

FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS DE MANHUAÇU

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

Melissa Alves De Souza Dornelas

MANHUAÇU / MG
2018

MELISSA ALVES DE SOUZA DORNELAS

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso Superior de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Milena Cirqueira Temer

MANHUAÇU / MG
2018

MELISSA ALVES DE SOUZA DORNELAS

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO
BACHARELADO EM DIREITO

Data: ____/____/____

Banca Examinadora

Nome

Nome

Nome

MANHUAÇU / MG
2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter me dado condições e força para superar todos os obstáculos. A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes. A minha orientadora Milena Temer, pela paciência, suas correções e incentivos. Aos meus colegas de sala e aos meus pais pelo amor incondicional. Enfim, a todos os que por algum motivo contribuíram para a realização desta pesquisa.

RESUMO

O instituto da responsabilidade civil tem se expandido, em razão da erosão crescente dos seus filtros tradicionais, como a culpa e o nexo causal. Nesse contexto, verifica-se a adoção cada vez maior da teoria da perda de uma chance, com a finalidade de indenizar não um dano efetivo, mas sim uma chance de auferir um benefício ou evitar um prejuízo. A partir da pesquisa bibliográfica e do estudo de casos jurisprudenciais, busca-se traçar delineamentos sobre os requisitos para a aplicação do instituto e para a quantificação da indenização. Conclui-se que o instituto não se presta a reparar a perda de uma simples esperança subjetiva, mas sim uma chance real e séria, e que a quantificação do prejuízo por perda de uma oportunidade não deve ser pautada pelo objetivo de conferir ao lesado a integralidade do que viria a receber caso usufrísse plenamente a oportunidade perdida, mas uma indenização pela perda em si.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Indenização. Jurisprudência. Requisitos.

ABSTRACT

The civil liability institute has expanded because of the growing erosion of its traditional filters, such as guilt and causality. In this context, there is a growing adoption of the theory of loss of a chance, with the purpose of indemnifying not an effective damage, but a chance of obtaining a benefit or avoiding a loss. Based on the bibliographical research and the study of jurisprudential cases, it is sought to outline the requirements for the application of the institute and for the quantification of indemnification. It follows that the institute does not lend itself to repairing the loss of a simple subjective hope, but rather a real and serious chance, and that the quantification of the loss due to the loss of an opportunity should not be guided by the objective of conferring on the injured party the completeness of what he would receive if he fully enjoyed the lost opportunity, but an indemnity for the loss itself.

Keywords: Civil liability. Loss of a chance. Indemnity. Jurisprudence. Requirements.

SUMÁRIO

1.0 Introdução.....	8
2.0 A perda de uma Chance.....	10
2.1. Responsabilidade civil por perda de uma chance.....	10
2.2. Noções introdutórias acerca da Teoria e sua responsabilidade civil.....	10
2.3. Breve história do surgimento da Teoria e o histórico da perda de uma chance no Brasil.....	11
2.4. Noções acerca da responsabilidade civil.....	14
2.5. Definição.....	15
2.6. Pressupostos doutrinários do instituto.....	16
2.6.1. Chances sérias e reais.....	16
2.6.2. Reparar a chance perdida ou a vantagem esperada?	17
2.6.3. Responsabilidade objetiva ou subjetiva?	18
2.7. A jurisprudência como fonte de direito.....	18
2.7.1. Jurisprudência e interpretação: Fonte do Direito.....	22
2.8. Divergência de entendimentos: Doutrina e jurisprudência.....	24
2.8.1. Perda de uma Chance no Brasil.....	25
2.9. Quantidade / Extensão do valor.....	26
3.0 Jurisprudências atuais sobre a Teoria da perda da chance.....	28
4.0 Considerações Finais.....	31
5.0 Referências Bibliográficas.....	33

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho relata um estudo a respeito da teoria da perda de uma chance. A presente teoria surgiu na França, a partir da década de 1960, no âmbito da responsabilidade civil do médico, tendo sido bastante difundida na Itália. Para proteger a vítima dos inconvenientes da formação da culpa, adotou-se a doutrina da perda de uma chance de sobrevivência ou de cura, militando a presunção de culpa contra o médico, por não oferecer ao paciente todas as chances de um resultado favorável no tratamento. (OLIVEIRA, 2010, s/p)

Para ser passível de indenização a chance perdida deverá ser real e séria (e não meramente especulativa), devendo ser comprovado o nexo de causalidade entre conduta do ofensor e o prejuízo (dano) experimentado pelo ofendido. No Brasil, importou-se a mencionada teoria ao se conceber a chance como um instituto jurídico, preenchendo assim uma lacuna do ordenamento jurídico e resultando em uma utilização constante nos tribunais. Nesse seguimento, por se tratar de uma teoria estrangeira e não ter previsão expressa na legislação brasileira, tendo em vista que os artigos do Código Civil sobre responsabilidade civil não são taxativos, não há posicionamento homogêneo, seja por parte da doutrina ou pela jurisprudência. (OLIVEIRA, 2010, s/p)¹

O problema central da pesquisa é se a referida Teoria da Perda de uma Chance é ou pode ser aplicada no Direito Brasileiro.

A justificativa se baseada na problemática do tema, vem despertando alguns doutrinadores e juristas um recente interesse. Porém, ainda é pouco utilizado na prática, poucos são os que utilizam esta teoria, pois talvez considerem os acontecimentos como mera 'fatalidade ou acaso' e não aplicam a teoria da perda de uma chance, apesar de ser mencionado e aplicado em alguns julgados.

Os objetivos da pesquisa são analisar os critérios de aplicação e a utilização atual da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro.

Os objetivos específicos são descrever o que é a Teoria da Perda de uma Chance, descrever sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, identificar quais

¹ Dados conforme constam no sítio: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8762&revista_caderno=7. Acesso em 20 de novembro de 2018.

são os critérios e requisitos para a aplicação da referida Teoria e por fim realizar levantamento bibliográfico acerca do tema apresentado.

2.0 A PERDA DE UMA CHANCE

2.1. Responsabilidade civil por perda de uma chance

Para iniciar este trabalho, se faz necessário que seja analisado o instituto da responsabilidade civil por perda de uma chance, seus pressupostos, a realidade do instituto nos países de origem (França, Itália e Estados Unidos), sua definição e seus pressupostos doutrinários.

2.2. Noções introdutórias acerca da Teoria e sua responsabilidade civil

O tema escolhido – ‘A teoria da perda de uma chance’, já possui uma grande relevância na doutrina e na jurisprudência estrangeira, há um bom tempo.

Já no ordenamento brasileiro, este tema vem despertando alguns doutrinadores e juristas um recente interesse.

Ressalta-se que a legislação brasileira estabelece que aquele que provocar dano a outrem fica obrigado de ressarcir-lo. Apesar de não encontrar nem no Código Civil e nem na Constituição Federal – 1988, ou melhor, em nenhuma legislação brasileira um dispositivo específico para a perda de uma chance, o Jurista se valendo do critério da analogia pode adaptar a legislação vigente ao caso concreto desde que respeitadas à proporcionalidade e a adequação. Isso porque, a vítima tem direito a ver o seu prejuízo reparado por aquele que lhe deu causa.

Na prática, facilmente encontra-se decisões concedendo a indenização pela perda de uma chance na França, Itália e Estados Unidos, quando encontrados os requisitos necessários para a sua aplicação, ou seja, desde que presentes a evidente 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 uma vez inexistente a conduta do agente, a vítima conseguiria conquistar a vantagem esperada. Na França, a *perte d'une chance*, como é chamada, é cabível quando a lesão provocada na vítima lhe retira a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Nesse sentido, tanto a doutrina como as jurisprudências francesas firmaram entendimento de que o indivíduo prejudicado pela perda de uma chance faz jus a algum tipo de reparação civil, separando inclusive os casos clássicos das perdas de chances ocorridas na área médica. A doutrina italiana

segue o posicionamento de que a perda da chance será passível de ressarcimento quando alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. Contudo, como destacado, a indenização pela perda de uma chance deve ser menor que a vitória futura, distanciando o dano incerto da necessidade de reparação integral.

Acontece que, no Brasil, na maioria dos julgados encontrados sobre o respectivo tema, nem sempre a perda de uma chance é abordada de forma adequada, a não ser nas decisões que citam a perda de uma chance, mas acabam negando a indenização.

Portanto, com a evolução dos conceitos relacionados à Responsabilidade Civil, os juristas contemporâneos, cada vez mais criativos e através dos mais variados embasamentos, trataram de incorporar ao referido instituto milenar uma nova forma de indenizar: a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Na vida cotidiana, inúmeras são as situações em que, por ato lesivo de outrem, a vítima se vê impedida de ter a oportunidade de evitar um determinado prejuízo ou de conquistar uma determinada vantagem. Porém vale ressaltar que para existir a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em um caso concreto, é necessária a observância tanto dos requisitos gerais da responsabilidade civil [teoria geral da responsabilidade civil – conduta humana (ou culpa), dano e nexa causalidade], quanto dos específicos da perda de uma chance.

2.3. Breve história do surgimento da Teoria e o histórico da perda de uma chance no Brasil

Essa teoria surgiu em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, em um recurso acerca da responsabilidade de um médico que diagnosticou erroneamente um paciente, retirando-o suas chances de cura da doença real que lhe acometia. Diante desse paradigma, surgiram diversas decisões nesse sentido, como a proferida em 1969, onde se analisou o caso de um paciente que veio a ser operado de apendicite e veio a falecer. Restou comprovado, nesse caso, que o médico agendou imediatamente a cirurgia sem qualquer exame pré-operatório, o que por si só, teria constatado a reação do paciente, evitando assim o seu falecimento. Outro julgamento marcante foi em 1979, em que uma senhora faleceu ao fim de uma intervenção cirúrgica, em virtude de convulsões ocasionadas pelo uso de anestesia

local a base de xilocaína. A indenização foi devida pelo fato de o cirurgião ter pleno conhecimento que a anestesia poderia causar convulsões, tendo, portanto, o dever de convocar um anestesista para acompanhar na cirurgia. Logo, indenização não foi devida pela morte do paciente e sim pela de uma chance de sobrevivência.

Assim, a Corte de Cassação Francesa adotou essa teoria baseada na conduta culposa do agente e o dano causado à vítima, independente da configuração do nexos causal.

Conclui-se que essa teoria se originou, inicialmente, no campo médico, baseado na dificuldade de configuração do nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. A partir de então, tornou-se consolidado o posicionamento, perante a Corte Francesa, na jurisprudência da Corte de Cassação. Segundo Sérgio Savi, em seu livro, *Responsabilidade Civil da Perda de uma chance*:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda da chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem 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. (SAVI, 2012:03)

Posterior às aplicações do referido instituto na França, a Itália também passou a aplicá-lo em suas decisões. Isso ocorreu em 1983, conforme descreve o jurista Raimundo Simão de Melo

No direito italiano, por exemplo, o primeiro caso aceito pela Corte de Cassação ocorreu em 1983, quando determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Não obstante tenham se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos de participar das demais provas de direção e de cultura elementar, necessárias à conclusão do processo de admissão. Na ação ajuizada, o juiz de primeiro grau reconheceu o direito dos autores de serem admitidos, desde que superassem as provas que não fizeram, condenando a empresa a indenizá-los pelo atraso no processo de admissão. O tribunal de Roma reformou a sentença, sob o argumento de que o dano decorrente da perda da chance não seria indenizável, por se tratar de um dano meramente potencial, não demonstrado de forma

segura. A corte de Cassação reformou o acórdão do tribunal, argumentando que a indenização pretendida pelos candidatos ao emprego se referia não à perda do resultado favorável, que seria a obtenção do emprego, mas, à perda da possibilidade de conseguirem referidos candidatos o resultado útil ao direito de participar das provas necessárias para obtenção do emprego. Esta possibilidade já se integrara ao patrimônio daqueles candidatos, quando do comportamento ilícito da empresa, enquadrando-se a situação como dano emergente. (MELO 2007:02)

Os doutrinadores que defendem tal Teoria e as jurisprudências que aceitam a mesma, não permitem que os danos sofridos sejam meramente hipotéticos, devendo ser comprovada a verdadeira chance perdida pelo indivíduo, para sua efetiva utilização.

Segundo Bernardo Mafia Vieira:

A Teoria da perda de uma chance ganha corpo a fim de ser aplicada perante as mais diversas relações dentro do ordenamento jurídico brasileiro, extrapolando a limitação da sua aplicabilidade somente na responsabilidade médica, uma vez que podemos ver tal entendimento aplicado em uma diversa gama de problemas concretos nas jurisprudências pátrias. (VIEIRA, 2014: s/p)

Porém, a aplicação da responsabilidade civil na perda de uma chance dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo já sendo admitida por várias jurisprudências, esta aplicação ainda passa por diversas discussões pelas doutrinas e pelos grandes nomes do mundo jurídico brasileiro.

Em sua utilização prática, relacionada à responsabilidade civil do advogado, teve seu início em um acórdão, relatado pelo desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Junior, proferido em 29 de agosto de 1991.

Nele, abordava-se o caso em que um advogado fora contratado a fim de ajuizar uma demanda judicial em face do INPS (Instituto Nacional da Previdência Social) objetivando o recebimento de pensão previdenciária, porém, por negligência do advogado, este extraviou os autos, não ingressando com a ação judicial, tampouco, comunicando sua cliente do ocorrido e sem, ao menos, providenciar a restauração dos autos. Assim, inconformada com a atitude de seu advogado, a cliente ingressou com uma medida judicial na tentativa de responsabilizar o advogado pela supressão de seu direito. Após todo o trâmite processual, o desembargador citado reconheceu a

negligência do advogado, conforme visualizado no trecho do voto do relator citado por Sergio Savi:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo [...]. Isso posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a fixação da indenização, através de arbitramento, em liquidação de sentença, deverá atentar para o fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance.² (SAVI, 2012:46)

2.4. Noções acerca da responsabilidade civil

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, *et.al.*:

Vivemos em uma sociedade regulada por um conjunto de normas criadas pelo Estado, que visa estabelecer padrões sociais, comportamentais e, principalmente legais. A este conjunto de normas que visa regular as ações de seus membros dá-se o nome de Direito. (GRINOVER *et. al.*, 2009:25)

No campo da responsabilidade civil encontra-se a indagação sobre se o prejuízo experimentado pelo vitima deve ou não ser reparado por quem o causou e em que condições e de que maneira deve ser estimado e ressarcido. Segundo Afranio Lyra:

Quem pratica um ato, ou incorre em uma omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se, portanto, que a responsabilidade é um fenômeno no social. (LYRA, 1977:30)

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

O intuito da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da pratica de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Costuma-se conceituar a obrigação como direito do credor contra o devedor, tendo por objeto determinada prestação. A

² Supressão nossa

característica principal da obrigação consiste no direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações. (GONÇALVES, 2018:22)

No Brasil, a responsabilidade civil tem como sua fonte maior a previsão expressa pelo Código civil, mas também sofre influência da jurisprudência, em especial da jurisprudência estrangeira, que inspirou os aplicadores do Direito pátrio a importar para o país a Teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*).

2.5. Definição

Entende-se como objeto da perda de uma chance a interrupção de uma situação fática em que se esperava obter determinada vantagem (ou de evitar determinado prejuízo) caso transcorresse até o fim, como por exemplo, não ter recurso conhecido em Tribunal em função de interposição fora do prazo por parte do advogado, gerando dano ao representado. Sergio Cavaliere Filho ao definir a perda da chance assim pontua:

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda. (CAVALIERI FILHO, 2010:77)

No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa:

Alguém deixa de prestar exame vestibular, porque o sistema de transportes não funcionou a contento e o sujeito chegou atrasado, não podendo submeter-se à prova: pode ser responsabilizado o transportador pela impossibilidade de o agente cursar a universidade? O advogado deixa de recorrer ou de ingressar com determinada medida judicial: pode ser responsabilizado pela perda de um direito eventual de seu cliente? Essa, em tese, a problemática da perda da chance, cujo maior obstáculo repousa justamente na possibilidade de incerteza do dano. (VENOSA, 2010:40)

E Cristiano Vieira Sobral Pinto:

A perda da chance consiste na destruição de uma possibilidade de ganho, a qual, embora incerta, apresenta contornos de razoabilidade. O benefício não era certo, era aleatório, mas havia uma chance – e essa tinha um valor econômico. Em síntese: uma privação. O magistrado deverá se valer da proporcionalidade para fixar a indenização. (PINTO, 2011:459)

Utilizando o entendimento de Sergio Savi:

Nesta teoria, originária principalmente das doutrinas e jurisprudências italiana e francesa, visa-se reparar uma oportunidade, real e concreta, tirada antes da mesma ser realizada, ainda que impossível de atestar que mesmo que o processo transcorresse até o fim, a oportunidade tomada geraria o resultado esperado. Ou seja, não se objetiva reparar o resultado esperado, que não aconteceu, e sim a oportunidade (a chance) de se submeter à situação até o fim. (SAVI, 2012:74)

2.6. Pressupostos doutrinários do instituto

2.6.1. Chances sérias e reais

Para ser passível de responsabilização a chance perdida invocada deve ser séria e real. Um exemplo que ilustra isso de forma clara é o mencionado por Sérgio Savi: “[...] onde uma pessoa que tinha como costume jogar na loteria vem a falecer”.³ (SAVI, 2012:82)

Imagine-se que esta morte tenha sido por atropelamento, e que algum parente cogite ingressar com ação judicial e pedir reparação por perda de uma chance de se obter vitória na loteria à pessoa responsável pela morte. Esta demanda judicial não estaria amparada pela responsabilidade por perda de uma chance, já que a chance de vitória nesse caso era hipotética e meramente especulativa. E assim como preleciona Sérgio Savi: “[...] simples esperanças aleatórias não podem ser passíveis de indenização”.⁴ (SAVI, 2012:84)

Pelo entendimento de Rafael Peteffi da Silva:

³ Supressão nossa

⁴ Supressão nossa

Isso ficou claro quando a Corte de Cassação Francesa julgou improcedente o pedido, de indenização por perda de uma chance de auferir melhor rendimento, de um cliente de uma corretora de valores, que teria gerido com fraude e incompetência sua carteira de ações. A fundamentação foi de que ainda que gerida por um profissional competente, não teria como atestar que a carteira teria um bom rendimento. Para a Corte de Cassação, a questão trazida era hipotética demais para ser passível de indenização. (SILVA, 2009:142)

2.6.2. Reparar a chance perdida ou a vantagem esperada?

Esse pressuposto é controverso, pois está diretamente ligado à forma como a perda da chance é entendida por aquele que a invoca em juízo ou pelo Magistrado quando do julgamento da causa.

Existem correntes nos Estados Unidos e na Itália que defendem que, se indenizável algo diante da chance perdida, o que se indenizaria seria a vantagem esperada e não a perda da oportunidade de se obter a vantagem esperada. Os autores que defendem esse argumento geralmente são aqueles que entendem ser a perda da chance lucros cessante isso é aquilo que a vítima efetivamente deixou de lucrar ao experimentar o dano gerado pela conduta do agente causador.

Segundo a proposta de Sérgio Savi:

A perda da chance é uma espécie de dano emergente, já que para os autores, a chance perdida faz parte do patrimônio da vítima antes do evento danoso e assim não há que se falar em indenizar a vantagem perdida e sim a chance perdida de se obter a vantagem. (SAVI, 2012:92)

Ainda usando as palavras de Sérgio Savi:

[...] com o termo chance não se indica uma vantagem possível e, conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou a probabilidade de um resultado favorável; e, ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto, certo.⁵ (SAVI, 2012:93)

2.6.3. Responsabilidade objetiva ou subjetiva?

⁵ Supressão nossa

Na responsabilidade civil por perda de uma chance basta comprovar o nexo de causalidade entre o dano experimentado pela vítima (a chance perdida) e a conduta do agente causador.

Sendo assim, pode-se concluir que o tipo de responsabilidade é a objetiva, tendo em vista ser desnecessário analisar se o agente causador do dano agiu com culpa ou dolo ao retirar a(s) chance(s) da vítima. Para melhor ilustrar a definição de responsabilidade objetiva, extraio o trecho de Sergio Cavalieri Filho:

[...] na responsabilidade objetiva teremos uma atividade ilícita, o dano e o nexo causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual se fala em responsabilidade independentemente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento.⁶ (CAVALIERI FILHO, 2010:140)

Basta comprovar o nexo de causalidade entre a conduta do agente causador e o dano experimentado. Sendo assim, fica mais do que evidente que a Responsabilidade na perda de uma chance, é a objetiva.

2.7. A jurisprudência como fonte de direito

Como a Perda de uma Chance não se encontra prevista expressamente em lei, porém tem sido admitida na jurisprudência, então a jurisprudência poderia ser uma fonte do direito. O texto trabalhara basicamente com as ideias sobre normatividade das decisões jurídicas defendidas por Kelsen e Bobbio.

Para que uma norma tenha validade dentro do ordenamento jurídico do qual faz parte, obviamente que esta tenha sido produzida por uma fonte considerada como fonte do Direito. Segundo Norberto Bobbio, são consideradas fontes do Direito: “[...] aqueles atos ou fatos que concedem respectivamente capacidade ou competência para a produção de normas jurídicas”.⁷(BOBBIO, 1995:84)

Hans Kelsen jurista e filósofo austríaco se manifesta sobre o tema:

⁶ Supressão nossa

⁷ Supressão nossa

[...] pode por fonte de Direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efetivamente, só costuma designar-se como ‘fonte’ o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. Neste sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito.⁸ (KELSEN, 1998:259)

Segundo Norberto Bobbio, em “O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito”: “Os ordenamentos jurídicos poderão ter diversas classificações diante de suas diferentes propriedades e fontes”. (BOBBIO, 1995:164) O ordenamento jurídico brasileiro, diante de suas características, pode ser considerado complexo e hierárquico. Complexo por possuir diversas fontes do Direito e não apenas uma. Hierárquico por possuir diversas fontes, todas subordinadas à lei. Esta considerada a fonte maior, por ser a representação direta do Estado.

Norberto Bobbio ainda faz uma importante distinção entre as fontes do direito. Vejamos:

As fontes do direito que são colocadas num plano hierarquicamente subordinado têm um caráter e um significado jurídicos diferentes daquelas que são colocadas num plano hierárquico supremo. As primeiras, com efeito, produzem regras que não têm em si mesmas a qualificação de normas jurídicas, mas recebem tal qualificação de uma fonte diferente, superior àquela que as produziu; as segundas, ao contrário, não só produzem regras como também atribuem a estas, diretamente e por virtude própria, a qualificação das normas jurídicas. Por isso as fontes subordinadas são ditas fontes de conhecimento jurídico e as superiores fontes de qualificação jurídica. Ora, o positivismo jurídico, também admitindo uma pluralidade de fontes de conhecimento, sustenta a existência de uma única fonte de qualificação e identifica esta última com a lei. Se, portanto, usamos o termo “fontes do direito” em sentido estrito, para indicar somente as fontes de qualificação, o ordenamento

⁸ Supressão nossa

jurídico, assim como o concebe o juspositivismo, não aparece mais como um ordenamento complexo, mas como um ordenamento simples.(BOBBIO, 1995:166)

A lei, como fonte maior, não apenas serve como fonte do direito propriamente dito, mas também determina os parâmetros necessários para que as demais fontes sejam aceitas no ordenamento jurídico. Na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seu art. 4º dispõe: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (BRASIL, 2017:1153)

Autorizando assim a analogia, costumes e os princípios gerais do direito, como a equidade a serem fontes do Direito.

Sempre diante de um caso concreto em que o magistrado não encontrar previsão legal no ordenamento jurídico para aplicar na causa específica, pode solucionar o caso, se valendo de analogia, dos costumes e da equidade. Também de outros princípios gerais do Direito. Hans Kelsen se manifesta da seguinte forma:

Do que fica dito resulta que uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese dessa ordem jurídica, no entender do tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandado ou acusado seja regulada de modo positivo, isto é, por forma a impor-lhe o dever de uma conduta que ele, segundo a alegação do demandante privado ou do acusador público, não realizou. Com efeito, neste caso, a sua conduta é regulada pela ordem jurídica negativamente, isto é, regulada pelo fato de tal conduta não lhe ser juridicamente proibida e, neste sentido, lhe ser permitida. Este caso, porém, é entendido - sob certas condições - como uma “lacuna” da ordem jurídica. O que importa na apreciação da teoria das lacunas é determinar as circunstâncias nas quais, segundo esta teoria, se apresenta uma “lacuna” do Direito. Segundo esta teoria, o Direito vigente não é aplicável num caso concreto quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso. Por isso, o tribunal que tem de decidir o caso precisa colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica. O essencial desta argumentação reside em que a aplicação do Direito vigente, como conclusão do geral para o particular, não é possível neste caso, pois falta a premissa necessária, a norma geral. (KELSEN, 1998:273)

O julgador não pode deixar de decidir o caso por ausência de previsão legal. O julgador devese valer dos métodos de integração do ordenamento jurídico. Segundo Norberto Bobbio: “O chamado juiz de equidade, que é uma das possibilidades integrantes dos chamados métodos de integração do ordenamento

jurídico, ocorre quando o juiz se vale de normas de direito natural e não positivo”.(BOBBIO, 1995:172)

Ainda nas palavras de Norberto Bobbio:

[...] com base nos princípios do positivismo jurídico que foram acolhidos pelo ordenamento jurídico dos Estados modernos, o juiz não pode com uma sentença própria abrigar a lei, assim como não pode o costume. O poder judiciário, portanto, não é uma fonte principal (ou fonte de qualificação) do direito. Isto não exclui, entretanto, que o juiz seja em qualquer caso uma fonte subordinada, mais precisamente uma fonte delegada. Isto acontece quando ele pronuncia um juízo de equidade, a saber, um juízo que não aplica normas jurídicas positivas (legislativas, e podemos até acrescentar, consuetudinárias) preexistentes. No juízo de equidade, o juiz decide “segundo consciência” ou “com base no próprio sentimento da justiça”. Poder-se-ia dizer também que ele decide aplicando normas de direito natural, se concebemos este último como um conjunto de regras preexistentes. Ao prolatar o juízo de equidade, o juiz se configura como fonte de direito, mas não como fonte principal, mas apenas como fonte subordinada, porque ele pode emitir um tal juízo somente se e na medida em que é autorizado pela lei e, de qualquer maneira, nunca em contraste com as disposições da lei.⁹ (BOBBIO, 1995:172)

O juízo de equidade poderá ocorrer de três formas: substitutivo, integrativo e interpretativo. Norberto Bobbio diz:

Equidade substitutiva é aquela que diretamente supre a ausência de uma norma legislativa sobre a matéria ora analisada pelo magistrado; Já equidade integrativa se configura quando há norma legislativa para a questão, porém sem precisão, isso é abstrata demais. Por fim, equidade interpretativa ocorrerá quando o juiz valendo-se de critérios equitativos define o conteúdo de norma legislativa que existe e é completa, ou seja, dá sua interpretação para determinada norma legislativa. (BOBBIO, 1995:174)

Quanto à classificação do juízo de equidade proposta por Bobbio, se o magistrado recorresse de alguma dessas alternativas para solucionar um caso que versasse sobre a chance perdida, no meu ponto de vista seria a integrativa, pois os artigos que tratam da responsabilidade civil no Código Brasileiro (artigos, 186, 187 e 927), são abertos e não taxativos, vejamos:

⁹ Supressão nossa

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. [...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.¹⁰ (BRASIL, 2017:241)

2.7.1. Jurisprudência e interpretação: Fonte do Direito

Segundo Maria Helena Diniz, Entende-se como jurisprudência o conjunto de entendimentos por parte dos tribunais que são utilizados como base para outros julgamentos que versem sobre a mesma matéria ou questão.

[...]o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. É o conjunto de normas emanadas do juiz e sem sua atividade jurisdicional. [...]A jurisprudência é, portanto, a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.[...]Consideramos a atividade jurisprudencial como uma fonte do direito consuetudinário, pois a uniformização dá azo à positividade do costume judiciário (RT, 199:608). A jurisprudência constitui um costume judiciário que se forma pela prática dos tribunais.¹¹ (DINIZ, 1998:290).

Para Hans Kelsen, a jurisprudência é considerada como fonte de direito, especialmente quando o magistrado se encontra diante de uma lacuna do direito, isso é, o juiz estaria autorizado a produzir no caso sob sua análise uma norma jurídica individual onde seu conteúdo não seria oriundo de norma de direito material criada por lei ou por costume.

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Esse processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente. Para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar

¹⁰ Supressão nossa

¹¹ Supressões nossas

se, no caso que se lhe apresenta, existem *in concreto* os pressupostos de uma consequência do ilícito determinado *inabstracto* por uma norma geral. Esta determinação do fato que condiciona as consequências do ilícito implica a determinação da norma geral a aplicar, isto é, a averiguação de que está em vigor uma norma geral que liga uma sanção ao fato (ou situação de fato) em apreço. O tribunal não só têm de responder à *quaestio facti* como também à *quaestio iuris*. Depois de realizadas estas duas averiguações, o que o tribunal é ordenar *in concreto* a sanção estatuída *in abstracto* na norma jurídica geral. Estas averiguações e esta ordem ou comando são as funções essenciais da decisão judicial. [...] Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples “descoberta” do Direito ou jurisdição (“declaração” do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. [...] A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada só é criada através da decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.¹² (KELSEN, 1998:263-264)

A jurisprudência deve ser colocada no quadro das fontes de direito. O texto até aqui revelou ainda que a jurisprudência também integra o ordenamento jurídico como norma jurídica individual. Essa linha de entendimento dá suporte argumentativo à possibilidade de construção jurisprudencial da perda de uma chance no direito brasileiro. Vejamos a argumentação de Hans Kelsen:

[...] a norma jurídica individual, a criar pelos tribunais, não está por forma alguma predeterminada numa norma jurídica geral positiva, essa norma jurídica individual é posta com eficácia retroativa. Uma norma jurídica tem força retroativa quando o fato a que ela liga uma consequência do ilícito não foi realizado somente após a sua entrada em vigor, mas já antes e, portanto, no momento da sua realização não era ainda um ato ilícito, mas apenas posteriormente foi transformado em tal por esta norma jurídica. Isto é, exato quando o tribunal aplica ao caso que tem perante si uma norma jurídica individual, somente por ele criada, cujo conteúdo não está predeterminado em qualquer norma jurídica positiva, quando esta norma jurídica individual liga uma consequência do ilícito a uma conduta do demandado ou acusado que, no momento em que teve lugar, não era ainda um ato ilícito, mas

¹² Supressões nossas

só foi tornada através desta norma jurídica individual da decisão do juiz.¹³ (KELSEN, 1998:272)

2.8. Divergência de entendimentos: Doutrina e jurisprudência

Na doutrina brasileira, a ausência de previsão expressa legal da perda de uma chance e a escassez de obras publicadas sobre o tema, torna difícil a ideia de homogeneização de entendimentos. Vejamos a divergência na doutrina e na jurisprudência brasileira em pressupostos como a classificação e a reparação do instituto.

Os doutrinadores e juristas compreendem o instituto de formas distintas, gerando assim a diversidade de jurisprudências. Para alguns doutrinadores a teoria seria aplicada para o dano material e o dano moral. Para outros já seriam uma nova espécie de dano material. Possui doutrinadores ainda que entendem ser apenas lucros cessantes ou danos emergentes.

Para Sergio Cavalieri Filho: Há forte corrente doutrinária que coloca a perda de uma chance como terceiro gênero de indenização a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. (CAVALIERI FILHO, 2010:80)

Para Silvio Venosa: “[...] a perda da chance não se enquadra nem nos lucros cessantes tampouco nos danos emergentes e por isso seria uma terceira espécie”.¹⁴ (VENOSA, 2010:63)

A ministra do Supremo Tribunal Federal, Nanchy Andrichi, entende que este instituto é um fator aplicável tanto ao dano material como ao dano moral, como defendeu em um julgamento, onde o advogado perdeu o prazo para interpor apelação, prejudicando assim o seu cliente.¹⁵

2.8.1. Perda de uma Chance no Brasil

A Perda de uma chance no direito brasileiro passou por uma evolução. Essa referida teoria não era aceita, tendo um juiz declarado em julgamento do Tribunal de

¹³ Supressão nossa

¹⁴ Supressão nossa

¹⁵ Dados conforme constam no sítio: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

Justiça do Estado de São Paulo em 1936, que não há dano a ser indenizado quando um recurso é perdido por negligência do advogado, que não teria pagado as taxas recursais.

Quando foi no ano de 1999, o autor Sérgio Novais Dias lançou a obra Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance, onde aborda assuntos sobre a perda de uma chance, onde o advogado é responsável pela chance perdida do cliente. Foi o primeiro autor a escrever sobre essa teoria no Brasil.

Logo depois, foram lançados mais livros, pelos autores Sergio Savi e Rafael Peteffi da Silva, são vistos como referência e até mesmo citados em outras obras, inclusive foram citados nas decisões jurisprudenciais como se pode ver no Recurso Especial 1.079.185/MG, Rel.Min. Nancy Andrichi.

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. "Não se trata, portanto, de reparar a perda de uma simples esperança subjetiva", nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido.

(STJ - REsp: 1079185 MG 2008/0168439-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/11/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 04/08/2009)

2.9. Quantidade/ Extensão do valor

Em questão a quantificação do valor da chance perdida, esta ligada diretamente como o magistrado compreende o instituto. Alguns podem entender como lucro cessante ou da no emergente. O Valor deverá ser calculado diante do que o ofendido deixou de ganhar ou calcular levando em consideração que a chance era parte integrante do patrimônio do ofendido antes da lesão.

Pelo entendimento de Sérgio Savi:

Um advogado perde o prazo para a interposição de apelação em ação de cobrança no valor de R\$10.000,00, e o juiz que julgou deu uma sentença desfavorável, pois não analisou corretamente as provas apresentadas. Caso o juiz da ação de reparação por perda de uma chance possa entender que as chances do recurso que não foi interposto seriam provido, (uma chance de 90 %) essa porcentagem será bater essa porcentagem sobre o valor final. No caso equivale a R\$ 9.000,00 (Nove mil reais), que será o valor devido pela chance perdida. (SAVI, 2009:271)

Para se entender a perda de uma chance como lucro cessante, ocorreu um caso famoso para a Teoria da Perda de uma Chance no Brasil, o famoso caso 'Show do Milhão'. Uma participante do programa Show do Milhão, transmitido pelo SBT, garantiu indenização depois de ter se recusado a responder uma pergunta mal formulada. A decisão é da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. (Recurso especial nº 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

O referido programa é um jogo de perguntas e respostas, onde o apresentador Silvio Santos, fazias as perguntas e os participantes precisavam responder corretamente, acontece que, a ultima questão não havia resposta, a pergunta solicitava a porcentagem de terras destinadas aos indígenas pela Constituição Federal. Porem a Constituição Federal não traz porcentagens de Terras destinadas aos índios. Qualquer uma das alternativas iria ser considerada errada, perdendo assim 500.000,00 (Quinhentos mil reais) ganhos até então, e levaria apenas R\$ 300,00(Trezentos reais).

A participante não respondeu a pergunta e recebeu apenas R\$500.000,00. Entrou com uma ação cobrando os R\$500.000,00 (Quinhentos mil reais) que deixou de ganhar por ter sido prejudicada pela organização do programa, já que qualquer alternativa escolhida estaria errada.

Segundo os argumentos que embasaram a sentença de primeira instância, a pergunta foi formulada para induzir o participante a erro e, além disso, não possuía uma resposta exata, porque o art. 231, *caput*, da Constituição não prevê percentual de terras reservadas aos índios:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Ao interpor o Recurso Especial, a defesa da emissora conseguiu convencer o Ministro Relator Fernando Gonçalves (que se refere ao instituto como “Perda de uma oportunidade”) de que mesmo que houvesse uma alternativa correta isso não condicionaria necessariamente ao êxito da participante. Segundo alegação, a chance tirada foi de 25% (Vinte e cinco por cento), que seria a probabilidade de acerto (uma opção correta dentre quatro possíveis; 1/4), devendo receber apenas o valor proporcional a esta (R\$ 125.000,00 - Cento e vinte cinco mil reais), isso é, enquadrando a perda da chance como dano emergente. E foi o que aconteceu, o recurso especial foi parcialmente provido para reduzir a indenização para R\$ 125.000,00 (Cento e vinte cinco mil reais).¹⁶

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. (SALVADOR, 2005:s/p)

A perda de uma chance será sempre quantificada dentro dos limites da proporcionalidade e razoabilidade, pois se trata um bem extrapatrimonial.

3.0 Jurisprudências atuais sobre a Teoria da perda da chance

¹⁶ Dados conforme constam no sítio: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/320/3/20938115.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

Apesar de o referido tema ser muito utilizado na Europa, Estados Unidos e Itália (que a princípio ofereceu resistência às inovações trazidas por essa nova concepção de dano que emergia) possui pequena utilização no Brasil. Essa teoria vem ampliando o campo de atuação na responsabilidade civil, ganhando espaço nas doutrinas e jurisprudências pátrias e ganhando aplicabilidade pelos tribunais brasileiros. (LOPES, 2007, s/p)

Na jurisprudência abaixo, a teoria da perda de uma chance foi utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente.

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA. 1. Ação ajuizada em 14/11/2003. Recursos especiais atribuídos ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral. 3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. Precedentes. 4. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal. 5. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência. 6. Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica. 7. Recurso especial interposto pelo médico conhecido e provido. Recurso especial interposto pelos genitores julgado prejudicado. (STJ - REsp: 1662338 SP 2015/0307558-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/12/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2018)

Diferentemente do que ocorria no passado, às vítimas de danos recorrem cada vez mais ao Poder Judiciário visando à reparação de seus prejuízos. Inúmeras são as

situações na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ofensivo de um infrator, alguém se vê privado da oportunidade de se obter determinada vantagem ou de evitar um prejuízo, o que muitas vezes pode vir a irromper a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Os casos mais emblemáticos da aplicação da teoria da perda de uma chance dizem respeito à seara trabalhista. Considerando que o meio ambiente de trabalho mescla o fator de produção com as chances aleatórias de cada trabalhador, muitas vezes a vítima encontra-se em uma situação vulnerável diante do poderio econômico do empregador sem ter elementos que possibilitem a comprovação do dano sofrido.

A clara situação fática da posição de inferioridade do empregado na relação de emprego o torna vulnerável no momento do ajuste das cláusulas contratuais, sendo necessário que se lhe empreste tutela jurídica específica a fim de possibilitar a garantia do equilíbrio contratual.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PERDA DE UMA CHANCE. PROFESSORA. DISPENSA NO INÍCIO DO ANO LETIVO. De acordo com a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o prejuízo material indenizável é aquele decorrente de uma probabilidade séria e real de obtenção de um resultado positivo legitimamente esperado pela vítima que é obstado por ato ilícito praticado pelo ofensor. A despedida de empregado sem justa causa encontra-se dentro do poder potestativo do empregador, não caracterizando, por si só, ato ilícito ou abuso de direito. No presente caso, todavia, conforme se depreende do acórdão do Tribunal Regional, restou demonstrado o uso abusivo do exercício do direito de rescisão contratual por parte do reclamado. Com efeito, a dispensa da reclamante no início do ano letivo, quando ela já tinha a expectativa justa e real de continuar como professora da instituição de ensino reclamada e auferir daí os ganhos correspondentes, evidencia o abuso do poder diretivo do empregador de dispensa, notadamente pela dificuldade que a reclamante teria em lograr vaga em outra instituição de ensino, tendo em vista o início das aulas. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 2466520135040531, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 04/10/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/10/2017)

De acordo com a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o prejuízo material indenizável é aquele decorrente de uma probabilidade séria e

real. No caso acima, a professora já tinha a expectativa justa e real de continuar como professora da instituição de ensino, tendo em vista o início das aulas.

4.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho, foi demonstrado como é importante a Teoria da Perda de uma Chance aplicada na responsabilidade civil e a sua aplicação no Direito Brasileiro. Foi entendido como objeto da presente Teoria a interrupção de uma situação fática que, caso transcorresse até o fim, era de se esperar uma determinada vantagem ou de evitar um determinado prejuízo.

Internacionalmente, a Teoria da Perda de uma Chance tem sido objeto de debate há anos, principalmente pela doutrina Italiana e a Francesa, vale mencionar ainda a doutrina Americana, que também reconheceu a tutela jurídica da chance de uma perda. Quanto à doutrina brasileira, esta teoria por ser ainda relativamente recente no Brasil, há muita discussão sobre o tema e essa teoria foi objeto de estudo recentemente. Não obstante a aplicação da teoria da perda de uma chance ser pacífica, nos últimos anos pôde estudar a evolução da jurisprudência brasileira, reconhecendo a existência da responsabilidade civil em decorrência da perda de uma oportunidade, em pretensões de naturezas distintas. O tema é novo e merece reflexões para se evitar desvirtuamentos, enquadramentos errôneos e até mesmo corrida desenfreada e irresponsável na busca de indenizações para qualquer situação.

Entretanto, no Brasil, ela ainda não encontra respaldo em normas próprias, sendo aplicada com base em posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários.

Diante da análise destes ensinamentos, doutrinários e jurisprudenciais, verificou-se que, predominantemente, na doutrina, entendem os lecionantes, que a Teoria da Perda de uma Chance é uma nova modalidade da responsabilidade civil, estando entre o dano emergente e o lucro cessante, mas não podendo ser configurada como nem um e nem outro.

Quanto aos entendimentos jurisprudenciais, visualiza-se que há alguns requisitos a serem preenchidos para que se possa configurar o instituto, neste caso, deverá, indispensavelmente, haver a possibilidade séria e real da ocorrência do dano. Assim, se em alguma hipótese, não restar devidamente configurada a possibilidade do dano, provavelmente improcedente será o resultado da demanda.

A doutrina e jurisprudência admitem a aplicação da teoria na seara juslaboral. Após o alargamento da competência da justiça do trabalho engendrada pela Emenda

Constitucional nº 45 de 2004, as possibilidades de reparação de danos pela perda de uma oportunidade encontram um campo fértil nas indenizações por dano moral *latu sensu* e decorrentes de acidentes de trabalho.

5.0 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Código Civil. Lei Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Vade Mecum. 68. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (Legislação Brasileira).

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Decreto-Lei Nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Vade Mecum. 68. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (Legislação Brasileira).

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1998.

DUQUE, Bruna Lyra; FONSECA, Cesar Augusto Martinelli. **A teoria pela perda de uma chance e a sua caracterização como dano emergente.** 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10782. Acesso em 20 de novembro de 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro IV.** São Paulo: Saraiva, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 1998.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861>

/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance. Acesso em 20 de novembro de 2018.

MELO, Raimundo Simão de. **Indenização pela perda de uma chance**. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9393-9392-1-PB.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

OLIVEIRA, Katiane da Silva. **A teoria da perda de uma chance: Nova vertente na responsabilidade civil**. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8762&revista_caderno=7. Acesso em 20 de novembro de 2018.

PINTO, Cristiano Viera Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALVADOR. Recurso Especial. Indenização. **Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade**. 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2015

SERRANO, Igor Rafael Galhardo. **A perda de uma chance no direito brasileiro: Uma construção jurisprudencial**. 2011. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/320/3/20938115.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009.

SOBRAL, Cristiano. **A Perda de uma Chance na Jurisprudência**. 2017. Disponível em: <https://blog.cristianosobral.com.br/perda-de-uma-chance-na-jurisprudencia/>. Acesso em 27 de novembro de 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

VIEIRA, Bernardo Mafia. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance dentro do Direito brasileiro**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28724/a-responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance-dentro-do-direito-brasieiro>. Acesso em 20 de novembro de 2018.