

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA APLICABILIDADE DOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS: POSSIBILIDADES E TENDÊNCIAS**

Augusto Lenhardt

Lajeado, junho de 2016

Augusto Lenhardt

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA APLICABILIDADE DOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS: POSSIBILIDADES E TENDÊNCIAS**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^ª. Eliane Fontana

Lajeado, junho de 2016

RESUMO

Surgida na França, a teoria da perda de uma chance se incorporou no ordenamento jurídico nacional contemporâneo como uma forma de reparação civil com fundamento na perda da probabilidade de se obter um benefício ou de se evitar uma perda, possibilitando a reparação de danos até então não amparados pelo Direito pátrio em razão de prescindir de nexos causal entre a conduta do agente e o dano final, rompendo o paradigma clássico de responsabilidade civil. Assim, esta monografia tem como objetivo geral analisar a teoria da perda de uma chance quanto à sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto às possibilidades e tendências de aplicabilidade em sede jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de pesquisa quanti-qualitativa, realizada por método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Dessa forma, as reflexões começam por um estudo geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, adentra-se no exame da (incipiente) teoria da perda de uma chance como nova modalidade de reparação civil, momento em que se busca identificar a origem e os pontos fundamentais à sua aplicação no Brasil e à sua compatibilidade com os diversos ramos do Direito. Finalmente, examina-se a produção jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça quanto às possibilidades e tendências de aplicação. Nesse sentido, conclui-se que é possível aplicar a teoria da perda de uma chance aos casos em que se demonstrar a existência de uma oportunidade “séria e real”, desde que se reconheça o nexo de causalidade entre a ação lesiva do agente e a chance perdida.

Palavras chaves: Responsabilidade civil. Teoria da Perda de uma chance. Chance séria e real. Natureza jurídica.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL	8
2.1 Conceituação doutrinária e jurídica da responsabilidade civil no Brasil.....	8
2.2 Espécies de responsabilidade civil	12
2.3 Requisitos da responsabilidade civil.....	15
2.3.1 Responsabilidade civil clássica (subjctiva)	15
2.3.2 Responsabilidade civil objetiva	24
3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: DEFINIÇÕES CONCEITUAIS.....	26
3.1 Origem e noções conceituais acerca da teoria da perda de uma chance	26
3.2 Natureza jurídica	32
3.3 Requisitos acerca da teoria da perda de uma chance	38
3.4 As diversas áreas do Direito e a teoria da perda de uma chance	42
4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA APLICABILIDADE DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: POSSIBILIDADES E TENDÊNCIAS	51
4.1 O reconhecimento e as possibilidades de incidência da teoria da perda de uma chance no Tribunal de Justiça gaúcho e no Superior Tribunal de Justiça	51
4.2 Análise jurisprudencial e a constatação das tendências de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance.....	57
5 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

Desde o seu surgimento, a responsabilidade civil atua como importante instrumento para harmonizar os conflitos decorrentes das relações entre os integrantes de uma mesma sociedade. É através desse instituto que o Direito irá sopesar em que ponto as liberdades individuais e coletivas – do ser humano – afetam a esfera de direito alheia, para, assim, atuar na consecução da equidade entre os integrantes do corpo social. É por este motivo que o tema da responsabilidade civil é objeto de estudos complexos e discussões infundáveis no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Atualmente, se intensifica a discussão no âmbito da reparação civil por um simples motivo: a globalização da sociedade e das relações sociais. Nunca se presenciou uma infinidade de avanços tecnológicos e científicos em tão curto espaço de tempo e, conseqüentemente, uma crescente complexidade nas relações sociais. Diante disso, a teoria clássica da responsabilidade civil - que tem como pressupostos a conduta, o dano e nexos causal - não consegue atender de forma satisfatória os conflitos gerados pelos efeitos dessa globalização.

Neste contexto, surge a teoria da perda de uma chance, com fundamento na perda da probabilidade de se obter um benefício ou de se evitar uma perda, possibilitando a reparação de danos até então não amparados pelo direito pátrio em razão de prescindir de nexos causal entre a conduta do agente e o dano final. O que se exige é uma relação de causalidade entre a conduta e a chance perdida para que se possa caracterizar o dever de indenizar.

Nessa linha, justifica-se relevante discutir a assimilação e aplicação da perda de uma chance como uma nova forma de reparação civil frente ao ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, uma vez que há pouca discussão acadêmica acerca do tema e porque muito pouco se conhece acerca das chances perdidas no meio jurídico, sendo pertinente estudo aos operadores do Direito. Do ponto de vista social, é relevante que cada indivíduo conheça o assunto para saber acerca da relevância jurídica das oportunidades perdidas. Ainda, para este pesquisador, a (incipiente) teoria das chances perdidas se mostra como um assunto instigador no campo jurídico.

Assim, o presente trabalho pretende, como objetivo geral, analisar a teoria da perda de uma chance quanto à sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. O estudo discute como problema a seguinte indagação: quais seriam as possibilidades e tendências de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e pelo Superior Tribunal de Justiça, na atualidade? Como hipóteses para tal questionamento, entende-se que é possível aplicar a referida teoria, por ambos os tribunais, nos casos em que se reconhecer a “seriedade e realidade da chance perdida”, assim como a “relação causal entre a conduta lesiva e a oportunidade perdida”. E, como tendências, em razão de sua versatilidade, a teoria das oportunidades perdidas pode ser aplicada em ramos diversificados do Direito. A teoria objeto de estudo desta pesquisa apresenta, ainda, propostas propositivas que refletem numa (re)leitura em temas conexos a outras áreas do Direito, tais como a seara trabalhista, consumerista e da família.

A pesquisa, quanto à abordagem, será quanti-qualitativa porque, além de realizar pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para agregar conhecimentos necessários para fundamentação da análise, será examinado o conteúdo da fundamentação de cada decisão jurisdicional, trabalhando-se com mensuração e análise da natureza da teoria da perda de uma chance. Para obter a finalidade desejada pelo estudo, será empregado o método dedutivo, cuja operacionalização se dará por meio de procedimentos técnicos baseados na doutrina, legislação e jurisprudência, relacionados, inicialmente, à norma constitucional, passando pelos direitos fundamentais e sociais e suas interconexões com o princípio da reparação integral dos danos e a cláusula geral de indenizar da Lei 10.406/2002, para chegar ao ponto específico do reconhecimento e absorção da possibilidade de indenização

pela perda de uma chance nos tribunais brasileiros, bem como a constatação das tendências de julgamento nesses casos.

Para dar objetividade às análises de jurisprudência, a pesquisa fixará como critérios de delimitação no espaço-tempo a busca de julgados nos domínios do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, no período de 01/01/2012 a 31/12/2015, utilizando-se como palavras-chave o termo “perda de uma chance”.

Deste modo, no primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo, será tratado do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro atual. Inicialmente, será explanada a conceituação doutrinária e jurídica da responsabilidade civil no Brasil, bem como seus requisitos quanto a cada uma das modalidades (objetiva e subjetiva). Ainda serão abordadas as espécies existentes na atual legislação acerca do tema.

No segundo capítulo, adentrar-se-á no estudo da teoria da perda de uma chance, que é uma nova forma de reparação civil admitida pelo Direito, com a finalidade de harmonizar os novos conflitos surgidos no âmbito das relações sociais na contemporaneidade. Assim, para se compreender a importância desse incipiente instituto da responsabilidade civil, num primeiro momento se faz necessário esclarecer a origem e trazer algumas noções conceituais acerca da teoria da perda de uma chance, para, posteriormente, abordar a sua natureza jurídica e compreender os pressupostos – requisitos – essenciais para a aplicação no ordenamento jurídico pátrio. Posteriormente, ver-se-á a compatibilidade entre as diversas áreas do Direito frente a aplicação da teoria em estudo

Adiante, no terceiro capítulo, far-se-á um estudo teórico quanto ao reconhecimento e as possibilidades de incidência da teoria da perda de uma chance nos tribunais brasileiros, notadamente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e no Superior Tribunal de Justiça. Desta forma, será realizada uma análise jurisprudencial com o fim de constatar as tendências de aplicabilidade da reparação de danos com base em oportunidades perdidas.

2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL

A responsabilidade civil surge da necessidade de dirimir os conflitos nascidos no seio da convivência social entre os indivíduos, como forma de viabilizar uma coexistência harmônica entre as pessoas, delimitando os direitos e deveres de cada integrante do corpo social. E é por este motivo que o tema da responsabilidade civil é objeto de estudos complexos e discussões infundáveis no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Neste sentido, a responsabilidade civil pode ser compreendida como uma forma de reparação do dano decorrente do descumprimento de uma obrigação pactuada ou por imposição legal, no caso de ato ilícito. Este capítulo inicial terá por objetivo descrever noções gerais sobre a responsabilidade civil, sua conceituação, requisitos e espécies.

2.1 Conceituação doutrinária e jurídica da responsabilidade civil no Brasil

A tarefa de definir institutos jurídicos é sempre complexa. Cada doutrinador busca edificar sua própria definição, de acordo seus conhecimentos. E, a partir disso, surgem conceitos divergentes que, por vezes complicam o estudo sistematizado do Direito. Em razão de esta pesquisa ser um trabalho enxuto, não será possível abranger toda a doutrina existente acerca do tema, motivo pelo qual apenas alguns dos doutrinadores pátrios serão investigados.

O termo “responsabilidade” comporta amplos significados. No entanto, mostra-se relevante a ponderação que Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 46) apresentam, no sentido de que:

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Para compreender o instituto da responsabilidade civil é necessário se ter claro o que é o ordenamento jurídico. Pois bem, o ordenamento jurídico brasileiro consiste na relação entre as leis que disciplinam as condutas humanas na busca da harmonia social:

“(...) Não há, em suma, experiência jurídica ou direito sem o momento essencial da normatividade, que é o momento em que cada conduta deixa de ser analisada apenas em função do que ela é e representa, para receber a forma e a garantia que lhe cabe no todo social; e só em razão desse fim de coordenação geral de coexistência que o direito cuida dos comportamentos do cientista, do sacerdote, do artista, do político, etc. Essa experiência normativa, enquanto se objetiva em comandos, ou melhor, em diretrizes de conduta, e enquanto, por conseguinte, se ordena e se estrutura segundo um sistema atributivo e coerente de competência, de poderes, de faculdades, obrigações e deveres, constitui o campo próprio de pesquisa do jurista; é o que poderíamos denominar ordenamento jurídico, consoante expressão consagrada, desde que se reconheça a sua complexa e multifôrme realidade histórica-cultural (REALE *apud* SANCHEZ, 2008, p. 14).

Neste contexto, o ordenamento jurídico surge posteriormente às experiências da vivência social, e tem como objetivo harmonizar os conflitos decorrentes das relações entre os indivíduos inseridos na mesma estrutura social. Para tanto, aduz Cavalieri Filho (2014, p. 13), “a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa”. Esses deveres são tratados pelo doutrinador como deveres originários, visto que da sua violação decorrem outras obrigações. Assim, no momento em que ocorre a transgressão de um dever originário, surge o que Cavalieri Filho (2014, p. 14) denomina de “*dever jurídico sucessivo*”, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo”.

Consoante à observação feita vale lembrar também o princípio geral de responsabilidade civil *neminem laedere*, insculpido no art. 186 do Código Civil,

segundo o qual, a ninguém é concedido o direito de causar prejuízo a outrem, justamente porque:

Aqueles que vivem em sociedade e aceitaram as regras sociais, as obrigações anímicas impostas pela moral e pela ética, enquanto compromissos supralegais, e pelo regramento institucional imposto pelo tegumento social, expresso no Direito Positivo, assumem o dever de não ofender, nem de lesar, causar dano ou prejuízo sem que tenham justificativa ou eximente, expressamente prevista na legislação de regência (STOCO, 2007, p. 117).

Nesse contexto, no entendimento de Cavalieri Filho (2014, p. 13), pode-se afirmar que “a essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendradora para alcançar condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem”, imprimindo, assim, a noção de que responsabilidade civil é uma obrigação de restituir o prejuízo causado a outra pessoa.

Noção similar é sustentada por Oliveira (2005, p. 83), segundo o qual a responsabilidade civil deve ser entendida como um dever, uma obrigação ao qual se submete o agente:

Assim, podemos conceituar a responsabilidade civil como uma obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, de ressarcir ou reparar danos, de suportar sanções penais, exprimindo sempre a obrigação de responder por alguma coisa.

De modo diverso, Diniz (2014, p. 50) entende que a responsabilidade se fundamenta na culpa imputada aquele que deu causa a prejuízo a outra pessoa, e assim propõe que:

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

Diante dos conceitos acima apresentados, percebe-se que cada autor envereda por um segmento. Cavalieri Filho entende que a responsabilidade civil está corporificada como um dever jurídico. Por esse mesmo viés segue o entendimento de Oliveira, no sentido de que a responsabilidade civil deve se apresentar como uma modalidade obrigacional. Na concepção de Diniz, por outro lado, a responsabilidade tem amparo no ato ilícito e o respectivo prejuízo causado a alguém, nascendo, dessa relação, um dever de reparação.

Embora os conceitos destoem em algum momento, há algo presente em todos eles, visto que, para Oliveira (2005, p. 85)

não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta, em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever e ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil. Esta conceituação visa à reparabilidade, pois a existência de uma relação jurídica desenvolve uma obrigação entre o sujeito passivo e o sujeito ativo, um busca a satisfação, e o outro é determinado a cumprir o dispositivo legal, de acordo com a responsabilidade que assumiu, independentemente de culpa.

Percebe-se com certa nitidez que o elo da responsabilidade civil é o dever de indenizar o sujeito passivo do prejuízo, isto é, a pessoa lesada, estabelecendo-se, assim, uma relação de subordinação entre o agente causador do dano e a vítima, a qual de algum modo deverá ser compensada pelo infortúnio.

No que tange ao conceito jurídico de responsabilidade civil, o Código Civil em seus arts. 186 a 188 trata dos atos ilícitos para, posteriormente, nos arts. 927 a 954, disciplinar o que vem a ser responsabilidade civil e como medir a extensão do *quantum* indenizatório.

Desta forma, os atos ilícitos são assim descritos pelo Diploma Civil:

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.

Neste contexto, passa-se a elucidar o que vem a ser um ato ilícito pelo atual Código Civil. Para tanto, é pertinente transcrever a redação do seu art. 927, que positiva o conceito jurídico de responsabilidade civil:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Pelo exposto no dispositivo legal acima transcrito, o Código Civil evidencia que a responsabilidade civil é o resultado da relação entre ato ilícito, dano e dever de reparar, o que significa, no dizer de Oliveira (2005, p. 84), que, “em termos jurídicos, a responsabilidade civil é entendida como a obrigação de ressarcir em virtude de dano que advenha de atos antijurídicos”.

Como se percebe, o conceito doutrinário e o conceito jurídico de responsabilidade civil não seguem caminhos diferentes, pelo contrário, convergem no sentido de que esta é um instrumento necessário à reparação de um dano decorrente de um ato ilícito causado por ação de terceiro.

2.2 Espécies de responsabilidade civil

Como forma de sistematizar o estudo sobre a responsabilidade civil para uma melhor compreensão, a doutrina costuma classificá-la em espécies. Neste trabalho, serão abordadas as principais disposições aplicáveis ao instituto.

Segundo Lisboa (2012), a responsabilidade civil assentada na justiça distributiva¹ pode ser classificada sob três perspectivas: a primeira, quanto à sua origem, responsabilidade contratual e extracontratual; a segunda, quanto ao elemento culpa, responsabilidade objetiva e subjetiva; a terceira, quanto à causa, responsabilidade direta e indireta.

A usual divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual é sintetizada, no dizer de Rizzardo (2011, p. 37), “conforme deriva de um contrato ou da mera conduta culposa. Na primeira, dá-se a infração de um dever contratual, enquanto na segunda a violação deriva da desobediência a um dever legal”.

No que tange à responsabilidade civil decorrente da relação contratual, o Código Civil dispõe, em seu art. 389, que:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Da leitura do dispositivo de lei acima transcrito, extrai-se o entendimento de que os pactos devem ser preservados pelas partes, visto que do seu

¹ A justiça distributiva está relacionada com [...] à maneira como as pessoas avaliam as distribuições de bens positivos (renda, liberdade, cargos políticos) ou negativos (punições, sanções, penalidades) na sociedade. Ao fazer julgamentos distributivos, os indivíduos estão preocupados em avaliar em que medida a distribuição favoreceu ou prejudicou os envolvidos, a partir de parâmetros ou princípios que determinam qual método distributivo é mais ou menos justo aplicar no contexto da distribuição (RODRIGUES SAMPAIO; SANTOS MINO e ROAZZI, 2009, P. 1). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v14n4/v14n4a03>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

descumprimento surge o dever de indenizar. É a verificação do brocardo latino *pacta sunt servanda*, cujo significado diz que os pactos devem ser observados.

Pontual observação pode ser feita ainda quanto ao fundamento de ambas as modalidades obrigacionais:

Na responsabilidade contratual, já existe um liame ou um vínculo previamente estabelecido. As partes celebraram uma relação, em torno de um bem, com a especificação de obrigações e direitos. Sendo extracontratual a responsabilidade, não existe alguma ligação entre o autor do dano e o ofendido. A partir da prática do ato ilícito nasce a relação obrigacional. Realmente, o dever de indenizar, que aparece com a ofensa, cria a relação entre o obrigado e o titular do direito (RIZZARDO, 2011, p. 38).

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana deriva, conforme já mencionado, exclusivamente da violação de um dever legal. Decorre, portanto, da não observância do princípio *neminem laedere*, insculpido no art. 186 do Código Civil, segundo o qual a ninguém é concedido o direito de causar prejuízo a outrem.

Segundo Diniz (2014), em regra esta modalidade de responsabilidade civil tem como fundamento a culpa, caso em que a vítima deverá demonstrar que houve uma ação culposa – imprudência, imperícia ou negligência - que resultou em um prejuízo. E, conforme o art. 927, parágrafo único do Código Civil, a responsabilidade extracontratual poderá ser objetiva, isto é, independe de culpa. Assim, a doutrinadora explica que, quanto ao fundamento, a responsabilidade civil aquiliana² poderá ser objetiva ou subjetiva.

Há também a sua classificação quanto ao agente, que pode ser direta ou indireta, de modo que:

Quando a obrigação de reparar os danos recai sobre o autor da ação ou omissão, tem-se a responsabilidade direta ou por fato próprio. Diz-se responsabilidade indireta ou por fato de outrem quando o titular da obrigação de reparar não foi o gerador direto da causa, mas alguém em relação ao qual exercia o dever de vigilância por força contratual ou de lei (NADER, 2010, p. 155).

² A responsabilidade civil extracontratual também é conhecida como responsabilidade aquiliana, [...] nome oriundo da Lex Aquilia, do direito romano, pelo qual o dever de reparar o dano por fato culposos se fundava naquele texto. É a culpa que nasce dos atos ilícitos (RIZZARDO, 2015, texto digital).

Como pressuposto da responsabilidade direta faz-se remissão à leitura do art. 186, do CC, sendo necessário que o próprio agente incorra, mediante ação positiva ou negativa, na prática de ato ilícito. Já no caso de responsabilidade civil indireta, esta poderá decorrer por fato de terceiro (art. 932, CC), por fato de coisa (arts. 937 e 938, CC), ou, ainda, por fato de animal (art. 936 e seguintes do CC).

Na responsabilidade por ato de terceiro, anota Diniz (2014, p. 581): “[...] alguém responderá, indiretamente, por prejuízo resultante da prática de um ato ilícito por outra pessoa, em razão de se encontrar ligado a ela, por disposição legal”. Deste modo, haverá a pessoa que causará o dano e a que deverá indenizar.

Há uma discussão sobre a necessidade da culpa para que se possa atribuir as consequências do ato ilícito ao terceiro. No entanto, Wald (2012) assinala que a *ratio legis* conduz ao entendimento de que a responsabilidade, nestes casos, prescinde da culpa.

Nesse sentido, segue a redação do Enunciado n. 450 aprovado na V Jornada de Direito Civil, no sentido de que “a responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida”

A responsabilidade civil por fato de coisa “é aquela resultante de dano por ela ocasionado, em razão de defeito próprio, sem que para tal prejuízo tenha concorrido diretamente a conduta humana” (OLIVEIRA, 2005, p. 565). O doutrinador explica, ainda, que essa responsabilidade se dará por fato de coisa inanimada ou por fato de animal. No primeiro caso:

O titular do domínio ou possuidor, ao usar coisa inanimada que lhe pertencer ou que tem permissão para possuir, pode originar acidentes lesivos ao patrimônio e à integridade física do terceiro, caso em que deverá reparar o dano causado, com fundamento na culpa e no risco” (OLIVEIRA, 2005, p. 566).

Ainda, o Código Civil, em seu art. 936, dispõe que “o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. Dois entendimentos podem ser extraídos da leitura do dispositivo legal: que o dono só poderá se eximir do dever de indenizar se provar uma das excludentes de responsabilidade (culpa da vítima ou força maior); e que “a responsabilidade da

guarda do animal baseia-se na presunção de culpa, porque o proprietário ou detentor do animal tem o dever de guarda e de fiscalização” (OLIVEIRA, 2005, p. 578).

Já as espécies de responsabilidade civil objetiva e subjetiva, por apresentar maior destaque nesta pesquisa, notadamente no que tange aos requisitos caracterizadores do dever de indenizar, serão abordadas de forma pontual no próximo capítulo.

2.3 Requisitos da responsabilidade civil

Para que se possa configurar a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é necessária a presença de determinados elementos. Não obstante a divergência entre os doutrinadores, pode-se dizer que os requisitos irão variar conforme a modalidade de responsabilidade civil que será analisada.

Deste modo, num primeiro momento, serão abordados os elementos inatos à configuração da responsabilidade civil clássica (subjetiva), que tem por fundamento a culpa. Num segundo momento, tratar-se-á da mais recente modalidade de responsabilidade civil, a objetiva, assentada na teoria do risco.

2.3.1 Responsabilidade civil clássica (subjetiva)

O Diploma Civil, em seu art. 186, considera como ato ilícito toda conduta humana culposa que “violam direito e causar dano a outrem”. A consequência legal para a conduta antijurídica é a reparação dos danos causados, conforme o disposto no art. 927 do referido texto legal.

Deste modo, apresentam-se como requisitos da responsabilidade civil clássica: conduta humana, culpa, dano e nexos de causalidade³. Tais requisitos são

³ Nem todos os autores tem consenso em relação a esses requisitos. No entanto, para esta pesquisa, filia-se ao entendimento de Sergio Cavalieri Filho e Maria Helena Diniz, no sentido que a responsabilidade subjetiva apresenta como pressupostos a existência de uma conduta humana, a culpa, o dano e o nexos causal.

defendidos por Cavalieri Filho e Diniz. Neste sentido, importante observação é feita por Oliveira (2005, p. 139):

O elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior, que atente um bem jurídico protegido e que seja contrário ao ordenamento jurídico. Assim, ação e omissão voluntária constituem, como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil.

A noção de conduta humana pode ser firmada, na percepção de Diniz (2014, p. 53) como:

[...] uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois, ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade civil, temos o risco [...] Mas o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo com a lei, hipótese em que se desvincula o ressarcimento do dano da ideia de culpa, deslocando a responsabilidade nela fundada para o risco.

A autora explica que a comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.

Essa ação ou omissão será considerada como lícita ou ilícita. Cavalieri Filho (2014, p. 19) ensina que “o ato jurídico caracteriza-se pelo fato de ter seus efeitos predeterminados pela lei. É certo que depende do querer do homem praticá-lo ou não; vincula-se, neste aspecto, à vontade humana”. Em suma, será um ato amparado pelo ordenamento legal. Como exemplo, cita-se o homem, que após o nascimento de seu filho, procura um cartório de registro civil para proceder ao assento de nascimento da criança, conforme o art. 29 da Lei 6.015 de 1973. O ato está previsto em lei, no entanto só será efetivado se houver a manifestação da vontade de, ao menos, um dos genitores.

Já o ato antijurídico segue *contrario sensu* o que diz a lei. Cuida-se, portanto, de um ato praticado com infração ao dever legal. Exemplo: a pessoa que profere ofensa verbal à vítima diante de outrem, difamando-lhe, incorre numa violação de direito, causando abalo moral, na forma do art. 186, do CC.

Segundo Cavalieri Filho (2014, p. 22), a ilicitude do ato deve ser considerada em aspectos objetivo e subjetivo:

No seu aspecto objetivo, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade,

e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria. A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Por esse enfoque objetivo o ato ilícito indica a antijuridicidade da conduta, a desconformidade entre esta e a ordem jurídica, ou seja, a objetiva violação de um dever jurídico.

O autor explica que “no seu aspecto subjetivo, a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer um juízo de valor a seu respeito – o que só é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre”. Isso significa que, nesse enfoque subjetivista, a injuridicidade só é plena quando o “comportamento *objetivamente ilícito* for também *culposo*”. E nesse sentido, Chacon (2009, p. 6) explica que:

Agir culposamente é não respeitar um dever de cuidado, erguido pelos costumes, pela boa-fé ou mesmo pelo bom senso do homem mediano da sociedade, considerando-se fatores socioeconômicos e até mesmo culturais para a análise concreta de cada caso.

O segundo requisito é a culpa, que em sentido amplo compreende o dolo, que é a intenção de violar o direito, e, em sentido estrito, compreende a imperícia, imprudência ou negligência, causados nas palavras de Dias *apud* Oliveira (2005, p. 165) pela:

[...] falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com o resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.

Neste sentido, pode-se dizer que:

A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade solicitude e discernimento; a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela (DINIZ, 2014, p. 58-59).

A culpa também possui um sistema de graduação, podendo ser grave, leve e levíssima. Chacon (2009, p. 7) define que há culpa grave “quando o agente não tem intenção deliberada em obter o resultado danoso, mas age como se quisesse”. O autor cita ainda que a culpa leve ocorre quando o agente atua de forma imperita, negligente ou imprudente, escapando aos cuidados que se espera do homem médio. Por fim, explica que a culpa levíssima seria a diligência que foge aos olhos do homem médio, mas que é captada por pessoa mais atenta.

Para a maioria dos juristas, como argumenta Diniz (2014), a gravidade da culpa não interfere na reparação do dano. No entanto, há que se considerar a redação do art. 944 e parágrafo único, do CC:

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.

Do conteúdo do dispositivo legal acima transcrito, infere-se que, quando o juiz estiver diante de um caso de responsabilidade civil subjetiva, poderá fixar o *quantum* indenizatório conforme a extensão do dano conforme o que entender mais justo.

Além dessas modalidades de culpa, existem outras consideradas pela doutrina, das quais se pode mencionar:

A culpa *in elegendo* é a que decorre da má escolha do representante ou preposto. *In vigilando* é a que resulta da ausência e fiscalização sobre pessoa que se encontra sob a responsabilidade ou guarda do agente. E *in custodiendo* é a que decorre da falta de cuidados na guarda de um animal ou objeto (GONÇALVES *apud* CHACON, 2009, p. 7).

Seguida da conduta culposa, surge o dano ou prejuízo como terceiro requisito do dever de indenizar, justamente porque “não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão” (DINIZ, 2014, p. 77).

Do ponto de vista jurídico, Cavalieri Filho (2014, p. 93) refere “[...] dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima”.

O doutrinador parte da premissa que o dano deve ser definido pela sua causa, considerando-se o bem jurídico afetado, e não pela sua consequência, como parcela da doutrina e a jurisprudência o faz. Assim, o dano vem a ser uma lesão a qualquer bem juridicamente tutelado pelo Direito.

Quanto aos desdobramentos do dano, inicialmente se deve fazer a distinção entre o que é dano moral e o que é dano patrimonial e quais são as novas espécies de dano trazidas pela doutrina.

A Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Com isso, os direitos à honra, nome, imagem, privacidade e liberdade foram abarcados dentro do conceito “dignidade”.

Com o enfoque trazido pela Constituição, o dano moral, explicam Wald e Giancoli (2012), não está essencialmente ligado com uma reação psíquica da vítima, que pode não ter discernimento para entender que está sendo ofendida. Do mesmo modo os autores entendem que pode haver dano moral com relação aos direitos de personalidade, que não possuem vínculo direto com a dignidade.

Neste sentido, cabe destacar o conteúdo do Enunciado n. 444 da V Jornada de Direito Civil, que dispõe o seguinte: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis, como dor ou sofrimento”.

Assim, “[...] dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (WALD; GIANCOLI, 2012, p. 94). Deste modo, cabe à pessoa a escolha de expor suas intimidades a terceiros, e não a outrem, que, se o fizer, incorrerá na violação da intimidade, da vida privada, nos termos do art. 5º, inciso X, da Constituição.

Por fim, os autores ainda fazem pertinente observação no sentido de que não se deve considerar um simples aborrecimento cotidiano como um dano extrapatrimonial, porque tais aborrecimentos também fazem parte do convívio social.

Há também o dano patrimonial na visão de Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 90), que “[...] traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo”. No mesmo sentido, Gonçalves refere que (2013, p. 486) “material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido”.

Este dano material terá a particularidade sobre o momento em que o dano irá repercutir à vítima, visto que:

O efeito produzido pode projetar-se no presente, como também no futuro; pode não somente provocar a diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento. Assim, afirma-se que o dano patrimonial possui duas dimensões temporais, a saber: o dano emergente e o lucro cessante (WALD; GIANCOLI, 2012, p. 89).

Conforme Cavalieri Filho (2014, p. 94-95), “o dano emergente, também chamado positivo, este sim importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito”. Já com relação ao lucro cessante, o doutrinador afirma que consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”.

No que diz respeito à legislação correlata, o Código Civil trata do dano emergente e do lucro cessante em seu art. 402, ao referir que “as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Além dos danos acima mencionados, há aqueles que são incipientes no âmbito doutrinário, tais como os danos morais coletivos, os danos sociais e os decorrentes da perda de uma chance.

O dano moral coletivo constitui, nas palavras de Bitar Filho *apud* Gonçalves (2013, p. 487), “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”. Tal modalidade de dano está presente de forma corriqueira nas relações consumeristas regidas pela Lei 8.078/90.

Há que se observar que, assim como no dano moral individual, não é qualquer dano que enseja reparação. Na ementa da Apelação Nº 70035339431, da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, o relator Túlio de Oliveira Martins assevera que:

Para configuração do dano moral coletivo é necessário haver, além de conduta antijurídica, ofensa grave e intolerável a valores e interesses morais de uma dada comunidade, dano que é perceptível a partir da sensação de perda de estima, de indignação, de repulsa, de humilhação ou de outro sentimento que ofenda a dignidade humana. Hipótese de colocação no mercado de produto impróprio para o consumo que, num juízo de razoabilidade e de prudência, não comporta a condenação em danos extrapatrimoniais da espécie difusa, porquanto não vislumbrada no caso a grave violação do sentimento coletivo da comunidade local.

Neste ínterim, a doutrina e o Poder Judiciário também vêm reconhecendo os danos sociais que “[...] são aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de condutas socialmente reprováveis” (GONÇALVES, 2013, p. 488). O estudioso refere ainda que “esta indenização não se destina à vítima, mas a um fundo de proteção consumerista (CDC, art. 100), ambiental ou trabalhista, por exemplo, ou até mesmo a uma instituição de caridade, a critério do juiz”.

Por fim, há que se mencionar os danos decorrentes da perda de uma chance, que são aqueles que ocorrem “[...] quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilita um benefício futuro para a vítima, como deixar de obter uma sentença favorável pela omissão do advogado”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.469).

O doutrinador aponta ainda que “a chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. E também que “[...] a indenização, por sua vez, deverá ser pela chance perdida, pela perda da possibilidade de auferir alguma vantagem, e não pela perda da própria vantagem[...]”.

Por último, e considerado por alguns o mais delicado requisito da responsabilidade civil subjetiva, tem-se o liame jurídico entre conduta culposa e dano, chamado de nexos de causalidade. Diniz afirma:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa (2014, p. 131).

Partindo de uma visão de vanguarda, pode-se dizer que:

Em vez de falar em vínculo causal, melhor seria utilizar a expressão processo, mais adequado ao atual estágio do direito obrigacional contemporâneo. Assim, a relação causal pode ser vista como um processo equacionado num determinado espaço-tempo que une um comportamento a um evento atribuindo-lhe responsabilidade. Em suma, o nexos causal é um elemento de ligação entre uma conduta ou uma situação determinada, e o resultado, através do qual é possível concluir quem é o indivíduo responsável pelo dano, ou seja, aquele do qual se imputa o dever de indenizar (WALD, 2012, p. 106).

Cavaliere Filho (2014) considera que o conceito de nexos causal não é apenas naturalista (relação causa-efeito), mas também o é jurídico (processo técnico de probabilidade), porque o magistrado deve elidir os fatos considerados sem importância para a constatação do dano.

Para compreender o nexos causal, Wald (2012) aconselha que é preciso se ter clara a distinção entre causa e condição, o que nem sempre é fácil de perceber, porque em algumas situações a causa pode ser considerada uma variante da condição.

Em síntese, a diferença entre estes conceitos é que “condição é um fator que aliado a outros permite a ocorrência de um determinado efeito, qual seja, o dano”. Em contraposição, “[...] as causas são as principais condições da ocorrência do dano, ou seja, aquelas que agem de forma decisiva e com maior evidência”.

Além disso, como bem observa Cavaliere Filho (2014, p. 61), “o nexos causal tem também por função estabelecer medida para a obrigação de indenizar. [...] As perdas e danos não se estendem ao que está fora da relação de causalidade”.

Existem diversas teorias sobre nexos de causalidade, no entanto, o presente estudo irá abordar apenas duas delas, devido ao seu destaque no meio doutrinário. São elas: a teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*) e teoria da causalidade adequada.

A teoria da equivalência dos antecedentes “não diferencia os antecedentes do resultado danoso, de forma que tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa” (GAGLIANO, 2013, p. 140-141). Assim, prossegue o autor, essa teoria apresenta “espectro amplo, considerando elemento causal todo o antecedente que haja participado da cadeia de fatos que desembocaram no dano”.

No âmbito penal, percebe-se que o Código Penal Brasileiro, em seu art. 13, incorporou a teoria da equivalência dos antecedentes. No entanto, no âmbito da reparação civil, se fosse seguido esse raciocínio, haveria uma lista infundável de causas e potenciais alvos indenizatórios. Neste sentido, observa-se que:

A inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula

tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade (TEPEDINO *apud* GAGLIANO, p. 141).

Assim, “se o agente saca a arma e dispara o projétil, matando o seu desafeto, seria considerado causa, não apenas o disparo, mas também a compra da arma, a sua fabricação, a aquisição do ferro e da pólvora pela indústria etc.” (GAGLIANO, 2013, p. 153).

No outro extremo, tem-se a teoria da causalidade adequada, adotada pelo Código Civil em seu art. 403, e também considerada como paradigma de causa e efeito por Aguiar Dias, Caio Mário e Cavalieri Filho.

Segundo Cavalieri Filho (2014, p. 66), a referida teoria parte da premissa que “nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado”.

Como exemplo, interessante situação expõe Garcez Neto *apud* Cavalieri Filho (2014, p. 66), no sentido de que a teoria da causalidade adequada induz o magistrado a retornar até em que houve a conduta do agente, para, então, definir se esta era ou não suficiente para a ocorrência do dano. Assim, deve o atuar de forma a responder o seguinte questionamento: “a ação ou omissão do presumivelmente responsável era, por si mesma, capaz de normalmente causar o dano?”. Se a resposta for positiva, tem-se que o dano é objetivamente imputável ao agente.

Assim, é possível constatar a nítida diferença entre a teoria da causalidade adequada e a teoria da equivalência dos antecedentes. Esta, por não diferenciar os antecedentes do resultado danoso, considera todo e qualquer fato apto causador do resultado lesivo. Já a teoria da causalidade adequada impõe uma visão mais individualizada, considerando os fatos de forma isolada, num juízo de probabilidade técnica, para saber se, subtraído determinado fato, subsistiria o resultado danoso.

Ainda, como última consideração acerca do nexos causal, pode-se dizer que este é imprescindível diante de qualquer caso de responsabilidade civil, isto porque “pode haver responsabilidade sem culpa, como teremos oportunidade de ver quando estudarmos a responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexos causal” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 63).

Deste modo, em notas conclusivas, constata-se que a reparação do dano nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva só é possível se presentes os quatro pressupostos explanados, quais sejam, a conduta humana, a análise da culpa, o dano e a relação causal. No entanto, se ausente apenas o elemento culpa, poderá haver a obrigação de indenizar com base na responsabilidade objetiva, conforme será visto a seguir.

2.3.2 Responsabilidade civil objetiva

De forma subsidiária à responsabilidade civil clássica, encontra-se a responsabilidade civil objetiva, rompendo o paradigma de que só é possível indenizar aquele que suporta um prejuízo se for comprovada a atuação culposa do agente.

A diferença da responsabilidade civil objetiva para a subjetiva reside no fato de que naquela não se questiona se o causador do dano atuou de forma culposa. Ou seja, a culpa, nas palavras de Gagliano (2013), passa a ser um elemento incidental, sendo irrelevante sua apreciação no campo da responsabilidade objetiva. Assim, os requisitos exigidos serão apenas a conduta, o dano e o nexo causal.

Como observa Gagliano (2013, p. 70), a atual legislação civilista “refletindo as mudanças sofridas pela sociedade humana, especialmente após as duas grandes guerras, priorizou muito mais a ideia da responsabilidade calcada na atividade de risco (objetiva) [...]”, conforme pode se perceber na leitura do art. 927 e seguintes do Código Civil. Neste contexto, é acertada a afirmação de Alvino Lima, segundo a qual:

Estava, todavia, reservado à teoria clássica da culpa o mais intenso dos ataques doutrinários que talvez se tenha registrado na evolução de um instituto jurídico. As necessidades prementes da vida, o surgir dos casos concretos, cuja solução não era prevista na lei, ou não era satisfatoriamente amparada, levaram a jurisprudência a ampliar o conceito de culpa e acolher, embora excepcionalmente, as conclusões de novas tendências doutrinárias (LIMA, 1999, p. 39).

A responsabilidade objetiva é possível porque o Diploma Civil agregou do Direito Francês⁴ a teoria do risco para alguns casos específicos em que há uma grande probabilidade de acontecer um evento danoso. Essa teoria, em síntese, propõe que:

[...] todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 181).

A teoria do risco também apresenta algumas modalidades, das quais se menciona risco criado, risco-atividade e risco-proveito.

Nas palavras de Caio Mário *apud* Cavalieri Filho (2014, p. 183), “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”. Eis aí a primeira modalidade: risco criado.

O risco-atividade, por sua vez, no entendimento de Braga Netto (2009), consiste no desenvolvimento de atividade econômica que cria riscos para outrem, e por este motivo deve responder pelo dano em que pese a inexistência de culpa.

Já na variante risco-proveito, como bem ensina Braga Netto (2009, p. 95), “quem tira proveito de determinada atividade ou situação responde, sem culpa, pelos danos daí advindos. É a aplicação do clássico brocardo “quem usufrui os bônus deve arcar com os ônus”. O STJ, em seu informativo jurisprudencial nº 0393, tem firmado entendimento de que o transtorno causado pelo *overbooking* - venda de passagens em número maior que o de assentos disponíveis – configura dano moral. Eis aí uma demonstração da aplicação do risco-proveito.

É possível perceber, assim, que a responsabilidade civil se apresenta como um importante mecanismo de harmonização dos conflitos da sociedade contemporânea, independente da espécie ou modalidade, desde que preenchidos os requisitos abordados ao longo desse capítulo. Neste íterim, inserido no rol dos novos danos indenizáveis, apresenta-se a teoria da perda de uma chance, objeto de estudo do próximo capítulo.

⁴ Segundo Cavalieri Filho (2015, p. 215), “A responsabilidade objetiva tem suas raízes plantadas nas obras pioneiras de Raymond Saleilles e Louis Josserand, seguidos por Georges Ripert”.

3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: DEFINIÇÕES CONCEITUAIS

Atualmente, a sociedade se desenvolve mais rapidamente e, junto disso, grandes avanços tecnológicos e científicos ocorrem em um curto espaço de tempo, fazendo com que as relações entre as pessoas se tornem cada vez mais complexas. Diante disso, a teoria clássica da responsabilidade civil, que tem como pressupostos a conduta, o dano e nexos causal, não consegue atender de forma satisfatória os conflitos gerados pelos efeitos dessa globalização.

Neste contexto, surge a teoria da perda de uma chance, com fundamento na perda da probabilidade de se obter uma oportunidade ou de se evitar uma perda, possibilitando a reparação de danos até então não amparados pelo direito pátrio em razão de prescindir de nexos causal entre a conduta do agente e o dano final. Assim, este segundo capítulo terá por objetivo descrever a origem e noções conceituais acerca da teoria da perda de uma chance, bem como tecer algumas considerações sobre a sua natureza jurídica e seus requisitos caracterizadores.

3.1 Origem e noções conceituais da teoria da perda de uma chance

Conforme pesquisa na obra de Silva, Viney e Jourdain (apud Silva, 2013), a teoria da perda de uma chance tem suas raízes na França, no âmbito de uma discussão acerca de julgado datado de 17 de julho de 1889, ocasião em que a Corte de Cassação Francesa entendeu por conceder indenização a um demandante por

conta da atuação culposa de um oficial ministerial (*huissier*). O autor refere, ainda, que este é o caso mais remoto da teoria da perda de uma chance nos julgados franceses.

No entanto, para Higa (2012), ainda na França, a Câmara de Requerimentos (*Chambre de Requetês*), órgão da Corte de Cassação Francesa que proferiu a decisão do julgado em 1889, não teria competência para o ato, uma vez que a sua competência era limitada análise de requisitos processuais, podendo, no máximo, proferir decisão de não conhecimento do recurso quando entendesse que não havia carência de fundamento.

Neste contexto, o doutrinador explica que, no caso em análise, o demandante pretendia a condenação do oficial ministerial ao pagamento de uma indenização no valor de 9.000 francos, em razão de preceder incorretamente a intimação da parte ré. A falha do oficial consistiu em não fazer constar a indicação da pessoa com a qual ele o deixara, e a pessoa que recebeu o documento permanecera desconhecida, fato este que ensejou a nulidade do apelo.

Do julgado, em que pese não se tratar propriamente da perda de uma chance, pode-se perceber que a jurisprudência da época já adotava o sistema de presunção para decidir a lide, aplicando, assim

[...] a 'teoria da diferença', ou seja, a indenização, se houvesse, teria sido medida pela diferença entre a situação hipotética em que a vítima se encontraria, sem o ato do ofensor, e a situação em que ela realmente se encontra, considerando o ato praticado pelo ofensor (HIGA, 2012, p. 21).

Deste modo, ainda que a Corte de Cassação recebesse e julgasse a apelação do caso analisado, se não fosse constatada a nulidade, o doutrinador aponta que nenhuma indenização seria concedida, porque o fruto da equação da teoria da diferença seria igual a zero, isto é, de que a falha do oficial não teria causado danos concretos ao apelante.

Segundo Higa (2012), o cenário jurídico francês do século XIX ainda seguia o paradigma da reparação tradicional dos danos efetivamente comprovados (dano final). No entanto, na primeira parte do século seguinte, há uma mudança no padrão já estabelecido, passando-se a reconhecer a possibilidade de reparação de danos diversos, como o decorrente da perda de uma chance. Isto porque:

Atualmente, vive-se a era da incerteza. Ora, se o novo padrão solidarista do direito modificou o eixo da disciplina da culpa para a reparação do dano, é evidente que vários danos que até então não eram indenizados por serem incertos, intangíveis ou com efeitos puramente emocionais, passam a ser reparados (SILVA, 2013, p. 74).

Deste modo, os prejuízos decorrentes de frustração de expectativas ou confiança, violação da privacidade, estresse emocional, perdas de chances, passam a ser tuteladas pelo ordenamento jurídico francês.

Neste contexto, no início do século XX, mais precisamente no ano de 1932, a Corte de Cassação profere o primeiro acórdão reconhecendo e concedendo a reparação pela perda de uma chance. Conforme elucida Higa (2012), trata-se do caso envolvendo um notário, *Sr. Gimaldi*, que causou prejuízo aos seus clientes - o casal Marnier -, visto que de sua conduta os clientes perderam a oportunidade de adquirir o imóvel que pretendiam, e, além disso, tiveram que suportar o pagamento de despesas relativas a atos notariais desnecessários.

Ainda no continente europeu, o *leading case* da teoria da perda de uma chance foi o caso *Chaplin v. Hicks*, que, conforme Higa (2012), se tratava de um concurso, cujo prêmio seria uma série de contratos remunerados para as aspirantes a atriz que vencessem o certame. Dada a grande quantidade de candidatas inscritas, a seleção seria dividida por distrito e as cinco finalistas de cada distrito teriam a oportunidade de serem selecionadas para uma audição ou uma entrevista. Neste ínterim, salienta-se que:

O nome da Sra. Chaplin apareceu em 1º lugar no seu distrito. Ela, então, recebeu uma carta para comparecer à fase final de seleção no *Aldwich Theatre*, em Londres, às 16h do dia 6-1-1909. Entretanto, a carta foi remetida para o endereço errado e, posteriormente, encaminhada à Dundee, onde ela estava, porém no próprio dia 6-1-1909, o que impossibilitou seu comparecimento a tempo (HIGA, 2012, p. 31).

Diante disso, conforme aponta Higa (2012), ficou constatado que o *sr. Hicks* eliminou a oportunidade de *Chaplin* obter êxito na seleção, com a respectiva condenação pelo prejuízo causado. A Corte de Cassação, por conseguinte, rechaçou o apelo formulado pela defesa sob o argumento de que houve inadimplemento contratual com a supressão de oportunidade.

Já, no Brasil, a primeira manifestação da (incipiente) teoria em análise, conforme Savi (2012), deu-se no ano de 1990, no Tribunal de Justiça do Rio Grande

do Sul, quando do julgamento da Apelação Cível n. 598.069.996, pela 5ª Câmara Cível, em que constava como relator à época o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

O julgado versava sobre uma indenização decorrente de erro médico. A demandante havia realizado uma cirurgia para reparar a miopia que lhe reduzia a visão, contudo, após o procedimento, restou acometida por uma hipermetropia e cicatrizes na córnea, que ensejou o aparecimento de um nevoeiro no olho operado.

Na ementa do acórdão, o desembargador faz menção à teoria da perda de uma chance. Entretanto, afasta a sua aplicação, porque naquele caso em concreto houve a prestação de um serviço médico consubstanciado em uma obrigação de meio, e não de fim. Não houve, portanto, a interrupção do processo aleatório que possibilitaria o ganho de um benefício ou a possibilidade de se evitar um prejuízo, como será explicado no decorrer desta pesquisa.

O objeto do litígio era, na verdade, o caso típico de uma indenização com fundamento na responsabilidade civil clássica, porque, segundo Savi (2012, p. 48), “ao analisar a prova dos autos, o Tribunal chegou à conclusão de que a hipermetropia em grau dois e as cicatrizes na córnea eram consequências diretas e imediatas do erro cometido pelo médico na cirurgia”. Assim, havia nexos causal entre a conduta culposa do profissional e o dano final.

Cabe salientar, no entanto, que, sendo o caso de reconhecimento de perda de oportunidade, o cálculo da verba indenizatória deverá ser feito com base em probabilidades estatísticas, utilizando-se como teto para o cálculo a regra de que a indenização deverá ser inferior do que o valor da vantagem final esperada pela vítima. Nesse sentido, Silva (2013, p. 226) traz como exemplo a interposição de um recurso intempestivo:

[...] sobre o qual se conclui, fundado em percuente pesquisa jurisprudencial, que retirou sessenta por cento (60%) da probabilidade de a vítima reverter uma decisão desfavorável recebida em instância inferior. Se a vantagem esperada pela vítima com a total procedência da demanda judicial era equivalente a R\$ 100.000,00, o valor da chance perdida pela conduta do réu consubstancia-se na importância de R\$ 60.000,00, equivalente a sessenta por cento (60%) da vantagem esperada, como bem apanhado por um julgamento do Tribunal de Justiça do Paraná.

Ainda no âmbito do Tribunal de Justiça gaúcho, no ano seguinte, em 1991, o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior, novamente como relator, atuou em um julgamento típico de perda de uma chance, no qual restou reconhecida a aplicação da referida teoria no ordenamento jurídico nacional. O foi assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO À SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR À MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991).

No caso em análise, a demandante havia contratado o demandado como seu procurador para ajuizar ação contra o Instituto Nacional de Previdência Social, com o fito de obter uma pensão em razão da morte do marido. Após a distribuição, houve o extravio dos autos. Entretanto, o advogado nada informou à sua cliente, tampouco procedeu a restauração dos autos.

Deste modo, como bem explica Savi (2012, p.49), “o Desembargador [...] reconheceu que a atitude negligente do advogado réu fez com que a autora perdesse a chance de ver a sua ação julgada pelo Tribunal e, com isso, sofresse um dano representado pela chance perdida”. Neste contexto, transcreve-se parte do voto do desembargador Rui Rosado de Aguiar Junior:

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. Como ensinou o Prof. François Chabas: ‘Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la’ (‘La Perte d’une chance em Droit Français’, conferência na Faculdade de Direito da UFRGS em 23.5.90) [...]

[...] a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda de chance, dentro do instituto da responsabilidade civil. Isto 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 (AGUIAR DIAS JUNIOR *apud* SAVI, 2012, p. 49).

Estas foram as primeiras decisões publicadas nos tribunais estaduais brasileiros. A partir delas, emanaram outros inúmeros acórdãos enfrentando casos

de chance perdida, alguns dos quais serão objeto de estudo ao decorrer da presente pesquisa.

Quanto à noção conceitual, ao se falar da teoria da perda de uma chance, é necessário compreender o que, de fato, pode ser uma chance perdida. Neste ponto, a doutrina não apresenta maiores divergências. Nesse sentido, ocorre a 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, 2012, p.81).

Seguindo essa linha de pensamento, Gonçalves apresenta semelhante conceito sobre a teoria em estudo, explicando que essa oportunidade perdida passa a ser objeto de tutela do direito:

Consiste esta na interrupção, por determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura. Essa perda de uma chance, em si mesma, caracteriza um dano, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil (GONÇALVES, 2012, p. 327).

Neste sentido, também é válido o conceito apresentado por Savi (2012, p. 3), assim como uma breve ponderação sobre questão terminológica, no sentido de que “o termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance seria, em nosso sentir, oportunidade”.

Note-se que os autores, de modo geral, partilham do mesmo entendimento sobre o conceito perda de uma chance, sendo esta compreendida como a probabilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo futuro (concepção clássica), sendo a indenização decorrente desse ato ilícito concedida a título de supressão da oportunidade de obter uma condição melhor - e não pela perda da própria vantagem.

Da noção conceitual de chance perdida é importante enfatizar que o que se perde é uma possibilidade concreta de obtenção de um benefício futuro ou a

possibilidade de se evitar um prejuízo, e não o benefício ou o prejuízo em si, como se o fosse líquido e certo. Se assim fosse, estar-se-ia diante de um caso de dano emergente ou lucro cessante, conceitos explanados no primeiro capítulo desta pesquisa.

3.2 Natureza jurídica

Um ponto que gera impasse no estudo da teoria da perda de uma chance é precisar a sua natureza jurídica. A esse respeito, José Carlos Moreira Alves *apud* Silva (2013, p. 103) aduz que “determinar a natureza jurídica de um instituto é estabelecer o seu enquadramento dentro de uma das categorias dogmáticas admitidas no sistema jurídico”.

No ordenamento jurídico pátrio, há uma clássica cisão entre as espécies de dano: o moral e o patrimonial. Assim, o esforço doutrinário segue no caminho de tentar estabelecer em qual das duas posições tem lugar o dano decorrente da chance perdida. Há, ainda, parcela da doutrina que se inclina a reconhecer a chance perdida como uma modalidade de dano diferente daquelas até então concebidas pelo Direito pátrio, estabelecendo-se como categoria autônoma.

Para Santos (2001), o dano proveniente da perda de uma chance deve ser compreendido como um dano moral futuro. Nesse sentido, o autor cita como exemplo o

[...] talentoso violinista, ganhador de vários prêmios quando ainda adolescente e que se lhe entremostra uma carreira promissora. Essa carreira, porém, é frustrada por um acidente que lhe rompe tendões do braço direito, causando paralisia do membro. O jovem virtuose não mais poderá tocar o violino. Por todo o passado na vida do músico antes do acidente, pode-se afirmar, com certo grau de certeza, que se não houvesse o acidente, ele seria um grande músico (SANTOS, 2001, p. 114).

Seguindo o ponto de vista da do Direito italiano, a perda de uma oportunidade séria e real pode ensejar tanto a reparação por dano moral como por dano patrimonial na forma de dano emergente. Isso ocorre em razão de que em algumas situações

[...] a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou por presunção (SAVI, 2012, p. 122).

O autor entende por alocar a perda da oportunidade como um dano emergente para, assim, propor uma solução ao impasse relacionado ao nexo de causalidade:

Ao se inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial) (SAVI, 2012, p. 122).

De modo diverso, Silva (2013), em estudo comparado com o Direito francês, busca edificar a natureza jurídica das espécies de perda de chance como sendo ou dano autônomo – quando se interrompe o processo aleatório -, ou de causalidade parcial do dano final – quando o processo aleatório chega ao final. Essa noção empreendida pelo doutrinador visa eliminar a divisão clássica proposta pelos franceses, qual seja a divisão dos casos “clássicos” ou “casos da seara médica”.

Deste modo, para que se possa considerar a oportunidade perdida como um dano independente é preciso

[...] que o ato danoso do ofensor retire de vez todas as chances que possuía a vítima, ou seja, interrompa o processo aleatório antes de chegar ao seu fim. De fato, se o processo aleatório seguir seu curso normal até o final, a conduta do réu somente poderá ser vislumbrada como uma possível causa concorrente para a causação do dano final (SILVA, 2013, p. 105).

A necessidade de se considerar a perda de uma chance como dano específico também decorre da não aceitação, por parte da doutrina clássica, da causalidade parcial. Assim, é necessário isolar a chance do dano final, considerando-a como um prejuízo independente, para, assim, atender aos requisitos do dever de indenizar conforme o Código Civil vigente⁵.

⁵ Esse é o entendimento da ministra do STJ, Nancy Andrighi, no sentido de que “a perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final”. (BRASIL, 2012, fl. 09).

Nesse sentido, é importante transcrever parte do voto do desembargador Odone Sanguiné, extraído da apelação cível n. 70025179458, da 9ª Câmara Cível do TJRS, segundo o qual

10. O dever de indenizar com fundamento na perda de uma chance requer que o autor comprove que, caso inexistente a ação ou omissão do réu, teria efetivamente obtido o bem da vida almejado. O que ocorre, efetivamente, é que, para se falar em responsabilização por perda de uma chance, é preciso que esteja em curso uma situação que propicie uma oportunidade de, no futuro, uma pessoa auferir algum benefício, e que tal processo seja interrompido por um determinado fato antijurídico – que inviabiliza a oportunidade. **Os elementos que caracterizam a perda de uma chance são: (a) a conduta do agente; (b) um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como o dano; e (c) o nexos causal entre a conduta e a chance que se perdeu (assim, essa teoria não dispensa o nexos de causalidade, mas o analisa sob uma perspectiva diferente)** (RIO GRANDE DO SUL, 2008, fl. 06) (Grifo nosso).

Nessa linha de pensamento, ao se conceber a chance perdida como categoria específica (dano autônomo), apenas se procede a uma interpretação sob uma ótica diferente, atendo-se a examinar o nexos causal entre a conduta do agente e a oportunidade perdida. O resultado final, então, passa a não mais integrar os pressupostos do dever de indenizar.

Já em outra perspectiva, inserida no campo das causalidades alternativas, situa-se a causalidade parcial, que não segue a *conditio sine qua non*, isto é, a “condição necessária” ao dever de indenizar, que, no ordenamento jurídico nacional, é composta pela existência de uma conduta, bem como um dano e a relação de causa entre a conduta do agente e o resultado lesivo.

No entanto, Silva (2012, p. 46) considera que “as novas realidades social, econômica e tecnológica implicam a necessidade de reformas dogmáticas nas antigas instituições [...]”, sendo necessário conceber a possibilidade de mitigar a relação de causalidade em algumas situações. Neste contexto, o referido doutrinador, recordando os ensinamentos de Clóvis de Couto e Silva, critica a atual posição do sistema judiciário argumentando que:

[...] a verificação da causalidade adequada já é um produto de ‘política judicial’ totalmente afastada da noção de causalidade que tem a Física e a Filosofia. Nesse sentido, nada impediria que a adequação causal caminhasse no sentido de também relativizar a prova da ‘*conditio sine qua non*’ (Silva, 2013, p. 47).

O autor também menciona que o sistema de presunções é uma forma de relativizar princípios, dentre os quais está aquele relacionado ao ônus probatório, conforme disposto no parágrafo 1º do art. 373 da Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), *in verbis*:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído

Assim, deixando de lado a noção de perda de uma chance como dano autônomo, conforme aduz Silva (2013, p. 50), “estar-se-iam utilizando as chances perdidas apenas como um meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada)”, possibilitando a reparação decorrente da frustração dessa oportunidade que incorreu a vítima.

Já quanto à valoração do *quantum* indenizatório, Rafael Peteffi da Silva, com base nos argumentos de John Makdisi, expõe que deverá ser proporcional ao prejuízo constatado:

[...] a reparação deverá ser quantificada de acordo com a probabilidade de causalidade provada. Se existem oitenta por cento (80%) de probabilidade de que a conduta do réu tenha causado o dano experienciado pela vítima, o dano será quantificado em oitenta por cento (80%) do prejuízo total sofrido. Da mesma forma, se o conjunto probatório indica uma probabilidade causal de quarenta por cento (40%), é exatamente segundo esta proporção que será calculada a indenização (SILVA, 2013, p. 51).

Tal como na doutrina, a jurisprudência também não é pacífica quanto à natureza jurídica da chance perdida. Há julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no sentido de considerar o dano decorrente da chance perdida como autônomo, patrimonial e extrapatrimonial. Como se pode constatar, por ser um instituto relativamente novo em nosso ordenamento jurídico, ainda há grande dificuldade quanto à inserção da teoria da perda de uma chance a determinada natureza jurídica.

No julgamento da apelação cível n. 70067496307 da 9ª Câmara Cível do TJRS, que trata de indenização decorrente de falha de atendimento médico, os desembargadores Carlos Eduardo Richinitti e Eugenio Facchini em *venia* a Relatora Iris Helena Medeiros Nogueira, firmaram entendimento de que a teoria da perda de

uma chance encerra uma categoria própria de dano presente no rol dos novos danos indenizáveis e que, portanto, não pode ser concedida a título de dano moral ou patrimonial face a inexistência denexo de causalidade. Em seu voto, o desembargador redator aduz que a teoria da perda de uma chance

[...] não depende do reconhecimento do nexocausal entre a conduta e o óbito, enquadrando-se numa categoria diversa de dano em que se verifica a chance perdida de uma situação mais benéfica ou menos gravosa em razão de determinada atuação ou omissão do hospital (RIO GRANDE DO SUL, 2015, fl. 40).

O magistrado destaca também que a perda de uma oportunidade está elencada no rol dos novos danos indenizáveis e que, atualmente, é inviável a adoção de um critério “tudo ou nada” ao se tratar do erro médico – criticando a teoria clássica de responsabilidade civil. Hoje, a própria concepção de reparação civil deve ser flexibilizada e se considerar que há um direito objeto de tutela jurídica que se situa entre o certo e o hipotético. Nesse mesmo sentido se posicionou o desembargador João Moreno Pomar, ao proferir decisão durante a apreciação da apelação cível nº 70056447188, da 18ª Câmara Cível do TJRS:

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) busca responsabilizar o causador por um dano diferente daqueles previstos no art. 403 do CC, emergente e lucro cessante, exigindo modalidade *sui generis* decorrente da frustração da possibilidade de obter-se uma posição pessoal mais vantajosa que provavelmente se pudesse alcançar não fosse o ato ilícito do terceiro. Não consiste num prejuízo efetivo nem no extremo de um dano hipotético (RIO GRANDE DO SUL, 2013, fl. 12).

Por outro lado, na apelação cível n. 70038949921, da 10ª Câmara Cível do TJRS, o desembargador Relator Túlio de Oliveira Martins concluiu pela ocorrência da perda de uma chance, porém classificou-a como um dano material. O caso versava sobre pedido de indenização pela perda da possibilidade em aprovação na segunda etapa (prova prática) de concurso para operador de máquinas do Município de Candelária-RS, local onde o apelante já exercia a função de Coordenador dos Serviços Urbanos.

Segundo relatório dos autos, o apelante sofreu acidente enquanto levantava canos de cimento sem o Município ter fornecido

[...] as orientações com relação à forma adequada para a execução das tarefas laborativas, além da inexistência de fiscalização das condições de trabalho dos funcionários, bem como a não disponibilização do maquinário

necessário para a realização do trabalho que estava sendo realizado no dia do acidente sofrido pelo autor (RIO GRANDE DO SUL, 2013, fl. 07).

Em decorrência do fato lesivo, o apelante não pode realizar a prova prática porque apresentava falta de mobilidade no braço direito por rompimento de parte da musculatura. Em que pese o perito não ter constatado, posteriormente, debilidades permanentes ou redução na amplitude de movimento no braço direito, o apelante não pode concluir a derradeira etapa do certame, arcando com a real perda de uma oportunidade de obter um trabalho melhor.

Já na apreciação da apelação cível n. 70057281594, da 5ª Câmara Cível do TJRS, cuja discussão se dava acerca de falha médica na indicação de tratamento mais adequado à paciente que veio a ter os membros inferiores amputados em decorrência do avanço da doença circulatória, a desembargadora relatora Maria Cláudia Mércio Cachapuz exarou em seu voto que, além da constatação de dano material, a perda de chance no caso *sub examine* ensejou a condenação de danos morais:

Portanto, ainda que a relação de causalidade não seja direta ao efeito da amputação, é possível que se reconheça, por probabilidade, que outra pudesse ser a mudança no estado das coisas se os médicos envolvidos no tratamento tivessem realizado o diagnóstico esperado ou possível de ser deduzido para o caso (RIO GRANDE DO SUL, 2016, fl. 15).

E prossegue:

Nesse contexto, os elementos de convicção contidos nos autos permitem concluir que houve uma falha na prestação do serviço médico disponibilizado à demandante pelos demandados, mas não que esta falha, necessariamente, tenha contribuído ao evento amputação das pernas. Na espécie, a falta de diligência dos médicos das demandadas concorreu, em verdade, a uma perda de chance de um tratamento mais adequado. Ainda que não se possa afastar a ocorrência do resultado da amputação como um curso natural de mudança de estado para o caso, há indícios suficientes de que, com um tratamento diverso e passível de aplicação pelos profissionais da área médica, 'as chances de evitar a amputação teriam sido maiores' (RIO GRANDE DO SUL, 2016, fl. 17).

Em relação ao *quantum debeatur*, a relatora fixou, a partir de agrupamento de casos assemelhados considerados junto à jurisprudência deste TJRS, o valor aproximado de R\$ 75.000,00 por danos extrapatrimoniais, em decorrência da amputação dos membros inferiores, e a conseqüente paraplegia. No entanto, considerando a perda de uma chance, o magistrado aplicou uma diminuição

proporcional de 60% no valor total da indenização, considerando o entendimento do STJ em casos iguais. Assim, a condenação final restou fixada em R\$45.000,00.

Apesar da divergência entre a classificação da natureza dos danos provenientes da teoria em exame, o que se deve considerar é que a perda de uma chance foi absorvida pelo Direito brasileiro, compreendendo-se que deve haver a indenização pela perda de uma oportunidade que se mostra séria e real, ou seja, que não se apresenta apenas como um dano eventual. A questão relacionada à natureza jurídica do referido instituto é uma questão que possui maior relevância no âmbito acadêmico e que, por esse motivo, não deve ser concebido como pressuposto para que a vítima seja indenizada pelo prejuízo sofrido.

3.3 Requisitos acerca da teoria da perda de uma chance

Apesar de a teoria da perda de uma chance trabalhar com uma relação de causalidade diferente da tradicional reparação civil, por considerar apenas a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e a chance perdida, para que seja possível a sua caracterização é necessário o preenchimento de requisitos específicos. Assim, os pressupostos geralmente elencados pela doutrina majoritária são a realidade e a seriedade da oportunidade perdida. Alguns, no entanto, destacam também a atualidade como uma terceira exigência. Estas condições atuam como um sistema de blindagem contra excessos, amoldando-se como “uma espécie de proteção eficaz contra eventuais distorções do conceito” (HIGA, 2012, p. 82).

Quanto ao elemento atualidade, pode-se dizer que este poderia debilitar a seriedade da chance, retirando-lhe a seriedade, uma vez que “quanto mais o momento é distante, mais se torna verossímil que as circunstâncias exteriores, de algum modo, impeçam a concretização das chances”, segundo Higa (2012, p. 82). Assim, pode-se apontar que:

Enquanto pretensões relacionadas a oportunidades passadas ou projetadas ao futuro próximo possuem maior probabilidade de ser acolhidas, pedidos relativos a chances que poderiam se materializar apenas no futuro distante são menos promissores (MORAES *apud* HIGA, 2012, p. 82).

Nesse sentido, o doutrinador justifica o argumento exemplificando que não pareceria razoável e sério que se atenda a pretensão indenizatória de uma criança, com idade inferior a dez anos, recém matriculada em uma escolinha de futebol, porque ela sofreu um acidente e restou impossibilitada de se tornar um atleta promissor, deixando de lograr diversos contratos milionários. Note-se que a oportunidade em questão está muito longe de se concretizar; não há como conceber estatisticamente uma probabilidade de que esta criança, de fato, se tornaria um profissional bem-sucedido dada as inúmeras intempéries que está sujeitado até a atingir a maturidade profissional.

Segundo Boré (*apud* HIGA, 2012), a oportunidade perdida deve ser considerada sob um aspecto objetivo, isto é, que a chance possa ser relacionada como uma probabilidade palpável, não como a situação da criança recém matriculada na escolinha de futebol anteriormente citada. Deste modo, para se determinar a relevância jurídica da chance, doutrina e jurisprudência se utilizam de cálculo percentual. Seguindo a visão da doutrina italiana, a oportunidade é considerada séria quando há probabilidade de 50% ou mais de concretização do fato esperado:

Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente (SAVI, 2012, p. 65).

No entanto, tabelar o conceito de seriedade da chance não é adequado ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o legislador pátrio elegeu o dever de indenizar como cláusula geral (art. 186, CC), de forma a sedimentar uma concepção solidarista⁶. Higa (2012, p. 87) assevera que “epistemologicamente, é inapropriado preestabelecer um determinado conceito jurídico, quando o próprio legislador fez opção clara pela redação a partir de cláusulas gerais”. Não caberia, assim, ao intérprete da lei fazer fórmulas abstratas e aplicar de forma genérica a todo caso em concreto se é necessário analisar a singularidade de cada situação em concreto. De forma complementar, o autor pondera que:

⁶ Ver: FREITAS PEDRO, Fabio Anderson de. *As Diretrizes Teóricas do Código Civil Brasileiro de 2002 e o Neoconstitucionalismo*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10087>. Acesso em: 05 mai. 2016

E a eleição da lei pelo critério aberto deu-se justamente pela complexidade da gama de situações no mundo fenomênico que podem fazer com que o percentual de probabilidade para que a chance seja considerada séria não atenda a um padrão rígido, antes experimentando oscilação pendular na materialização do justo, de acordo com as circunstâncias de cada caso, e delegando ao juiz o mister de integrar um dos elementos da lei (HIGA, 2012, p. 88).

O elemento realidade possui relação hierárquica com a seriedade, de modo que a antecede. E somente a conjugação de ambos os elementos é que torna a chance frustrada economicamente apreciável. Conforme Higa (2012, p. 85), “é possível haver uma chance real que não seja séria, mas não é possível cogitar de uma chance séria que não seja real”. Na prática, segundo o autor, implica dizer que uma pessoa enferma cientificamente condenada não possui uma chance real e, portanto, não é séria; por outro lado, aquele que possui um bilhete de loteria com uma chance para um milhão tem uma chance real, porém do ponto de vista jurídico não é considerada séria.

Em sede de jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça conferem especial atenção à realidade e à seriedade da oportunidade perdida. Ao apreciar demanda visando indenização de danos materiais e morais em face de advogado que teria sido responsável pela revelia e interposição de recurso intempestivo, e com isso fulminado as chances de o cliente ver a sentença desfavorável revertida, o desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira procedeu a uma análise minuciosa da seriedade da (alegada) chance perdida e concluiu que naquele caso não foi reconhecido o dever de indenizar:

Ora, na espécie em julgamento, já havia, por um lado, a confissão quanto à matéria de fato, decorrente da revelia, e, por outro, no tocante à matéria de direito à cobrança de juros acima da Lei de Usura, tem sido permitida nos negócios jurídicos bancários pela iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (v.g., REsp. nº. 439828, REsp. nº. 430093 e REsp. 337957). Além disso, os documentos de f. 163 a 169 não permitem outras ilações favoráveis aos apelantes. **De resto, não ficou comprovado que a cobrança decorresse de valores indevidos, lançados sem fundamento na conta dos autores, ônus que incumbia aos autores. De ressaltar que a presente causa foi julgada antecipadamente, tendo os autores se contentado apenas com produção de prova documental, como se verifica da petição de f. 132.** (RIO GRANDE DO SUL, 2003, fl. 06) (grifo nosso).

Recentemente, ao prolatar decisão na apelação cível n. 70064380074, que também cuida de situação envolvendo a responsabilidade do advogado por atuação

negligente, o Tribunal gaúcho evidencia a especial atenção à seriedade e realidade da chance:

Outrossim, para que seja viável a aplicação da teoria da perda de uma chance, que objetiva responsabilizar o advogado pela perda da possibilidade do cliente de buscar uma situação mais vantajosa, necessita de demonstração de que a negligência ou desídia do profissional tenha ensejado a perda de uma chance séria e real, que tangencia a certeza, não hipotética ou duvidosa.

No caso concreto, inexistiu comprovação de que a conduta profissional dos advogados réus importou na perda de uma chance ao autor. Não há qualquer evidência de que o ajuizamento da ação revisional do contrato assegurasse a propriedade do imóvel aos autores, ora apelados, haja vista que eram devedores das parcelas relativas ao financiamento imobiliário, de modo que não é possível aplicar-se a teoria da perda de uma chance ao caso em tela (RIO GRANDE DO SUL, fl. 06, 2015).

Convergente entendimento firmou o STJ ao proceder à análise de um caso em que o juízo de origem havia condenado um médico por ter ensejado a perda de uma chance à paciente, que veio a falecer pouco após a realização de procedimento cirúrgico. Este entendeu por afastar a aplicação da teoria em estudo ante a ausência de provas nos autos que evidenciassem uma conduta negligente do profissional e que justificassem a alegada oportunidade perdida:

[...] A chamada 'teoria da perda da chance', de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; [...] (BRASIL, 2009, fl. 05).

No mesmo sentido se pronunciou a ministra Nancy Andrighi ao julgar improcedente indenização por dano moral por perda de uma oportunidade (Resp 1.115.687 – SP) deduzida por proprietário de imóvel arrematado em leilão extrajudicial de imóveis. A alegação consistia em perda da chance de purgar a mora e, com isso, evitar a arrematação, porque os autores não haviam recebido a intimação pessoal, conforme determinação legal. Embora seja reconhecida a necessidade de intimação pessoal, a magistrada considerou se tratar de uma chance remota e inexpressiva:

É possível supor, no entanto, que os recorridos dificilmente purgariam a mora, ainda que houvessem sido intimados pessoalmente para tanto. A sentença proferida pelo Juízo da 1ª vara cível da comarca de Itatiba/SP é bastante elucidativa nesse sentido, pois menciona que 'além de diversas vezes cientificados por avisos de convocação para saldarem prestações em atraso (...), os próprios autores relatam que enviam tratativas para

composição dos débitos junto ao banco, sem êxito. (...) Somente depois de quase um ano e meio decorrido do leilão é que se animaram os autores em perseguir sua anulação' (e-STJ fls. 304 e 307) (BRASIL, 2010, fl.06).

Deste modo, infere-se que a teoria da das chances perdidas vem ganhando espaço no estudo da responsabilidade civil, como uma modalidade específica de reparação, que, por este motivo, apresenta requisitos e natureza jurídica específicos. Neste contexto, prossegue-se com a análise da referida teoria na aplicabilidade dos tribunais brasileiros, objeto que será explicado no próximo capítulo.

3.4 As diversas áreas do Direito e a teoria da perda de uma chance

A expansão dos danos indenizáveis vem ganhando espaço no cenário jurídico pátrio contemporâneo, destacando-se dentro desse rol os casos de litígios por perda de uma chance, a qual tem assento no princípio da solidariedade social (art. 3º, CF), bem como no princípio da reparação integral dos danos. Neste contexto, pode-se afirmar que o instituto da reparação civil está presente onde houver uma relação jurídica tutelada pelo Direito. Assim, mostra-se relevante abordar as possibilidades de aplicação da teoria da perda de uma chance em alguns campos do Direito brasileiro, notadamente no âmbito das relações jurídicas consumeristas, trabalhistas e das famílias.

A esfera trabalhista é um dos campos mais propícios à incidência da perda de uma chance. Isso porque a incipiente teoria atua como uma

[...] importante ferramenta da responsabilidade civil, capaz de aprimorar as formas de reparação do dano injusto e, com isso, requintar também a relação entre capital e trabalho, de modo a fomentar a 'melhoria da condição social do trabalhador' (CF, art. 7, *caput*), realçando o princípio constitucional da 'dignidade da pessoa humana' (CF, art. 1º, III), considerado o 'epicentro de todo o ordenamento jurídico' (HIGA, 2012, p. 188).

A dignidade e os demais direitos fundamentais permeiam as relações de trabalho. E não poderia ser diferente. A sociedade contemporânea não concebe mais a possibilidade de que um trabalhador tenha afastado os seus direitos primordiais ao adentrar no local de trabalho, tal como acontecia no cenário que ensejou a Revolução Industrial na França. Tanto é assim que o art. 6º da Declaração

dos Direitos Universais do Homem prescreve: “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”.

Assim, a teoria da perda de uma chance converge com a finalidade da legislação trabalhista, que é de proporcionar maior tutela àqueles que estão subordinados às relações de trabalho, ou seja, o empregado. Nesse sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região do RS tem reconhecido a incidência da perda de oportunidade em algumas situações:

INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. PROFESSOR. DESPEDIDA NO INÍCIO DO ANO LETIVO. A despedida do professor no início do ano letivo tem probabilidade evidente de obstar a obtenção de vaga nesse mercado de trabalho, justificando o deferimento da indenização pela perda de uma chance. (TRT da 4ª Região, 3a. Turma, 0000246-65.2013.5.04.0531 RO, em 04/11/2015, Relator: Desembargador Gilberto Souza dos Santos).

A ementa acima transcrita cuida da pretensão indenizatória de uma professora que foi despedida poucos dias após o início do ano letivo, o que ensejou dificuldades em sua reinserção no mercado de trabalho, culminando na perda de uma oportunidade. Nas palavras do relator:

A despedida do professor no início do ano tem probabilidade evidente de obstar a obtenção de vaga nesse mercado de trabalho, pois na época as instituições de ensino já definiram o ano letivo e realizaram o processo seletivo dos profissionais [...]

A chance é de colocação no mercado de trabalho, naquele momento. Não considero ético o rompimento de um contrato de trabalho que tem de ser executado com um planejamento de, no mínimo, um semestre. Fere, em tese, a boa-fé objetiva exigida dos contratantes de agir conforme a ética, pois não é de se esperar o rompimento imotivado em pleno curso do semestre, quando não mais é possível iniciar o trabalho em outra escola (RIO GRANDE DO SUL, 2015, fl. 05) (grifo nosso).

Outra situação que pode ser constatada mais recentemente na seara trabalhista é a ocorrência de perda de chance de obtenção de emprego por retenção injustificada da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) por parte do empregador. Nesse sentido, recentemente a 11ª Turma do TRT-RS 4ª Região, ao apreciar o Recurso Ordinário n. 0000249-72.2014.5.04.0373, reconheceu o direito à indenização por perda de oportunidade em razão da retenção injustificada da CTPS da reclamante.

Após a reclamante ter formulado pedido de demissão com a intenção de trabalhar em outra empresa, teve a sua futura contratação frustrada em razão da

retenção da CTPS por parte da atual empregadora, que, na percepção do desembargador Relator Hebert Paulo Beck, havia extraviado o documento. Além disso, durante a instrução do processo, a reclamante logrou demonstrar, através de prova testemunhal, que havia perdido uma oportunidade de um emprego em que obteria melhor remuneração justamente porque não dispunha de sua CTPS.

Percebe-se, deste modo, que não há dúvida quanto à possibilidade jurídica de aplicação da teoria da perda de uma chance no Direito do Trabalho, já que o art. 8º da CLT prevê: "O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste", e neste ponto se estende a aplicação dos arts. 186, 927 e 944 do Código Civil Brasileiro às relações trabalhistas, isto é, incrementando a cláusula geral de responsabilidade civil e o princípio da reparação integral dos danos.

Outro âmbito próspero à constatação da teoria em estudo é o das relações de consumo, regidas pela Lei 8.078/1990, denominada Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de legislação criada para atender ao disposto no art. 5º, XXXII da Constituição, ou seja, a promoção da defesa do consumidor pelo Estado. Assim, apenas os casos que envolvam as relações de consumo é que serão amparados pelo CDC. Insta, assim, definir o que se entende por relação de consumo. Nesse sentido, Bolzan (2015, p. 56) ensina que a relação de consumo "poderá ser definida como aquela relação firmada entre consumidor e fornecedor, a qual possui como objeto a aquisição de um produto ou a contratação de um serviço".

O próprio CDC traz em seus primeiros artigos a definição de cada um destes elementos. O fornecedor, assim, seria toda pessoa física ou jurídica que disponibilize no mercado produto ou serviço (art. 3º). Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou faz uso de produto ou serviço como destinatário final (art. 2º). Já o produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, § 1º), e serviço é, em regra, toda atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração (art. 3º, § 2º).

Outro aspecto importante de se destacar é que o CDC trabalha em regra com a responsabilidade objetiva (art. 12), conforme a visão de Brito Filomeno *apud* (Bolzan, 2015, p. 305), em razão "da produção em massa, a vulnerabilidade do

consumidor, a insuficiência da responsabilidade subjetiva” e também porque “o fornecedor há de responder pelos riscos que seus produtos acarretam” e “em decorrência de antecedentes legislativos”. A exceção é a responsabilidade subjetiva, no caso dos profissionais liberais (art. 14, § 4º).

A teoria da perda de uma chance se mostra, nesse contexto, como uma ferramenta indissociável na proteção dos direitos do indivíduo, agora incrementando as relações de consumo. Na jurisprudência, a referida teoria vem sendo utilizada em casos de falha na prestação de serviços advocatícios e aéreos (atraso e cancelamento de voos) dentre outros. Nesse sentido:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS CAUSADOS EM RAZÃO DE MANDATO. CONSUMO. RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE ADVOGADO E CLIENTE ESTÁ SUBMETIDA AOS REGRAMENTOS DO CDC. PERDA DE CHANCE DE RECORRER. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA DECISÃO (ACÓRDÃO) DESFAVORÁVEL AO CLIENTE, FULMINANDO, ASSIM, QUALQUER POSSIBILIDADE DO REEXAME DA DECISÃO JUDICIAL. OCORRENDO A PERDA DA CHANCE, NISSO JÁ RESIDE O PREJUÍZO. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE. ALEGAÇÃO DE QUE O CLIENTE FOI COMUNICADO ACERCA DA NECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. CABE À PARTE DEMANDADA PROVAR OS FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS DO DIREITO DO AUTOR, TAL COMO PRECEITUA O ART. 333, INC. II, DO CPC. AUSÊNCIA TOTAL DE PROVAS A ESSE RESPEITO. QUANTUM CONDENATÓRIO. PERCENTUAL ARBITRADO MOSTROU-SE RAZOÁVEL E PROPORCIONAL PARA O CASO CONCRETO, CONSIDERANDO QUE EVENTUAL INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO DARIA CERTEZA DE SUCESSO NA CAUSA, ALÉM DE QUE INEXISTENTE QUALQUER GARANTIA DE QUE O AUTOR EFETIVAMENTE FREQUENTARIA TODO O CURSO DE DIREITO NA UNIVERSIDADE PÚBLICA. NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70015205594, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 08/08/2007) (grifo nosso).

A ementa acima transcrita cuida do caso em que um advogado, em razão de atuação negligente, perdeu o prazo para interposição de recurso especial contra o acórdão desfavorável (por maioria) ao cliente, fulminando, assim, qualquer possibilidade da parte realizar o reexame da decisão judicial pela Corte Superior. Se houvesse a interposição do recurso, seriam grandes as possibilidades de reforma da decisão, nas palavras do Relator:

Isso porque havia forte inclinação jurisprudencial do colendo STJ, nos períodos pretéritos e futuros a agosto de 2002 (época do acórdão do TRF da 4ª Região, que julgou a demanda do autor, patrocinada pela ré), conforme se percebe pelas decisões transcritas no corpo da sentença (fls. 147/153).

Tal entendimento somente mudou após dezembro de 2004, a partir do julgamento da ADIn nº 3324-7/DF, quando restou consolidada a jurisprudência do STF no sentido de ser incabível a transferência de estudante militar de ensino particular para o público (RIO GRANDE DO SUL, 2007, fl. 07).

O microsistema consumerista também vislumbra a perda de oportunidade em casos de contrato de transporte aéreo:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. AÇÃO INDENIZATÓRIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE AÉREO É OBJETIVA (ART. 14 DO CDC), SOMENTE PODENDO SER ELIDIDA POR CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA, FATO DE TERCEIRO DESCONEXO DO SERVIÇO, CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. CASO CONCRETO ONDE O CONSUMIDOR PEGOU O PRIMEIRO VOO, HAVENDO TEMPO PARA A COMPANHIA AÉREA CONTORNAR A SITUAÇÃO. **PREJUÍZOS SOFRIDOS EM VIRTUDE DA PERDA DE UMA CHANCE. CARACTERIZAÇÃO. NÃO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA COM CONSEQUENTE DECRETAÇÃO DA REVELIA. FIXADA INDENIZAÇÃO. À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70067246512, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Katia Elenise Oliveira da Silva, Julgado em 02/12/2015) (grifo nosso).**

Nesta última hipótese, a 11ª Câmara Cível do TJRS se manifestou favorável à situação dos autores, que demandaram uma empresa de transportes aéreos por falha na prestação de serviços, em razão de atraso considerável no voo contratado, o que, em tese, impediu o comparecimento dos autores em audiência trabalhista em que figuravam como reclamados. Em virtude do atraso, foi decretada a revelia das empresas reclamadas, fato que ensejou cerceamento de defesa no processo. Na visão da Relatora:

Assim, muito embora não se tenha como precisar a efetiva alteração do resultado do julgamento da ação que tramita no estado do Paraná, onde os ora autores figuram como reclamados, é certo que a decretação de revelia em virtude do não comparecimento à audiência lhe cerceou o direito de defesa (RIO GRANDE DO SUL, 2015, fl. 06).

Em que pese a empresa aérea argumentar que as condições climáticas da cidade destino se apresentavam inapropriadas para realizar o pouso, tal fato não foi capaz de excluir a sua responsabilidade, visto que apresenta natureza objetiva e só pode ser elidida por culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. E conforme os precedentes da 11ª Câmara Cível, condições climáticas desfavoráveis não possuem o condão de afastar o dever de indenizar. Deste modo, restou reconhecida a perda de uma oportunidade de defesa em demanda trabalhista.

Ainda na esfera consumerista, a perda de uma chance vem ganhando destaque na responsabilização por falha em atendimento médico-hospitalar, como no caso da apelação cível n. 70067496307, julgada pela 9ª Câmara Cível do TJRS, na qual uma mãe postula indenização em razão de falha na prestação do serviço médico-hospitalar e o posterior falecimento de seu filho. No curso do processo foi constatado que o hospital demandado foi negligente no seu atendimento, deixando de solicitar exames para investigar os sintomas apresentados pelo jovem, que, ao longo de seis horas nas dependências do hospital, recebeu apenas medicação básica e elementar (soro, Plasil e Dipirona), sendo liberado posteriormente.

Pouco tempo após receber alta, os sintomas se agravaram e a genitora levou o filho a outro hospital, onde, através de exames diversos, constou-se infecção por meningite bacteriana, vindo a óbito algumas horas após o correto diagnóstico. Apesar de não se vislumbrar onexo causal direto entre a negligência hospitalar e o evento morte, o paciente poderia ter chance de sobreviver à meningite se tivesse sido submetido a exames laboratoriais adequados durante sua internação no hospital. Nas palavras do desembargador Carlos Eduardo Richinitti:

Ocorre que a partir do momento em que o corpo clínico optou por restringir a avaliação do paciente ao exame físico, e ainda assim sem atentar para eventual rigidez na nuca, abrindo mão de exames laboratoriais, ficou impossibilitado de descobrir o tipo de infecção que o paciente portava e, assim, investigar a doença e o tratamento que seriam adequados. Subtraiu-se de Luis Paulo a chance de investigação da doença que o acometia e realização da terapêutica apropriada (RIO GRANDE DO SUL, 2016, fl. 29).

Ainda, é importante destacar que a reparação civil pela perda de uma oportunidade, inclusive na seara médica, não atua no campo da mitigação do nexocausal, mas se apresenta como uma modalidade autônoma de indenização, que poderá ser evocada quando ausentes os pressupostos para a responsabilização direta do agente pelo dano final. Nesse aspecto merece atenção o ensinamento da ministra do STJ, Nancy Andrighi:

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexocausal. **A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização**, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. **Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente.** Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexocausal pode suscitar [...]

Por intermédio dos argumentos expostos, grande parte da doutrina assevera que **a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexos de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis** seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos. [...]

A não-adoção da teoria da perda de uma chance permitiria que os profissionais da área da saúde tivessem pouco cuidado com pacientes terminais ou com poucas chances de vida. Esta situação é facilmente explicável, pois enorme seria a dificuldade de provar o nexos de causalidade certo e direto entre a falha médica ou hospitalar e a morte do paciente, já que este, muito provavelmente, morreria pela evolução endógena da doença, mesmo com uma conduta médica exemplar. **Assim, a falha médica não se caracterizaria como uma condição necessária para o surgimento do dano** (BRASIL, 2012, fl. 09) (grifo nosso).

O reconhecimento da teoria da perda em casos mais sensíveis do Direito, como o do paciente que faleceu em busca de um diagnóstico e posterior tratamento médico, suscita debate entre os julgadores notadamente quanto ao nexos causal. Contudo, a melhor solução é reconhecer a autonomia da chance perdida em relação ao dano final, inserindo a teoria da perda de uma chance como um direito autônomo, situado no rol dos novos danos indenizáveis.

Por fim, adentrando no âmbito do Direito de Família, em que as questões econômicas cedem espaço às relações afetivas e à dignidade humana, acredita-se que também é possível visualizar a aplicação da teoria da perda de uma chance. No entanto, deve-se utilizá-la com maior cautela, atentando-se sempre à seriedade da chance. Nesse sentido, partilha-se do entendimento de que:

[...] não caracterizam a perda de uma chance eventuais rupturas de vínculos afetivos, decorrentes de manifestações volitivas das partes. Dar e receber afeto é ato de vontade (aliás, da mais pura vontade!), não se podendo falar em frustração de suposta vantagem pela simples retratação do desejo de bem-querer e manter projetos de vida em comum (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 136).

Seguindo essa linha de pensamento, apenas a simples cessação do afeto não se mostra suficiente para ensejar a reparação pela perda de uma oportunidade. O abalo emocional decorrente de o fim de um noivado, casamento ou união estável é inerente aos relacionamentos. Assim, entrar no mérito de um

Debate sobre os 'motivos justos' para o rompimento das relações afetivas (em especial o noivado) é totalmente inócuo e despiciendo, pois na era da tutela dos direitos fundamentais e da efetivação de princípios constitucionais, como os da dignidade da pessoa humana e da liberdade, torna-se retrógrada a ideia de exigir qualquer motivo justificado para o rompimento. Querer cobrar daquele que rompe uma relação afetiva a

apresentação de motivos justos para isentá-lo da obrigação de reparação dos danos morais significa retroagir à filosofia do Direito Romano, onde as 'arras esponsalícias' serviam como garantia contra o rompimento do noivado e para punir o nubente responsável pela cisão. Os únicos motivos que devem prevalecer para manter duas pessoas unidas em laços familiares são o amor e o afeto [...] (FARIAS *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 137).

No entanto, se findo o afeto em razão de uma ofensa contra a honra ou a dignidade da pessoa, estar-se-á diante de violação de direito tutelado constitucionalmente (art. 5º, X, CF), e, portanto, passível de reparação. Reforça-se a ideia de que os meros dissabores do cotidiano não devem servir de palco para fomentar a indústria indenizatória e sobrecarregar ainda mais o sistema judiciário brasileiro.

Por outro lado, mantendo a premissa da chance séria e real, há casos que assumem grande relevância jurídica, como a perda da oportunidade de desenvolver-se pai, segundo Farias e Rosenvald (2015, p. 135) amparado no dano injusto ocasionado pela “[...] não informação por parte da genitora ao pai acerca da gravidez e do posterior nascimento de um filho, frustrando a convivência paterno-filial e todos os efeitos (inclusive psicológicos) dela decorrentes”.

Nesse contexto, Barros (2000) traz uma situação que serve de campo de estudo à incidência da teoria da perda de uma chance. Cuida-se de situação na qual uma mãe entendeu por não revelar ao genitor a sua gravidez, optando por casar com outro homem, com quem também mantinha relacionamento afetivo. Somente anos após o matrimônio a mulher decide revelar aos interessados a realidade dos fatos. Nesse transcurso de tempo, os laços afetivos entre o pai registral e a criança já estavam consolidados e o pai biológico havia perdido parte da infância de sua filha. Assim, o pai biológico foi tolhido da oportunidade de exercer o papel de pai e de todos os desdobramentos dessa relação afetiva.

Através da breve análise dos casos elencados nesse ponto da pesquisa, é possível vislumbrar que a teoria em estudo vem ganhando destaque no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por se fazer presente em áreas diversificadas do Direito, evidenciando a construção constante que é o instituto da responsabilidade civil, conferindo ao ordenamento jurídico nas suas diversas facetas

a possibilidade de acompanhar e atenuar os conflitos inerentes à sociedade contemporânea.

4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA APLICABILIDADE DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: POSSIBILIDADES E TENDÊNCIAS

A (incipiente) teoria da perda de uma chance vem sendo frequentemente debatida e acolhida nos julgamentos pelos tribunais pátrios, possibilitando a reparação de danos que até pouco tempo eram desconhecidos pelo Direito por não encontrar fundamento na teoria clássica da responsabilidade civil, ante a inexistência de nexos causal entre o dano final e a conduta ilícita do agente. Para esta nova teoria, basta que se verifique a relação de causa entre a conduta do agente e a chance perdida, se desse liame for possível constatar que se eliminou uma oportunidade séria e real, que subsistirá o dever de indenizar.

Nesse aspecto, este capítulo terá por objetivo analisar o reconhecimento e consequente absorção da teoria da perda de uma chance pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, e analisar as possibilidades de aplicação da citada teoria (em algumas) das diversas áreas do Direito para, ao final, constatar as tendências da manifestação jurisprudencial dos respectivos tribunais.

4.1 O reconhecimento e as possibilidades de incidência da teoria da perda de uma chance no Tribunal de Justiça gaúcho e no Superior Tribunal de Justiça

Atualmente, nos tribunais brasileiros não são raros os casos deduzidos cuja pretensão é a reparação pela perda de uma oportunidade. No entanto, há apenas alguns anos não se concebia a ideia de que uma pessoa pudesse ser indenizada por hipóteses que não estivessem adequadas ao trinômio dano, nexos causal e

culpa. Neste ínterim, procurar-se-á explanar o momento em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça passaram a reconhecer e aplicar a teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico pátrio, assim como em quais circunstâncias ela poderá ser caracterizada.

Conforme mencionado no segundo capítulo da presente pesquisa, o caso primogênito da perda de uma chance que se teve acesso através da coleta de dados da doutrina e jurisprudência no âmbito do Tribunal de Justiça gaúcho ocorreu em 1991, em apelação cível apreciada pelo desembargador relator Ruy Rosado de Aguiar Junior:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO À SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR À MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991).

A decisão do Relator, nos contornos da ementa acima citada, foi inovadora porque alterou o paradigma da reparação civil no ordenamento jurídico nacional daquela época, ainda marcada pelos traços da legislação civilista inspirada no Código Napoleônico, movido pelos valores do individualismo renascentista e do liberalismo concebido no período da Revolução Francesa.

Neste ponto, a Lei 3.071/16 - Código Civil, vigente à época do julgado, previa somente a possibilidade de reparação civil subjetiva, que, além do nexo de causalidade entre a conduta humana e o dano, exigia a comprovação de culpa do agente por força dos arts. 159 do referido Diploma Civil. Por outro lado, a recente Constituição de 1988 já encaminhava a aplicação do Direito a um paradigma solidarista, em contraposição ao individualismo, e consagrava também a dignidade humana como princípio fundamental da República.

Diante da lide proposta, o desembargador relator Ruy Rosado de Aguiar Junior se deparou com um dilema, porém optou por trilhar novos caminhos, amparado pelos ainda incipientes valores assegurados pela Carta Magna. A partir daquele momento, a ementa da apelação cível n. 591064837 passou a ser referência nacional quando o assunto era perda de oportunidades em sede

jurisprudencial. Naquele momento, a teoria da perda de uma chance foi reconhecida e absorvida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Nos anos seguintes, de 1992 até 2006, não houve uma quantidade expressiva de casos envolvendo a perda de uma oportunidade pelo TJRS. No entanto, a partir de 2007, percebe-se um aumento acentuado de casos - ano subsequente ao julgamento do *leading case* pelo Superior Tribunal de Justiça conhecido como caso do "Show do Milhão" (Resp 788.459-BA). Este caso é o mais antigo de perda de chance encontrado na página de pesquisa jurisprudencial do STJ e, portanto, utilizado neste trabalho como paradigma de reconhecimento e aplicação da teoria em estudo:

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.

Trata-se de ação de indenização proposta por Ana Lúcia Serbereto de Freitas Matos perante a 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador - Bahia - contra BF Utilidades Domésticas Ltda, empresa do grupo econômico "Sílvio Santos", pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido quando de sua participação no programa "Show do Milhão", consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) em barras de ouro, é oferecido àquele participante que responder corretamente a uma série de questões versando sobre conhecimentos gerais.

No caso em exame, a participante estava diante da pergunta final, que lhe concederia o prêmio máximo oferecido pelo programa caso a respondesse corretamente. Todavia, Ana Lúcia optou por não prosseguir e garantir o prêmio de R\$500.000,00 que já havia ganhado. Em seguida, ajuizou demanda contra a empresa criadora do programa alegando que a questão havia sido mal formulada, inexistindo uma resposta correta dentre as quatro assertivas apresentadas e que,

por este motivo, sofreu dano evidente. Nesse contexto transcreve-se parte do acórdão recorrido:

A pergunta a seguir transcrita, objeto de discussão no processo, é mais uma vez repetida, agora na petição de recurso:

'A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?

Resposta: 1 - 22%

2 - 02%

3 - 04%

4 - 10% (resposta correta)'

Ora, como bem afirma a ilustre Juíza *a quo* na sentença recorrida, 'A pergunta, é óbvio, não deixa a menor dúvida de que refere-se a um percentual de terras que seria reconhecido pela Constituição Federal como de direito pertencente aos índios'.

Assim sendo, não tem cabimento a irresignação da recorrente quanto a ter a *a quo* concluído no sentido de ser a pergunta 'irrespondível', afirmando tratar-se de pergunta complexa que demanda raciocínio veloz do candidato, porque na Constituição Federal não há consignação de percentual relativo a percentagem de terras reservadas aos índios

Como bem salienta a Magistrada na decisão: [...] **a pergunta foi mal formulada, deixando a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade fora retirada da Enciclopédia Barsa. E isso não se trata de uma 'pegadinha', mas de uma atitude de má-fé, quiçá, para como diz a própria acionada, manter a 'emoção do programa onde ninguém até hoje ganhou o prêmio máximo'** (BRASIL, 2005, fl. 05) (grifo nosso).

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.

Nesse ponto, torna-se claro que a participante do programa foi prejudicada por conta de uma questão inconsistente, tolhendo-se a chance de responder corretamente a pergunta final do programa e se tornar milionária. No dizer do ministro relator Fernando Gonçalves:

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta, no dizer do acórdão, sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão" (BRASIL, 2005, fl. 08).

Se a participante prosseguisse no jogo, não haveria a certeza que esta responderia corretamente a derradeira questão devido à dificuldade progressiva do programa e à enorme carga emocional que preponderava no momento final do jogo. Entretanto, como bem expôs o relator, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela conseguisse responder perfeitamente à questão decisiva, alcançando o prêmio máximo. Por este motivo, conclui-se tal como no juízo *a quo* que Ana Lúcia foi alvo de conduta que ensejou evidente dano, que deverá ser reparado.

Por fim, de modo a não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra, o Superior Tribunal de Justiça, após reconhecer a perda da chance postulada por Ana Lúcia, fixou a verba indenizatória no patamar de R\$125.000,00, valor equivalente a um quarto do valor total, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens.

Quanto às possibilidades de incidência da teoria em exame, tanto o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quanto o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado de forma incisiva que esta terá aplicação nos casos em que se constatar:

[...] a presença: **(i) de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) que a ação ou omissão do defensor tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético** (BRASIL, 2012, fl. 15) (grifo nosso).

Quanto ao primeiro elemento, deve-se mencionar que, em sede doutrinária, Savi (2012), amparado no Direito italiano, sustenta que só será concreta e real a chance que apresenta índice superior a 50% de probabilidade de obtenção de um benefício ou de possibilidade de se evitar um prejuízo. Do contrário, deve-se considerar inexistente a prova do dano, devendo o juiz fulminar a pretensão indenizatória. No entanto, não parece adequado desconsiderar a seriedade de uma chance que apresente um percentual de 45% de probabilidades. Segundo Silva (2013, p. 142), “a aplicação da teoria não está adstrita a percentuais apriorísticos”.

Nesse contexto, durante a 5ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, cujo objetivo é elucidar os dispositivos legais da Lei 10.406/02 – Código Civil -, foi aprovado o Enunciado n. 443, proposto por Rafael Peteffi da Silva, *in verbis*:

Enunciado 443. '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' (SILVA, 2013, p. 142).

A proposta visa a compreensão, dentre outros pontos, de que o Código Civil não deve limitar o critério de seriedade da chance a percentuais predeterminados sem fazer uma análise minuciosa do caso em concreto, justamente por ser o requisito de maior relevância para teoria da perda de uma chance. Além disso, conforme já elucidado nessa pesquisa, tabelar o conceito de seriedade da chance não é adequado ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o legislador pátrio elegeu o dever de indenizar como cláusula geral (art. 186, CC), de forma a sedimentar os valores do solidarismo social emanados do plano constitucional.

Quanto ao nexo causal entre a conduta do agente e a chance perdida, conforme já abordado, não é necessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final, porque, se assim o fosse, estar-se-ia diante dos requisitos da responsabilidade civil clássica, situação em que é possível se vislumbrar uma consequência direta e imediata da relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano final.

Por fim, quanto à observação de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético, apoia-se no fundamento de que a vítima se encontra diante de um processo aleatório que poderá vir a ter sucesso ou não. No entanto, a partir do momento em que o processo se encerra por ato de terceiro, retira-se, conseqüentemente, a oportunidade da vítima auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo, ou seja, afasta-se qualquer possibilidade de êxito pretendida pela vítima. Assim, a oportunidade perdida é considerada autônoma em relação ao dano final. É complexo trabalhar com casos de perda de uma chance justamente porque “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o ‘improvável’ do ‘quase certo’, a ‘probabilidade de perda’ da ‘chance do

lucro', para atribuir a tais fatos as consequências adequadas" (BRASIL, 2016, texto digital).

Assim, em relação aos requisitos da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, conjugando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial abordados nessa pesquisa, infere-se que o requisito primordial é que a oportunidade perdida seja séria e real, isto é, que seja possível constatar um alto grau de probabilidade de se obter um benefício ou se evitar um prejuízo, nos moldes já apresentados no decorrer deste capítulo. Além disso, para que haja uma aplicação adequada do instituto é necessário que se considere apenas o nexo causal entre a conduta da agente em face da oportunidade perdida, atentando-se para o fato de que o dano final não é o benefício tutelado pela teoria em estudo, mas sim a interrupção do processo aleatório que possibilitaria a vítima alcançar ou não a sua pretensão, ou seja, a chance perdida.

4.2 Análise jurisprudencial e a constatação das tendências de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance

Assimilada a compreensão da perda de uma chance como um bem juridicamente tutelado pelo Direito, cuja violação resulta na obrigação de indenizar, conforme análise bibliográfica nacional e estrangeira realizada ao longo dos capítulos anteriores, insta agora proceder a uma análise jurisprudencial a fim de constatar de que forma os tribunais vêm se posicionando quanto às pretensões deduzidas visando o reconhecimento de indenização em decorrência de oportunidades perdidas, bem como os pontos convergentes e divergentes entre os magistrados, resultando, assim, na verificação das tendências no julgamento das lides que abracem a teoria em estudo.

Para tanto, foi realizada uma busca nas *homepages* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, adotando-se como palavras-chave o termo "perda de uma chance", restringindo o campo de busca aos acórdãos cíveis situados entre o período de 01/01/2012 a 31/12/2015. Nos domínios do tribunal gaúcho foram encontrados 459 resultados, dos quais se optou por analisar

os primeiros 70 julgados. Destes, examinou-se o inteiro teor de 19 acórdãos nos quais foi reconhecida a aplicação da teoria em estudo, todos publicados no ano de 2015.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme os critérios de busca acima citados, foram encontrados 31 documentos, dos quais os 24 primeiros foram considerados para os fins da presente pesquisa. Destes, o tribunal procedeu a análise de mérito em apenas 05 oportunidades, situadas entre 04/12/2012 e 01/12/2015. Os critérios de limitação da busca jurisprudencial dessa pesquisa foram assim definidos em consideração da exiguidade de tempo e da grande quantidade de julgados existentes acerca da teoria da perda de uma chance. Delimitados os critérios adotados para esta pesquisa, passa-se à análise pormenorizada das informações coletadas, iniciando-se no âmbito do TJRS.

Em sede jurisprudencial do tribunal gaúcho, verificou-se, em seis acórdãos⁷ a incidência da perda de uma chance por atuação negligente do advogado ante a inobservância de prazo processual para ajuizamento de ação, interposição de recurso face à sentença desfavorável a seu cliente, ou, ainda, a falta de prática de ato pertinente aos interesses do cliente.

Ao decidir o recurso inominado n. 71005028279, caso que versa sobre a responsabilidade do advogado por falta de ajuizamento de demanda trabalhista dentro do prazo prescricional pela respectiva legislação, o relator Dr. Luiz Felipe Severo Desessards entendeu por confirmar a condenação em primeira instância quanto à perda de uma chance, afastando apenas a incidência quanto aos danos morais:

Na verdade, restou evidenciado que a autora contratou o requerido para o ajuizamento de reclamatória trabalhista que, por não ter sido ajuizada, restou prescrita em seu flagrante prejuízo. De outra parte, não calha a argumentação do réu de que os fatos não restaram demonstrados. Ao revés, a testemunha da autora confirmou que deixou a autora no escritório do requerido com o fito de contratá-lo para assegurar direitos trabalhistas, uma vez que havia sido demitida do seu emprego. E o Dr. Erivelto admite o encontro na época apontada (RIO GRANDE DO SUL, 2015, fl. 05).

Na visão do magistrado, o requisito da chance séria e real foi atendido, materializado na comprovação de que a recorrente contratou os serviços do

⁷ Julgados referidos: AC 70057544702; 70062531686; 70064038771; 70066109133; 71005028279; 71005336771.

advogado para intentar demanda trabalhista em face do empregador que a havia demitido com o fito de assegurar seus direitos trabalhistas. Neste passo, o advogado deu ensejo à interrupção do processo aleatório no qual estava inserida a recorrente. Se devidamente ajuizada a demanda, não haveria certeza quanto ao seu sucesso, porém haveria uma probabilidade de êxito, que restou extirpada ante a ausência da adoção de medida cabível pelo advogado.

Acerca da responsabilidade pelos atos cometidos pelo advogado no exercício de sua função assim dispõem o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil):

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos [...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Logo, depreende-se que a responsabilidade civil do advogado é subjetiva, devendo ser examinada mediante a verificação de culpa, com análise da conduta do profissional no caso em concreto. No entanto, deve-se atentar para algumas situações no caso dos profissionais liberais:

A omissão é uma das causas mais graves e constantes da responsabilidade do advogado, uma vez que no contrato de prestação de serviços **o causídico assume obrigação de fazer, de aconselhar, de acompanhar o andamento do processo, verdadeiro dever de vigilância, e constantemente negligencia esse dever**. Trata-se, pois, de omissão decorrente de obrigação assumida contratualmente, que torna o advogado responsável (o garante) pelos danos sofridos pelo cliente. [...]

Ao se falar da omissão é importante relembrar a distinção entre omissão específica e omissão genérica. Haverá omissão específica quando o advogado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua criar situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo [...]

Como se vê, a omissão genérica cria obrigação de meio, que faz emergir a responsabilidade do advogado omissor, pois a inação profissional, embora não se apresente como causa direta e imediata do dano, concorre para ele, razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta profissional positiva o dano poderia não ter ocorrido (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 507) (grifo nosso).

Assim, segundo os ensinamentos do doutrinador, é perfeitamente cabível a aplicação da teoria da perda de uma chance como forma de responsabilizar o advogado por sua atuação profissional, desde que tenha contribuído para o prejuízo experimentado pela vítima, devendo-se apurar a situação de forma minuciosa em cada caso específico. Isso porque o advogado não é obrigado a aceitar uma causa, porém, ao aceitá-la, deverá desempenhar o mandato com o máximo de zelo e diligência, de modo a corresponder às expectativas nele depositadas pelo cliente.

Outra situação relativa à falha na prestação de serviços advocatícios pode ser percebida no decisório da apelação cível n. 70062531686, na qual uma empresa contratou o serviço de profissional para apresentar contestação e reconvenção numa ação em que seu cliente figurava como réu, bem como realizou aporte de valores ao advogado para que adquirisse debêntures para fins de ajuizamento de ação declaratória.

No mérito, o relator desembargador Vicente Barroco de Vasconcellos apurou que o advogado apresentou a contestação e a reconvenção de forma intempestiva, atuando, assim, de forma negligente. Além disso, que restou comprovado nos autos que o cliente havia entregue quantia em dinheiro para o mandatário adquirir títulos de debênture com o objetivo de ajuizar futura demanda, sem, entretanto, o profissional ter realizado a aquisição dos referidos títulos. Todavia, houve o ajuizamento da referida ação, que foi extinta por não estar acompanhada das debêntures:

Nesse contexto, considerando ainda a revelia, fica evidenciado que os serviços contratados não foram devidamente prestados, bem como que o réu atuou de forma desidiosa e negligente, apropriando-se indevidamente de valores e gerando perda de chance, o que impõe o reconhecimento da procedência da pretensão indenizatória relativa aos danos materiais (RIO GRANDE DO SUL, 2015, fl. 04).

Ainda na seara da responsabilidade funcional do advogado, ao apreciar a apelação cível n. 70057544702, na qual se apurava a responsabilidade do mandatário pela não interposição de recurso (ato de interesse do cliente) e conseqüente agravamento da situação jurídica deste, o relator desembargador Alex Gonzalo Custodio entendeu estar presente, na situação dos autos, motivo ensejador da reparação pela perda de uma oportunidade:

Nesses termos, para a caracterização da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é necessário que essa chance seja séria e real, e não uma mera eventualidade, suposição, desejo ou expectativa de direito [...]

O exercício do mandato outorgado deve ser exercido de forma cuidadosa, consciente do mandato e dentro da técnica usual.

Contudo, como ocorre na excludente de ilicitude da legítima defesa, atuando com excesso de atuação, em que o agente responde pelos crimes identificados nessa conduta praticada em excesso de mandato e, por isso, **demonstrada a culpa do profissional na condução de seu mister, na atuação do profissional da advocacia, ao agir com abuso, excesso ou omissão na sua conduta profissional, irá responder pelos resultados lesivos em razão de sua desídia.**

Como referido na Sentença Recorrida, **a pretensão do apelado era mais do que razoável e plausível de vir a ser efetivada no julgamento de segundo grau, perdendo a oportunidade de reexame de sua pretensão por negligência de seu procurador, ora apelante, o que evidencia a incidência da Teoria da Perda da Chance** (RIO GRANDE DO SUL, 2015, fl. 07) (grifo nosso).

Segundo o relator, a chance séria e real estava amparada no alto grau de probabilidade de provimento do recurso, caso interposto de forma tempestiva. Deste modo, o cliente restou prejudicado em razão da perda da oportunidade de ter seu recurso apreciado em segundo grau por negligência do profissional contratado:

A conclusão é mais do que óbvia no sentido de que o apelado efetivamente perdeu oportunidade de obtenção do resultado pretendido e plenamente possível, **o que somente não se efetivou pela negligência e, dessa forma, interferência direta do apelante no processo em que era seu dever dar o devido impulso processual**, o que é objeto não somente do contrato entabulado com o apelado, mas constante do Juramento que fez quando de sua graduação como Bacharel em Direito e ratificação desse juramento quando do recebimento da Carteira da OAB (RIO GRANDE DO SUL, 2015, fl. 07) (grifo nosso).

Em alguns casos, na seara consumerista⁸ também houve a incidência da perda de uma chance em situações envolvendo a falha na prestação de serviços bancários, de transporte aéreo, rastreamento veicular e médico-hospitalar. Por se tratar de relação de consumo, nos casos analisados operou o disposto no art. 14, *caput*, e parágrafo 3º do Código de Defesa do Consumidor, o qual explica que a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva, podendo ser afastada somente se comprovar que da prestação do serviço inexistente defeito ou por culpa exclusiva da vítima. Nesse sentido, segue ementa de caso que ilustra essas situações:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRANSPORTE DE PESSOAS. TRANSPORTE AÉREO. CANCELAMENTO DE VOO E DECORRENTE PERDA DA CONEXÃO. CHEGADA AO DESTINO FINAL SEIS HORAS DEPOIS DO HORÁRIO PREVISTO. PERDA DE UMA CHANCE

⁸ Julgados referidos: AC 70061644654; 70062151147; 70065688822; 70067246512; 71005467337.

COMPROVADA. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. 1- A relação entretida entre as partes é de consumo, não se desobrigando a companhia de aviação de responder pelas falhas na prestação dos serviços, senão nas circunstâncias precisas do art. 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor. [...] **Certo que a responsabilidade da prestadora de serviços de transporte aéreo é objetiva, como não menos certo é que tal circunstância, por si, não faz exsurgir o dever de indenizar, quando não houver o dano, ou quando o dano não resultar do comportamento da(o) ré(u) [nexo causal], ou quando o titular da pretensão indenizatória não se desincumbir de demonstrar o direito afirmado. Na situação em liça, o autor comprovou ter adquirido um bilhete aéreo para voar com a companhia demandada (fato não posto em xeque), cujo atraso do voo não é negado, em decorrência do que não apenas chegou ao destino final depois de seis horas, como, em razão disso, o que demonstrou mediante a declaração - não impugnada pela demandada - da sócia-diretora da empresa para a qual pretendia apresentar proposta de prestação de serviços de consultoria, foi-lhe impossibilitado o comparecimento à reunião agendada com tal finalidade e com o que se comprometera, dando causa à perda de uma chance. Situação não hipotética, mas concreta. [...]** APELO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70062151147, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 27/08/2015) (grifo nosso).

O dano evidenciado nesse caso foi a perda de uma chance em decorrência do atraso do voo. O nexo de causalidade entre a conduta e o dano está presente no fato de a empresa de transportes ter causado o retardamento no voo – fato incontroverso nos autos - e a impossibilidade de o cliente ter comparecido em reunião na qual apresentaria proposta de prestação de serviços. Deste modo, apesar de inexistir uma relação de causalidade direta e imediata entre a conduta do fornecedor de serviços e o fato de seu cliente não concretizar um acordo comercial, infere-se que houve a perda de uma chance, consistente na impossibilidade comparecer à reunião de negócios da qual poderia resultar em êxito ao proponente.

Caso interessante, igualmente motivado pela responsabilidade do fornecedor de serviços, pode ser verificado no julgamento da apelação n. 70065149395, em que foi reconhecido o dever de reparar de universidade que negou o fornecimento de intérprete para que um aluno com deficiência auditiva pudesse acompanhar as aulas do curso de engenharia. O tribunal gaúcho decidiu pela manutenção da sentença no que tange à incidência da teoria em estudo, com fundamento nos argumentos da sentença do juízo *a quo*:

Levando em consideração os conceitos acima expostos, tenho que o autor perdeu oportunidade de se inserir no mercado de trabalho, seja como engenheiro ou como profissional com curso superior, em razão da conduta

da requerida em não fornecer intérprete de libras, para que pudesse acompanhar as aulas e atividades extracurriculares.

Esclareço que não há como ter certeza de que o autor conseguiria se inserir no mercado de trabalho exercendo o ofício de engenheiro, contudo a probabilidade de que ocorresse é muito grande, tendo em vista tratar-se de deficiente auditivo, beneficiado pelo disposto no art. 93 da Lei 8.213/91, estar a profissão escolhida em grande expansão no mercado brasileiro, e deve ser levado em consideração que as oportunidades que se abrem a qualquer pessoa com curso superior completo são sempre maiores (RIO GRANDE DO SUL, 2015, fl. 05) (grifo nosso).

Por fim, verificou-se alguns casos de responsabilidade por falha na prestação de serviços médico-hospitalares. Nesses julgados, além de especial atenção às disposições do art. 14 do CDC (responsabilidade objetiva médico-hospitalar), há que se destacar que o TJRS vem considerando a possibilidade de inversão do ônus da prova nos conflitos decorrentes da relação médico-paciente, por ser considerada também relação de consumo, e, deste modo, presumida a hipossuficiência do paciente em relação ao profissional que lhe assiste.

Nos acórdãos examinados, as indenizações postuladas pela falha na prestação de serviço médico-hospitalar orbitam em alegações de perda de chance de um correto diagnóstico e possibilidade de cura. Nessas situações é reconhecida pelo Tribunal que há uma atuação negligente do médico – ou corpo clínico de apoio -, na medida que não são observados os protocolos de atendimento médico normalmente adotados para casos semelhantes, incorrendo-se, assim, em falha no dever de cuidado objetivo:

De se destacar, ainda, que no grau de diligência ou cautela exigível deve ser levado em conta não só o esforço da vontade para avaliar e determinar a conduta adequada ao cumprimento do dever, mas também os conhecimentos e a capacidade de ou aptidão exigíveis das pessoas. O padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não é só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente sensato, avisado, razoável e capaz. [...]

A inobservância desse dever de cuidado torna a conduta culposa – o que evidencia que a culpa é, na verdade, uma conduta deficiente, quer decorrente de uma deficiência da vontade, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais. Exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 51) (grifo nosso).

Inexoravelmente, nos casos em que se reconhece a perda de uma chance no âmbito médico-hospitalar, se constata que, operada a inversão do ônus probatório, o réu não consegue trazer aos autos prova contundente a afastar a presunção da

culpa. Por outro lado, o paciente – ou a família que demanda em decorrência do falecimento deste – também não realiza prova sólida a evidenciar a culpa do profissional, justamente pela falta de conhecimento técnico – hipossuficiência. E é nesse campo que encontra espaço a teoria em estudo:

No caso, incumbia ao réu trazer aos autos prova robusta de que a falha no atendimento prestado não contribuiu de forma direta e imediata para a morte da mãe do autor, comprovação esta não alcançada pela prova apresentada.

O que se tem, pelo contrário, é o que se necessita para responsabilização, sopesado que a teoria da responsabilidade civil contemporânea vem admitindo uma certa flexibilização da lógica da certeza, em termos de nexos de causalidade, abrindo-se espaço para a lógica da probabilidade. É o que se constata, por exemplo, pelo surgimento de inúmeras teorias que apontam para tal flexibilização, como a doutrina da *market share liability*, ou responsabilidade por quota de mercado (aplicada no importante caso *Sindell v. Abbott Laboratories*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia, em 1980), a doutrina da perda de uma chance (*perte d'une chance*), a doutrina da *res ipsa loquitur*, a doutrina do *more probable than not* (que adota o paradigma da verossimilhança), a doutrina da responsabilidade civil por presunção da causalidade, a teoria da causalidade alternativa, bem como a admissão de probabilidades estatísticas como meio de prova. (RIO GRANDE DO SUL, 2015, fl. 39) (grifo nosso).

Com relação à quantificação dos danos que decorrem da chance perdida, o tribunal gaúcho vem adotando como critério probabilidades estatísticas aferíveis matematicamente, com base nos elementos disponíveis no processo e de conhecimento do homem médio, conforme o caso em concreto. O *quantum debeat*, nesses casos, sempre terá valor inferior ao dano final (resultado pretendido pela vítima), pois, se assim o fosse, estar-se-ia diante do caso de indenização por dano emergente ou lucros cessantes, como preceitua o art. 402 do Código Civil Brasileiro.

Outro caso digno de transcrição é o da apelação cível n. 70065324683, julgado recentemente pelo TJRS, em que um paciente deu entrada no hospital para tratar de fratura exposta na perna, e que, em razão de negligência hospitalar, foi acometido por infecção tetânica e veio a falecer em decorrência do quadro infeccioso:

Na hipótese, do que se extrai das referidas passagens do laudo pericial, o hospital requerido, por meio de seu corpo clínico, **foi imperito e negligente na realização do tratamento profilático secundário ao tétano, não fazendo a limpeza adequada do local da fratura e a suturando, utilizando antibióticos equivocados e não se valendo da penicilina G cristalina, procedimentos que vão de encontro à boa técnica para o tipo de moléstia apresentada. [...]**

No mais, restou demonstrado do nexo de causalidade entre a morte do paciente e o quadro de tétano por ele apresentando, fazendo referência o perito de que ‘o grande tempo de hospitalização demonstra que o tétano desenvolvido pelo paciente foi de extrema gravidade, e que as consequências advindas foram lesões severas do sistema nervoso central, como estão a demonstrar as fotos anexadas ao processo. A morte provavelmente ocorreu por aspiração, pneumonia e/ou sepse...’ [...] Destarte, a responsabilidade da casa de saúde demandada está assentada na morte do paciente que estava inicialmente aos seus cuidados, por negligência e imperícia no atendimento prestado, porém a partir da aplicação da teoria da “perda de uma chance”, visto que mesmo com a realização de um tratamento adequado o resultado óbito ainda assim poderia ocorrer. (RIO GRANDE DO SUL, fl. 21, 2015) (grifo nosso).

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se, em quatro acórdãos, a incidência perda de uma chance por falha na prestação de serviços médico-hospitalares, e um acórdão de relativo à responsabilização do advogado por desídia em sua atuação. Quanto aos casos relacionados à primeira situação, o STJ tem firmado entendimento pacífico no sentido de que a perda de uma oportunidade é aplicável na seara médica:

1. É plenamente cabível, ainda que se trate de erro médico, acolher a teoria da perda de uma chance para reconhecer a obrigação de indenizar quando verificada, em concreto, a perda da oportunidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo decorrente de ato ilícito praticado por terceiro (BRASIL, 2015, fl. 01).

No entanto, percebe-se que ainda há uma divergência quanto à natureza jurídica desta teoria entre os ministros do tribunal. No recurso especial n. 1.335.622 – DF, cuja discussão versa sobre a responsabilização médica, o ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva fundamenta seu voto em torno da mitigação do princípio da causalidade adequada para, assim, aplicar a teoria da perda de uma chance.

Já no caso do recurso especial n. 1.291.247 – RJ, que versa sobre descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical de recém-nascido, o ministro relator Paulo de Tarso Sanseverino, entendeu que a oportunidade perdida ensejou também dano moral. No entanto, em voto divergente, a ministra Nancy Andrichi pondera que a chance perdida “[...] não revela a certeza da probabilidade necessária à configuração do dano moral sofrido pelo recém-nascido, senão apenas a perda de uma possibilidade de tratamento” (BRASIL, 2014, fl. 30). Para a ministra, a perda de uma chance é uma categoria de dano própria.

Nesse sentido, inclusive nas lides envolvendo a aplicação da perda de uma chance na seara médica, a ministra Nancy Andrighi defende o argumento de que não é necessária a admissão da causalidade parcial – que desconsidera a *conditio sine qua non* para configurar o dever de indenizar -, mas tão somente considerar a chance perdida como um bem autônomo em relação ao dano final:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. **Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.**

3. **Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.**

4. **Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.**

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (BRASIL, 2012, fl. 01).

O argumento defendido por aqueles que buscam a reversão da condenação pela perda de uma chance na seara médica reside no fato de que não há nexos causal plenamente demonstrado entre a conduta médica e o resultado lesivo do paciente:

Apenas nas hipóteses em que tal nexos estivesse plenamente demonstrado poderia haver um julgamento de procedência da pretensão do lesado, com reparação integral do dano. **Autorizar que se aplique a teoria da perda da chance para processos aleatórios já concluídos implicaria o ‘paraíso de juízes indecisos (*incertains*), [como] dizia o decano Savatier’. A indenização parcial, portanto, demonstraria uma confusão do julgador, entre ‘o grau de pretensa chance perdida com o grau de sua própria dúvida sobre a causalidade’.** No mesmo sentido é a opinião de Yvone Lambert-Faivre (*Droit du dommage corporel. Systèmes d’indemnisation*. 3ª

ed., Paris: Dallos, 1996, *apud* Fernando Magalhães, op. loc. cit.) (BRASIL, 2012, fl. 09) (grifo nosso).

Sabidamente, a ministra Nancy Andrighi refuta tal argumento e justifica sob o prisma de que a perda de uma chance, em seu entendimento, não atua, em nenhuma de suas modalidades, na mitigação do nexos causal, mas apresenta-se como uma modalidade autônoma de indenização:

A dificuldade de trato da questão está justamente em que os defensores da diferenciação entre a perda da chance clássica e a perda da chance no ramo médico situam o fator aleatório, de modo equivocado, num processo de mitigação do nexos causal. Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da “*conditio sine qua non*”, que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica (BRASIL, 2012, fl. 09) (grifo nosso).

E a julgadora defende como solução a adoção apenas de uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis:

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexos causal. **A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente.** Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexos causal pode suscitar (BRASIL, 2012, fl. 10) (grifo nosso).

O posicionamento da eminente magistrada encontra amparo em grande parte da doutrina:

A disciplina “*Law and Economics*”, tão difundida na América do Norte e comprometida a analisar os efeitos econômicos das instituições jurídicas, passou a considerar o aumento de riscos e a perda de chances como “*commodities*”, avaliando-os como danos tangíveis, merecedores de grande importância conceitual.

Note-se que essa abertura epistemológica, em relação ao reconhecimento das chances perdidas como danos indenizáveis, é observada como algo indissociável da evolução tecnológica. [...]

Apesar das críticas ao baixo caráter de certeza que ainda envolvem algumas estatísticas – responsáveis pelo dito popular que estas se constituiriam em mais uma forma de mentira – acredita-se que, de acordo com o paradigma solidarista, a mesma argumentação utilizada para respaldar a reparação dos danos morais poderia ser aqui utilizada: “a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo”.

Por intermédio dos argumentos expostos, grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexos de causalidade alternativa para ser

validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos. (SILVA, 2013, p. 75) (grifo do autor).

Assim, apesar das críticas direcionadas à teoria em estudo, é possível superá-las “a partir da percepção de que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, e o nexos causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto” (BRASIL, 2012, fl. 11). Não se cogita em apurar se o *bem final* (a vida) foi retirado da vítima. O que se deve considerar é que houve a subtração da chance de viver, e isso é mais que suficiente. Remanesce apenas a tarefa de liquidar o valor econômico da oportunidade perdida.

Por fim, com relação à responsabilidade do advogado, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado igual posicionamento visto inicialmente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no sentido de num primeiro momento apurar a seriedade e realidade das chances e, num segundo momento, adotar a inversão do ônus da prova na relação advogado-cliente, com base no CDC. Neste sentido, transcreve-se parte de decisão referida pelo ministro relator Antônio Carlos Ferreira na apreciação dos embargos declaratórios no recurso especial n. 1.321.606 – MS:

Observo, desde logo, que é possível vislumbrar que o aforamento tardio da ação mandamental, em data posterior ao término do prazo de validade do concurso, constituiu, nos termos da referida decisão, motivo determinante à denegação, de plano, da ordem pleiteada. (...)

No caso em comento, após analisar com acuidade o conjunto probatório dos autos, conclui que o advogado requerido foi omissos ante a obrigação contraída perante a requerente, qual seja: a de praticar todos os atos necessários para o bom desempenho da atividade de foro contratada, em tempo oportuno. (...)

Sendo assim, pairando dúvida sobre o prazo da impetração, não se pode ignorar a falta de providência acauteladora em que incorreu o causídico, pois, entre o prazo maior ou menor, deveria a medida judicial ter sido tomada dentro do menor, para não deixar nenhuma possibilidade de prejuízo ao cliente. (...)

Outrossim, não emerge dos autos prova clara a comprovar as alegações do apelante, de que a apelada, de fato, não se ocupou, tempestivamente, de fornecer os documentos solicitados. (...)

Como se verifica, a testemunha declarou que o documento dito faltante correspondia à cópia do edital, o qual, por sua vez, poderia ter sido facilmente obtido através, por exemplo, da internet, ou até mesmo reproduzindo cópia do modelo já entregue pelas outras clientes, as quais pleiteavam nomeação pelo mesmo concurso (...)

(...) **como no presente caso a atividade caracterizou-se pela omissão de certas precauções, revelando a negligência do advogado no exercício do múnus, torna-se irrefutável o dever de indenizar.**” (e-STJ fls. 606/609) (BRASIL, fl. 05, 2013). (Grifo nosso).

Diante disso, a conclusão do relator foi pelo reconhecimento e aplicação da perda de uma chance:

No caso concreto, o fato de o advogado não ter instruído o mandado de segurança com as provas necessárias permite a aplicação da teoria da perda de uma chance, diante da possibilidade de êxito da postulante, que não logrou sucesso na ação mandamental em razão da falha do mandatário, mormente no que se refere à comprovação de que a ora recorrida vinha atuando como professora contratada a título precário (BRASIL, 2013, fl. 07).

Diante das análises de casos realizada neste capítulo, despontam algumas conclusões, nas quais é possível visualizar pontos convergentes e divergentes na produção jurisprudencial do ordenamento jurídico pátrio. Também foi possível constatar como tendências de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance pelos tribunais investigados os casos em que houve a constatação de uma “chance séria e real” e a “relação de causa e efeito entre a conduta lesiva e a chance perdida”, assim como a fixação de indenização com valor sempre inferior ao valor do dano final.

Além disso, infere-se a necessidade de fazer algumas observações secundárias, com relação aos casos em que não houve a análise de mérito da perda de uma chance. Sobre os aspectos convergentes, pode-se mencionar que a perda de uma chance vem sendo reconhecida, tanto no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quanto no Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que se demonstrar a seriedade e realidade da chance.

Ainda, que a reparação pela oportunidade perdida nunca poderá ser igual ao valor do dano final. Ao se indenizar a integralidade dos danos suportados pela vítima, estar-se-ia considerando como objeto de tutela jurisdicional não a “chance em si”, mas o dano final – destoando dos fundamentos da teoria em estudo.

Verificou-se, por outro lado, divergência entre o entendimento acerca da natureza jurídica do instituto da perda de uma chance no ordenamento jurídico, bem como a teoria utilizada como base na relação causal entre a chance perdida e a conduta lesiva. Em ambos os tribunais investigados - TJRS e STJ - há julgados em que alguns magistrados consideram a chance perdida como apta a qualificar um dano moral; outros consideram a chance como um dano autônomo; ou ainda consideram dano moral e material. Há também uma cisão jurisprudencial quanto à

teoria de nexos de causalidade a ser empregada nos casos de indenização por oportunidades perdidas, que ora oscila entre a adoção da teoria da causalidade parcial (processo de mitigação do nexo causal) e da teoria da causalidade adequada – utilizada pela parcela majoritária dos julgadores.

5 CONCLUSÃO

Contemporaneamente, é possível perceber vários efeitos distintos advindo da globalização, com o incremento dos avanços tecnológicos e científicos. No âmbito das relações sociais, especialmente, evidencia-se um aumento exponencial dos conflitos entre os integrantes de um espaço comum. E neste aspecto, desde os primórdios, o Direito, através da responsabilidade civil, atua como importante instrumento de harmonização das relações humanas. Assim, a teoria da perda de uma chance, recentemente absorvida pelos tribunais brasileiros, tem possibilitado a reparação de danos até então não abarcados pelo ordenamento jurídico. Esses novos danos são frutos da sociedade contemporânea, consubstanciados na frustração da possibilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo futuro.

O reconhecimento e assimilação da teoria da perda de uma chance é, assim, resultado de uma mudança de paradigma: com o advento da Constituição de 1988, o Direito pátrio enveredou pela adoção dos valores do solidarismo social em contraposição ao individualismo, e consagrou também a dignidade humana como princípio fundamental da República. Com isso, os direitos à honra, nome, imagem, privacidade e liberdade foram abarcados dentro do conceito dignidade.

Neste íterim, houve a promulgação do Novo Código Civil, no ano de 2002, igualmente concebido sob o prisma axiológico do plano constitucional. O Diploma Civil fundamenta o dever de reparação sob o princípio geral de responsabilidade civil *neminem laedere*, insculpido no art. 186, segundo o qual a ninguém é concedido o direito de causar prejuízo a outrem. Deste modo, a reparação pela chance perdida deve ser aceita e, tal como os danos morais, concebida no paradigma solidarista,

sob o argumento de que a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima - e não em seu prejuízo.

Assim, esta monografia ocupou-se em apresentar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, a inserção da responsabilidade civil dentro do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, partindo-se da sua conceituação doutrinária e jurídica, assim como os requisitos inerentes à configuração do dever de indenizar que, em regra, são a conduta humana, culpa, dano e nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo. Verificou-se que subsistirá o dever de indenizar, excepcionalmente, em função da teoria do risco - responsabilidade objetiva. E estudou-se, ainda, as diversas espécies de responsabilidade civil existentes no sistema jurídico brasileiro.

Em seguida, abordou-se a (incipiente) teoria da perda de uma chance, que foi recentemente assimilada pelo ordenamento jurídico pátrio, em razão da necessidade de adequação à concepção contemporânea dos novos danos indenizáveis, oriundos de uma sociedade de relações complexas da pós-modernidade. Verificou-se que o Direito passou a tutelar a possibilidade de reparação pela frustração de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo futuro quando, por atuação direta de terceiro, interromper-se o processo aleatório em que se encontrava a vítima.

Na sequência, realizou-se um estudo teórico no âmbito jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, na qual foi possível constatar as possibilidades atuais de aplicação da teoria em estudo, assim como verificar as atuais tendências de aplicabilidade. Mais que isso, foi possível visualizar, também, pela recente adoção do instituto das chances perdidas, que há divergências quanto ao entendimento acerca de sua natureza jurídica, o que tem levado, muitas vezes, a uma aplicação distorcida de seu conceito.

Como o objetivo geral do trabalho estava centrado em analisar a teoria da perda de uma chance quanto à sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto às possibilidades e tendências de aplicabilidade em sede jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, o capítulo final abordou apenas a perda de uma chance frente à atividade judicial e as diversas áreas do Direito em que é possível

estender a aplicação da teoria em estudo com base em precedentes jurisprudenciais e doutrinários.

Diante da análise do problema proposto para este estudo – quais seriam as possibilidades e tendências de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e no Superior Tribunal de Justiça na atualidade? –, foi possível concluir que as hipóteses iniciais levantadas para tal questionamento são verdadeiras, na medida em que se vislumbrou em ambos os tribunais investigados possibilidades de aplicação da teoria examinada nos casos em que se constatar a “seriedade e realidade da chance perdida”, assim como a “relação causal entre a conduta lesiva e a oportunidade perdida”. Como tendências de aplicabilidade, verificou-se que a respectiva reparação cível vem ocorrendo em áreas diversificadas do Direito.

Com relação às análises de casos realizada no capítulo 4 desta pesquisa, despontaram algumas conclusões, nas quais foram visualizados pontos convergentes e divergentes na produção jurisprudencial do ordenamento jurídico pátrio. Além disso, surgiu a necessidade de se pontuar algumas observações secundárias com relação aos casos em que não houve a análise de mérito da perda de uma chance.

Em relação aos aspectos convergentes, constatou-se que a perda de uma chance vem sendo reconhecida, tanto no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quanto no Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que se demonstra a seriedade e realidade da chance. Em outras palavras, quando, por força da carga probatória nos autos, evidenciar-se que há uma probabilidade concreta, e não apenas uma expectativa de direito, que se situa dentro dos considerados danos hipotéticos, não merecedores da tutela jurisdicional.

Ainda, verificou-se que a reparação pela oportunidade perdida nunca poderá ser igual ao valor do dano final. Ao se indenizar a integralidade dos danos suportados pela vítima, estar-se-ia considerando como objeto de tutela jurisdicional não a “chance em si”, mas o dano final – destoando dos fundamentos da teoria estudada.

Vislumbrou-se que, nos casos em que a perda de oportunidade ocorreu por motivo de falha na prestação de serviços – na seara consumerista – ambos os tribunais têm operado a inversão do ônus probatório nos casos de profissionais liberais – notadamente médicos e advogados – justamente por ter considerado o consumidor como a parte hipossuficiente da relação. No entanto, a inversão não se dá de forma automática - é necessária uma alegação verossímil do consumidor acerca dos fatos. Do contrário estar-se-ia obrigando o fornecedor a fazer a chamada “prova diabólica”. Assim, inferiu-se que caberá ao juiz, no caso em concreto, atribuir o ônus da prova a quem puder suportá-lo, tendo como parâmetro de aplicação o princípio da igualdade.

Apurou-se, por outro lado, divergência entre o entendimento acerca da natureza jurídica do instituto da perda de uma chance no ordenamento jurídico. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foram encontrados julgados em que alguns magistrados consideram a chance perdida como apta a qualificar um dano moral (apelação cível n. 70057544702); outros consideram a chance como um dano autônomo (recurso inominado n. 71005028279); ou ainda consideram dano moral e material (recurso inominado n. 71005336771).

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em um mesmo julgado (recurso especial n. 1.291.247 – RJ) foi possível constatar a divergência entre os ministros, no sentido de que, para o relator Paulo de Tarso Sanseverino, a chance perdida também qualifica dano moral, ao passo que, no entendimento da ministra Nancy Andrighi, a oportunidade perdida encerra uma categoria própria de dano (autônomo). A presente pesquisa partilha do entendimento de que a teoria das chances perdidas foi concebida, quanto à sua natureza jurídica, como uma modalidade própria de dano.

Verificou-se ainda, no recurso especial n. 1.335.622 – DF, uma divergência entre a fundamentação quanto à teoria denexo de causalidade resultante da aplicação da teoria da perda de uma chance. O ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva sustentou a aplicação da teoria com base na mitigação do princípio da causalidade adequada – fazendo menção à causalidade parcial. Por outro lado, com a devida *vênia* a ministra Nancy Andrighi ponderou que não há a referida mitigação,

mas uma análise do nexu causal sob perspectiva diferente, considerando-se apenas a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e a chance perdida.

Ainda, a título de considerações secundárias, pode-se destacar que, nos demais acórdãos – em que não houve análise de mérito da causa –, a pretensão do autor não foi amparada pelo Poder Judiciário porque não se evidenciou uma chance séria e real, requisito primordial para a aplicação da teoria em estudo. Nesses casos, o que se constatou foi a existência de uma tendência de aforamento de pleitos indenizatórios com pedido de reparação por danos morais, patrimoniais e/ou perda de chance amparados por situações fáticas hipotéticas. Em outras palavras, verificou-se que há uma tendência de litigantes tentando a sorte na “loteria” do sistema Judiciário gaúcho (recurso inominado n. 71005025655), motivo pelo qual, das 70 ementas analisadas até a 15/05/2015, apenas 19 foram consideradas aptas à incidência da teoria da perda de uma chance. Já nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, os casos em que não houve a análise de mérito da lide se deu por força da Súmula 7 do referido Tribunal, a qual inviabiliza a apreciação de casos que instem o reexame do conjunto fático probatório.

Por fim, conclui-se que a teoria da perda de uma chance, fruto de uma sociedade contemporânea de relações cada vez mais complexas, apresenta-se como uma nova e importante modalidade de reparação civil (independente do dano final), possibilitando ao Direito tutelar um bem que, em outros tempos, não era objeto de proteção: a chance perdida. Assim como a tecnologia e a ciência se encontram em aperfeiçoamento contínuo, as relações sociais e jurídicas estão se expandindo e rompendo os paradigmas do “certo ou errado”, ponderando as possibilidades contidas entre ambos os extremos - motivo pelo qual vislumbra-se a teoria da perda de uma chance como uma tendência no campo da reparação civil, na medida em que cada vez mais os indivíduos de uma mesma sociedade se tornam conscientes de que a frustração de uma oportunidade apresenta, quando séria e real, relevância jurídico-social.

REFERÊNCIAS

BARROS, Fernanda Otoni. Do direito ao pai: sobre a paternidade no ordenamento jurídico. Resumo da dissertação de mestrado apresentada em 16/12/99 ao curso de mestrado em Psicologia da UFMG. Disponível em: < http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Fernanda_Otoni/DireitoPai.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2016.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 12 mai. 2016.

BRASIL. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2016.

BRASIL. Lei nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Registros Públicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 10 mai. 2016.

BRASIL. Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 18 mai. 2016.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência n. 0393**.

Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=overbooking&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 12 mar. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência n. 0376**.

Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%28improvavel+e+quase+certo%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 788.459-BA**

(2005/0172410-9). Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 08 nov. 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 13 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141 - PR**

(2011/0078939-4). Recorrente: João Batista Neiva. Recorrido: Vilma de Lima Oliveira. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 dez. 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 13 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.104.665 - RS**

(2008/0251457-1). Recorrente: Antônio Cláudio Marques Castilho. Recorrido: Ivo Fortes dos Santos. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 09 jun. 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.115.687 - SP**

(2009/0103354-9). Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Hans Walter Maier e Outro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 18 nov. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 553.104 - RS (2014/0181732-7)**.

Agravante: Sociedade Educação e Caridade – Hospital Dom João Becker. Agravado: Antônio Carlos da Silva. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 1º dez. 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.622 – DF**

(2012/0041973-0). Recorrente: Alberdan Nascimento de Araújo e Outro. Recorrido:

Hospital Santa Lucia S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 18 dez. 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)**. Recorrente: Carlos Márcio da Costa Cortázio Corrêa e Outros. Recorrido: Cryopraxis Criobiologia Ltda. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 19 ago. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.321.606 - MS (2011/0237328-0)**. Embargante: Jairo Pires Mafra. Embargado: Raquel Ferreira Gomes. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Brasília, 23 abr. 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2016.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. 3. ed. Saraiva: 2015. E-book. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books> >. Acesso em: 10 mai. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHACON, Luis Fernando Rabelo. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

DE CARVALHO SANCHEZ, Giselle Anne Neto. **Breves considerações sobre o ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/443/436>>. Acesso em 15 mai. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: direito das famílias. 7. ed. Atlas: 2015. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books> >. Acesso em: 10 mai. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10ª Ed. Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 12ª Ed. Saraiva, 2013. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 05 abr. 2016

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**, 15ª ed. Saraiva, 2013. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

HIGA, Flávio Costa. **Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho**, 1. Ed. Saraiva: 2012. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. Ed. São Paulo: RT, 1999. Ver. E atual. Por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 2. Tir.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: responsabilidade Civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria geral da responsabilidade civil e de consumo**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70035339431**. 10ª Câmara Cível. Apelante: Ministério Público. Apelado: Celso Itamar Novack. Relator: Des. Tulio de Oliveira Martins, julgado em 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 589069996**. 5ª Câmara Cível. Apelante: Ruth Lea Xavier Leite. Apelado: Antonio Flavio Del Arroyo. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior, julgado em 12 jun. 1990. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 591064837**, da 5ª Câmara Cível. Apelante: Ernani Enio Juchem. Apelada: Erica Noé. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior. Porto Alegre, 29 ago. 1991. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70025179458**, da 9ª Câmara Cível. Apelante: Jose Augusto Gomes Martins. Apelado: Banco Mercantil de Crédito S A. Relator: Des. Odone Sanguiné. Porto Alegre, 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>; Acesso em 06 abr 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70067496307**, da 9ª Câmara Cível. Apelante: Carla Raquel Cardoso da Silva. Apelado: Nobre Seguradora do Brasil S/A. Relatora: Desa. Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>; Acesso em 05 mai 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70056447188**, da 18ª Câmara Cível. Apelante: Clair Blau. Apelado: João Carlos Pereira. Relator: Des. João Moreno Pomar. Porto Alegre, 27 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>; Acesso em 05 mai 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70038949921**, da 10ª Câmara Cível. Apelante: Marcos Antonio Ellwanger. Apelado: Município de Candelária. Relator: Des.Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, 07 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>; Acesso em 05 mai 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70057281594**, da 5ª Câmara Cível. Apelantes: Geni Pereira Nogueira; Unimed Planalto Central RS . Apelados: Michele Zottis Cavalheiro e Outros. Relatora: Desa. Maria Cláudia Mércio Cachapuz. Porto Alegre, 30 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>; Acesso em 07 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. **Recurso Ordinário n. 0000246-65.2013.5.04.0531**. 3ª Turma. Recorrente: Daniela Vasconcellos Gomes. Recorrido: Centro de Ensino Superior Cenequista de Farroupilha. Relator: Des. Gilberto de Souza dos Santos, julgado em 04 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. **Recurso Ordinário n. 0000249-72.2014.5.04.0373**. 11ª Turma. Recorrentes: Liderança Limpeza e Conservação Ltda; Caixa Econômica Federal - CEF. Recorrida: Poliana Valberta da Silva Pires Fão. Relator: Des. Hebert Paulo Beck, julgado em 24 set. 2015. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70015205594**. 16ª Câmara Cível. Apelante: Bandeira de Mello e Advogados Associados. Apelado: Eligio Eliseu Prass. Relator: Des. Ergio Roque Menine. Porto Alegre, 08 ago. 2007. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70067246512**. 11ª Câmara Cível. Apelante: Gravataí Indústria de Piscinas Ltda. Apelada: VRG Linhas Aéreas. Relatora: Desa. Kátia Elenise Oliveira da Silva. Porto Alegre, 02 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70005635750**. 6ª Câmara Cível. Apelante: Manoel Nunes Filho e Outro. Apelado: Nelson Lacerda Neves Nunes. Relator: Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70064380074**. 15ª Câmara Cível. Apelante: Eduardis de Zanetti Queiroz e Outro. Apelado: Miriam Flor Ibaceta Urriola. Relator: Des. Vicente Barroco de Vasconcellos. Porto Alegre, 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70063982425**. 23ª Câmara Cível. Agravante: Verde Adm. De Cartões de Crédito S.A. Agravado: Eremi Jose Ribas. Des. Alberto Delgado Neto. Porto Alegre, 17 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70057544702**. 15ª Câmara Cível. Apelante: Cainelli & Cainelli Advogados Associados e Outros. Apelado:

Daniela Lando Machado. Relator: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 26 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70062531686**. 15ª Câmara Cível. Apelante: Leuton Budim. Apelado: Allied Telecom Sistemas de Informação Ltda. Relator: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 16 set. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70064038771**. 6ª Câmara Cível. Apelante: Ana Luisa Fernandes Gonçalves e Outros. Apelada: Zênia de Stefani. Relator: Des. Ney Wiedemann. Porto Alegre, 26 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70066109133**. 15ª Câmara Cível. Apelante: Virgínia Maria Luzzi Teixeira. Apelado: Maurício Dal Agnol. Relator: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70061644654**. 9ª Câmara Cível. Apelante: Leiseline dos Santos Schmitz e Outro. Apelado: Banco do Brasil S/A e Outro. Relator: Des. Miguel Ângelo da Silva. Porto Alegre, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70062151147**. 12ª Câmara Cível. Apelante: Ocenair Linhas Aéreas S/A (AVIANCA). Apelado: Stevan Ruschel da Silveira. Relatora: Desa. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout. Porto Alegre, 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70065149395**. 17ª Câmara Cível. Apelante: Pontifícia Universidade Católica - PUC. Apelado: Ricardo Morand Goes. Relator: Des. Giovanni Conti. Porto Alegre, 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70065688822**. 9ª Câmara Cível. Apelante: Zatix Tecnologia S.A. Apelado: Antonio Luiz Pereira e Cia Ltda. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70067246512**. 11ª Câmara Cível. Apelante: Gravataí Indústria de Piscinas e Outros. Apelada: VRG Linhas Aéreas S/A. Relatora: Desa. Kátia Elenise Oliveira da Silva. Porto Alegre, 02 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70053753125**. 9ª Câmara Cível. Apelante: Zilda Janete Vogt Rigon. Apelado: Fundação Assistencial e Beneficente de Guaíba. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70064471568**. 9ª Câmara Cível. Apelante: Vanderlei Immich e Outros. Apelado: Sociedade Beneficência e

Caridade Lajeado e Outros. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 26 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70065324683**. 10ª Câmara Cível. Apelante: Juracy Munhoz de Freitas Conde e Outros. Apelado: Hospital Independência e Outros. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 26 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Reexame Necessário n. 70066654732**. 9ª Câmara Cível. Apelante: Maxciel Mateus dos Santos e Outros. Apelado: Fundação Hospital Clínicas São Leopoldo e Outros. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 26 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70063706337**. 12ª Câmara Cível. Apelante: Bunge Alimentos S.A. Apelado: Silvio Artur Mayer Carlotto e Outro. Relator: Des. Guinther Spode. Porto Alegre, 29 out. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n. 71005028279**. 4ª Turma Recursal Cível. Recorrente: Erivelto Garcia Nunes. Recorrido: Aline Silva da Silva. Relator: Dr. Luiz Felipe Severo Desessards. Porto Alegre, 28 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n. 71005336771**. 4ª Turma Recursal Cível. Recorrente: Roberto Mierczynski. Recorrido: Valdir Carvalho da Silva. Relatora: Dra. Gisele Anne Vieira de Azambuja. Porto Alegre, 22 set. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n. 71005467337**. 4ª Turma Recursal Cível. Recorrente: Patrícia Aparecida Boita. Recorrido: Banco do Brasil S/A. Relatora: Dra. Gisele Anne Vieira de Azambuja. Porto Alegre, 22 set. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n. 71005810585**. 4ª Turma Recursal Cível. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Adavilson Vidal Cardoso. Relatora: Dra. Gisele Anne Vieira de Azambuja. Porto Alegre, 20 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Porto Alegre. **Processo n. 001/1.07.0079462-3**. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=porto_alegre&num_processo=10700794623&code=6999>. Acesso em 18 mai. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

RODRIGUES SAMPAIO; Leonardo; SANTOS CAMINO, Cleonice P.; ROAZZI, Antonio. **Justiça distributiva**: uma revisão da literatura psicossocial e desenvolvimentista. Scielo, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v14n4/v14n4a03>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

SANTOS, Antonio Jeova. **Dano moral indenizável**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2001.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

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

WALD, Arnold. **Direito civil**: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 12 mar. 2016.