1308719 MG 2011/0240532-2, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 25/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2013).

Conforme trecho retirado do acórdão, o Tribunal de Minas Gerais não entendeu que a parte perdeu a chance de continuar a exercer acumulação de cargos públicos, por interpretação equivocada por parte da Administração Pública, pois o dano sofrido pela parte não advém da perda de uma chance de exercício de ambos os cargos públicos porque isso já ocorria.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL. VÍTIMA DE TRAUMATISMO CRANIANO GRAVE. DEMORA NO ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA. CONDUTA NEGLIGENTE EVIDENCIADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. Em se tratando de serviços tipicamente públicos, a responsabilidade civil do hospital é objetiva, fulcro no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Evidenciada a negligência da equipe médica plantonista do setor de emergência do hospital que, injustificadamente, demorou trinta minutos para atender a vítima de acidente de trânsito com traumatismo craniano grave. Quantificação dos danos morais causados pela dor da perda do filho da autora, proporcional à chance de sobrevivida aniquilada. Valor mitigado, considerando o estado crítico do acidentado, cujo prognóstico era ruim. Precedentes. Indenização de danos morais confirmada em R\$28.110,00, com aplicação da teoria da perda de uma chance. Danos materiais consistentes nos gastos com funeral, não impugnados. RECURSOS DE APELAÇÃO DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70073582538, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 24/08/2017).

Já neste caso o Tribunal do Rio Grande do Sul entendeu como indenização de danos morais com aplicação na teoria da perda de uma chance, tendo em vista a possibilidade de sobrevivida da vítima que foi prejudicada pela morosidade no atendimento de emergência do hospital.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR VÍCIO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CLÁUSULA ABUSIVA DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE BLOQUEIO DE VEÍCULO E ENVIO DE EQUIPE DE BUSCA. DEFEITO: VEÍCULO NÃO FOI BLOQUEADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. A responsabilidade civil, de natureza objetiva, por vício na prestação de serviço ao consumidor é regulada pelo art. 14, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Para apurá-la, é necessário analisar se ocorreu defeito na prestação de serviço. Sendo, portanto, necessário apurar as prestações avençadas pelas partes. 2. "O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes" (art. 14, § 1º, CDC.). In casu, a prestação consiste no

bloqueio e no envio de equipes de busca por apoio tático terrestre. No entanto, embora tenham sido enviados os comandos, o veículo não foi bloqueado. Desse modo, houve defeito na prestação do serviço, assim é dever do prestador de serviço compensar os danos causados, independentemente de culpa. 3. A teoria da perda de uma chance "Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outra parte, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima". Doutrina. É admitida apenas se houver séria e real possibilidade de êxito (REsp 1354100/TO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, REPDJe 06/03/2014, DJe 24/10/2013). No caso, a conduta que fez desaparecer a probabilidade de um benefício futuro refere-se ao defeito na prestação do serviço - o qual, se fosse prestado na forma pactuada, não faria desaparecer a probabilidade de se encontrar o veículo. Além disso, a possibilidade de êxito foi séria e real, em razão da forma como seria prestada. A prestação garantia o bloqueio, assim, se bloqueado o veículo, quem o dirigisse seria obrigado a abandoná-lo, sendo assim facilmente encontrado pelas autoridades ou até pela equipe de apoio, que deveriam ser também enviada. Ademais, havia a instalação de um alarme sonoro que avisava a todos que o carro estava sendo roubado. 4. Dano material fixado que merece pequena correção para equivaler a 80 % da tabela Molicar, nos termos expressos no contrato. 5. Dano moral fixado de forma proporcional e razoável. Recurso conhecido e provido, parcialmente, para estabelecer o dano material em 80 % sobre o valor da tabela Molicar, nos termos do voto do Desembargador Relator. (TJ-RJ - APL: 00505803220148190004 RIO DE JANEIRO SAO GONCALO 3 VARA CIVEL, Relator: CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR, Data de Julgamento: 10/07/2018, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/07/2018).

No caso, o Tribunal do Rio de Janeiro concedeu indenização material e moral pela perda de uma chance, tendo em vista que a conduta que fez desaparecer a probabilidade de um resultado refere-se ao defeito na prestação do serviço, que não foi prestado conforme combinado. Além disso, em razão pela forma como seria prestado o serviço, a possibilidade de êxito foi séria e real.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO CONSTATADO. MORTE DO FETO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. REQUISITOS À IMPUTAÇÃO DE UM DEVER DE INDENIZAR PRESENTES. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E PATRIMONIAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM. MÉTODO BIFÁSICO. Evidenciada a possibilidade de aplicação do método bifásico de apuração dos danos extrapatrimoniais (STJ, R.Esp. nº 710.879/MG), considerados os parâmetros estabelecido pela jurisprudência para casos assemelhados (grupo de casos) e consideradas, na proporcionalidade estabelecida em concreto, as características fáticas e jurídicas do caso. Em hipótese de indenização por perda de chance, aplica-se diminuição proporcional a 20% do valor total da indenização, conforme voto paradigma do STJ - Recurso Especial nº 1.254.141 - PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que considerou uma redução proporcional a 20%, em caso de morte. Tratando-se de perda real, por morte do feto, condena-se proporcionalmente o demandado no pagamento do percentual de 80% do total do dano extrapatrimonial. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70060138500, Quinta Câmara Cível - Serviço de Apoio Jurisdição, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Claudia Cachapuz, Julgado em 26/10/2016).

O Tribunal Rio Grande do Sul entendeu que em hipótese de indenização por perda de chance, aplica-se diminuição proporcional a 20% (vinte por cento) do valor total da indenização, onde se baseou conforme voto paradigma do STJ - Recurso Especial nº 1.254.141 - PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que considerou uma redução proporcional a 20%, (vinte por cento) em caso de morte. Tratando-se de perda real, por morte do feto, condena-se proporcionalmente o demandado no pagamento do percentual de 80% (oitenta por cento) do total do dano extrapatrimonial.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INSERÇÃO DE DADOS CADASTRAIS EM ORGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. IRREGULARIDADE DA CONDUTA. RELAÇÃO CONTRATUAL NÃO COMPROVADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELA NEGATIVAÇÃO DA OPERADORA DE TELEFONIA. DANO MATERIAL. REPARAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. PATENTE PREJUÍZO À ATIVIDADE EMPRESARIAL. CONDENAÇÃO FIXADA DE FORMA MODERADA. JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. MANTIDA CONDENAÇÃO DOS HONORÁRIOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A apelante na condição de empresa concessionária de serviço público, possui responsabilidade civil objetiva pelos danos que causar a terceiros, nos termos do que dispõe o § 6º do art. 37 da CF. 2. A inserção do nome da apelada no cadastro de inadimplentes, sem comprovação da legitimidade de tal inscrição, gera o dever de indenizar por dano moral. Configurado o nexo causal entre a conduta do prestador de serviço e o dano, desnecessária a comprovação do prejuízo imaterial, por se tratar de dano in re ipsa. 3. Para a efetiva concessão da indenização por danos materiais é preciso comprovação da certeza, da atualidade e da sua realidade, o que foi feito pela parte autora no caso sub examine, ao juntar aos autos cópia do contrato celebrado entre a acionante e empresa Álamo Informática e a desistência de contratação devido a ocorrência da inscrição da autora em órgãos restritivos ao crédito, conforme fls. 29/32. 3. A jurisprudência pátria possui entendimento pacífico quanto à possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, nos termos da Súmula 227/STJ, desde que haja ofensa à sua honra objetiva. Nessa esteira, a condenação por danos morais arbitrados no quantum de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estando condizente com os valores aceitos por esta Corte. 4. Os juros moratórios, em se tratando de responsabilidade extracontratual, incidem desde a data do evento danoso. Súmula 54 do STJ. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0149979-09.2009.8.05.0001, Relator (a): Joanice Maria Guimarães de Jesus, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 06/09/2017).

No caso, configura o nexo causal entre a conduta do prestador de serviço e o dano. O Tribunal aceitou a teoria da perda de uma chance, tendo em vista que a inserção do nome no cadastro de inadimplentes, sem comprovação de legitimidade de tal inscrição, gerou o dever de indenizar por dano moral e material, pois a parte prejudicada perdeu contratações com outras prestadoras de serviço por ter a inscrição em órgãos restritivos ao crédito.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. DESÍDIA. NÃO AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA

TEMPESTIVAMENTE. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MATERIAL E MORAL. CONFIGURAÇÃO. 1.A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE FOI ORIGINALMENTE DESENVOLVIDA PARA DAR RESPOSTAS ÀS PERPLEXIDADES DERIVADAS DA DIFICULDADE DE SE INDENIZAR A FRUSTRAÇÃO DE UMA OPORTUNIDADE DE GANHO, NAS HIPÓTESES EM QUE HÁ CERTEZA QUANTO AO CAUSADOR DO DANO E INCERTEZA QUANTO À RESPECTIVA EXTENSÃO. NESTA SENDA, VERIFICA-SE A PLENA ADEQUAÇÃO DA APLICAÇÃO DA REFERIDA TEORIA AOS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NEGLIGENTE, DESDE QUE A FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS IMPLIQUE NA FRUSTRAÇÃO DA OPORTUNIDADE DO CONTRATANTE DE ALMEJAR POSIÇÃO MAIS BENÉFICA, A QUAL POSSIVELMENTE SERIA ALCANÇADA SE NÃO HOUVESSE A OCORRÊNCIA DO ILÍCITO PRATICADO. 2.A DOUTRINA MAJORITÁRIA CONSIDERA A INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE COMO UMA TERCEIRA MODALIDADE DE DANO MATERIAL, A MEIO CAMINHO ENTRE O DANO EMERGENTE E OS LUCROS CESSANTES. 3.NA ESPÉCIE FÁTICA RETRATADA NOS AUTOS - PRESCRIÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS EM RAZÃO DA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR ADVOGADOS PREPOSTOS DO SINDICATO RÉU, QUE, POSSUINDO OS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS, NÃO AJUIZARAM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA DE MODO TEMPESTIVO -, O FATOR NEGLIGÊNCIA SE AGLUTINA COM A VARIÁVEL ALTA CHANCE DE SUCESSO A FIM DE EMERGIR O DEVER DE O DEMANDADO INDENIZAR A OPORTUNIDADE PERDIDA. 4.IN CASU, ALÉM DOS DANOS MATERIAIS ORIUNDOS DA FRUSTRAÇÃO DE UMA POSSIBILIDADE REAL DE GANHO, RESSOA CRISTALINO QUE O DESCUIDO INESCUSÁVEL DO DEMANDADO TAMBÉM OCASIONOU DANOS DE ORDEM MORAL AO AUTOR. DE FATO, OS DANOS CAUSADOS AO REQUERENTE TRANSCENDERAM EM MUITO AO MERO DISSABOR OU ABORRECIMENTO, AFETANDO DIRETAMENTE SUA PAZ DE ESPÍRITO E SUA TRANQUILIDADE PSÍQUICA. 5.APELAÇÃO DO RÉU CONHECIDA E DESPROVIDA. APELAÇÃO DO AUTOR CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. (TJ-DF - APC: 20110710042472 DF 0004173-94.2011.8.07.0007, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/12/2013, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 12/02/2014 . Pág.: 84).

Neste há prescrição dos direitos trabalhistas em razão de falha do advogado em não ajuizar a ação, tendo os documentos suficientes para tal. O tribunal entendeu a indenização como perda de uma chance na modalidade de dano material.

ACIDENTE DE VEÍCULO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – COLISÃO – MORTE DO FILHO DO AUTOR – AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DO VEÍCULO CAUSADOR DO ACIDENTE – PRETENSÃO RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO POR NÃO TER FORNECIDO IMAGENS ORIUNDAS DAS CÂMERAS INSTALADAS AO LONGO DA RODOVIA E NAS PRAÇAS DE PEDÁGIO – APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – INADMISSIBILIDADE À ESPÉCIE – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE PERMITAM CONCLUIR A POSSIBILIDADE SÉRIA E REAL DE ÊXITO DO AUTOR EM EVENTUAL DEMANDA INDENIZATÓRIA EM FACE DO MOTORISTA, PROPRIETÁRIO OU SEGURADOR DO CAMINHÃO QUE PRETENDIA IDENTIFICAR – RECURSO DA RÉ PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O FEITO. Conquanto seja reconhecido o dever da concessionária em fornecer as

imagens solicitadas pelo autor, à luz do Código de Defesa do Consumidor, eis que comprovadamente dispõe de inúmeras câmeras na rodovia que administra, seja em postes ao longo da rodovia, seja em praças de pedágio, tal fato não necessariamente leva ao reconhecimento de que a identificação do caminhão envolvido no embate com a motocicleta do filho do autor possa culminar na condenação de seu condutor, proprietário ou segurador. Assim, não havendo como aferir, pelos elementos constantes dos autos, quem deu causa ao acidente que vitimou o motociclista, inexistem elementos que permitam concluir a possibilidade séria e real de êxito do autor em eventual demanda indenizatória em face do motorista, proprietário ou segurador do caminhão que pretendia identificar, sendo incabível, portanto, a aplicação da teoria da perda de uma chance com o fim de condenar a ré, concessionária, a indenizar o autor pelos danos materiais e morais experimentados. Recurso da ré provido para julgar improcedente a presente ação. (TJ-SP - APL: 40014384720138260451 SP 4001438-47.2013.8.26.0451, Relator: Paulo Ayrosa, Data de Julgamento: 26/07/2016, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/07/2016).

Neste caso o Tribunal de São Paulo não concedeu a indenização pela perda de uma chance por não haver indícios probatórios reais da perda da uma chance séria e real.

Em suma, é fundamental ressaltar que a perda de uma chance é um tema novo e controverso, pois visa auferir a probabilidade da perda de uma chance, de prejuízo ou de ganho. Apesar de controverso, a teoria quando exportada para nosso ordenamento deve ser aplicada de maneira adequada, trazendo aos jurisdicionados segurança jurídica e uniformização, o que infelizmente muitas vezes não ocorre.

Além da falta de legislação vigente tratando acerca da teoria da perda de uma chance – para que assim os operadores do direito saibam diferenciá-la entre os demais danos, principalmente pela aproximação que a teoria possui com as demais formas de indenização –, o maior obstáculo encontrado para a admissão da teoria reside na dificuldade de se demonstrar que a conduta de outrem gerou um dano, esbarrando-se em um problema de certeza dos pressupostos da responsabilidade civil.

Porém, negar a indenização pela chance perdida seria um retrocesso à evolução da responsabilidade civil, visto que, hoje, atua sempre embasada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, em consonância com a Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, se baseia em um paradigma solidarista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em questão buscou uma abordagem geral sobre a responsabilidade civil conforme o Código Civil, e de que forma a teoria da perda de uma chance se enquadra, analisando sua evolução e aplicabilidade no sistema Judiciário Brasileiro, a fim de verificar o cenário atual da matéria.

Foi abordada inicialmente a origem da teoria da perda de uma chance, que se deu no início de 1900, na Inglaterra, mas veio ganhar espaço na esfera jurídica somente em 1964 na França, sendo os principais casos analisados referente a erro médico. Já no Brasil a teoria da perda de uma chance foi marcada pelo caso emblemático do “Show do Milhão” nos anos 2000.

A teoria da perda de uma chance tem se tornado uma modalidade de indenização autônoma em caráter de dano moral, sendo que esta não se confunde com os modelos de indenização de dano material, lucro cessante e dano emergente, onde no presente trabalho foi apresentada essa distinção, diretamente ligada com o Código Civil.

Assim, atualmente, apesar de não haver no Código Civil previsão legal, foram apresentadas decisões demonstrando quais os casos se buscam a aplicação da teoria da perda de uma chance e como realmente os Tribunais estão tratando acerca da indenização, como também quais são os requisitos utilizados.

Desta forma, a falta da lei positivada nesse sentido traz malefícios para a pessoa que busca amparo jurídico – pois muita das vezes a pessoa nem sabe que tem esse direito resguardado –, e para os Tribunais, onde cada Juiz analisa e decide da forma que julga correto, ficando assim de forma bastante subjetiva. Não obstante, há grande necessidade de aplicação da teoria, a fim de ampliar qualquer tipo de prejuízo, respeitando valores intrínsecos da pessoa, inclusive de cunho Constitucional.

Observamos finalmente que a perda de uma chance é uma teoria que vem ganhando espaço, resguardada pelos princípios constitucionais e a cada dia demonstra uma realidade no direito brasileiro, embora haja grandes discussões dentro da doutrina e jurisprudência, que buscam principalmente realizar distinções conceituais, a fim de diferenciar a real oportunidade perdida de outras espécies de danos, trazendo como uma modalidade autônoma de reparação.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Beatriz Fernandes. **Teoria da perda de uma chance**. Disponível em: <<https://www.ordemperfeita.com/teoria-da-perda-de-uma-chance/>>. Acesso em 05/10/2018.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil – Teoria & Prática**. 2º ed., Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 1990.
- Bruna Lyra Duque e Cesar Augusto M Fonseca. **A teoria pela perda de uma chance e sua caracterização como dano emergente**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10782>. Acesso em 23/10/2018.
- BUSNELLO, Saul José; WEINRICH, Jair. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: Uma análise doutrinária**.
- CAHALI, Yussef Said. Op Cit 2000.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- Código Civil** de 2002
- Constituição Federal** de 1988
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7º Volume. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. **Dos princípios fundamentais**. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.) **Constituição Federal interpretada**. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

Gabrielle Gazeo Ferrara. **Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance: quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar.** Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047-](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047-Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chance+quando+uma)

[Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chance+quando+uma](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047-Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chance+quando+uma)>.

Acesso em 16/09/2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil.** 7º edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **Teoria da Justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política.** São Paulo: Saraiva, 2014.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance.** *In:* Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Kathiane da Silva Oliveira. **A teoria da perda de uma chance: Nova vertente na responsabilidade civil.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8762&revista_caderno=7. Acesso em 16/09/2018.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco,** 2º ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das obrigações.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil.** 7º edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Vol. III.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Rafael Brasil. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil.** Disponível em: < <https://blog.sajadv.com.br/teoria-da-perda-de-uma-chance/>>. Acesso em 16/09/2018.

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno.** São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
Rosamaria Novaes Freire Lopes. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>>. Acesso em 05/10/2018.

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

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance.** 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Silvia Renata Segatto Santos Nascimento. **Teoria da perda de uma chance.** Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/23709/teoria-da-perda-de-uma-chance>>. Acesso em 05/10/2018.

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

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance: Uma análise do direito comparado e brasileiro.** 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013

Superior Tribunal de Justiça, Jus Brasil. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em 23/10/2018.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

Thiago Chaves Melo e Priscilla Amaral. **Perda de uma chance ganha espaço nos tribunais.** Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2014-mar-24/responsabilidade-perda-chance-ganha-espaco-tribunais>>. Acesso em 05/10/2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. IV.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 14^a Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estatuto do Direito**. 2^o Ed. São Paulo: Atlas, 2009.