

# Chance Perdida

## 1. A teoria pela perda de uma chance e a sua caracterização como dano emergente

**Bruna Lyra Duque, Cesar Augusto Martinelli Fonseca**

*Resumo: O presente artigo tem por escopo a análise do dano caracterizado pela perda de uma chance. O artigo analisou que o dano advindo da perda de uma chance pode ser considerado uma construção relativamente recente dentro do Direito brasileiro e seu estudo é relevante, pois apresenta incidência constante. Ele é diverso do dano moral e do lucro cessante. Todavia, classifica-se como um dano emergente, uma vez que a chance, no momento em que ocorre sua injusta perda, é algo que já pertence ao indivíduo e, assim, é passível de possuir valor patrimonial, o que possibilita sua quantificação. Pretende-se, também, analisar a chance de alcance e mostrar que não se deve confundi-la com a perda de uma chance e o lucro cessante, vez que tal critério só se presta para que seja possível balizar a quantificação da perda da chance.*

*Palavras-chave: Perda de uma chance - dano emergente - indenização.*

*Abstract: The aim of this article is the analysis of damage characterized by loss of a chance. The article analyzed the damage arising from the loss of a chance can be considered a relatively recent construction within the Brazilian law and its study is relevant because it presents constant incidence. It is different from moral damages and lost profits damage. However, it is classified as a material damages, since the chance, at the time of his unjust loss occurs, it is something that already belongs to the person and thus is likely to have heritage value, which allows their quantification. The aim is also to analyze the likelihood of success and to show that it should not be confused with the loss of a chance and lost profits damage, as this criterion only lends itself to quantify the loss of a chance.*

### 1. Introdução

A vivência e o contato com o Direito indicam que um dos assuntos mais abordados é o que se refere à responsabilidade civil, proveniente da caracterização ou da incidência de um dano.

O dano, por sua vez, apresenta-se sob o viés moral ou material, havendo, ainda, casos em que se configura o dano estético. Todavia, há outro tipo de dano, tão importante quanto estes e que cresce, no Brasil, qual seja: o dano proveniente da perda de uma chance.

Este tipo de dano é proveniente da privação injusta da possibilidade de se poder alcançar algo proveitoso. Ou seja, há uma qualidade de dano que surge toda vez que um indivíduo é impedido de aproveitar a chance de realizar algo que lhe traria vantagens.

Para inicialmente ilustrar tal ideia, apresenta-se o exemplo do jogador de tênis que, próximo à etapa final de um torneio, sofre um acidente e fratura uma perna ao cair num buraco indevidamente destapado que estava sob responsabilidade de uma empreiteira. Com a perna fraturada, o tenista não poderá disputar a partida final do campeonato e, assim, perderá a chance de tentar vencer o torneio. Há, nessa hipótese, um claro caso de perda de uma chance.

O estudo desse tipo de dano contribui para melhor compreensão da extensão dos danos, critério utilizado pelo Código Civil, bem como das suas espécies de aplicação e, ainda, porque amplia a margem de possibilidades de abrangência dos pedidos indenizatórios, aumentando, da mesma forma, a possibilidade de satisfazer uma pretensão de maneira mais completa ou, ainda, de minimizar danos.

Cabe relevar que a teoria da perda de uma chance teve seu foco de desenvolvimento inicial na França, na segunda metade do século XX. Nesse ponto, Savi (2006, p. 3) elucida que

*“na França, o tema despertou acirradas discussões doutrinárias, influenciando a Corte de Cassação, que passou a conceder indenizações a este título e, conseqüentemente, a contribuir para a evolução da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.”*

O dano pela perda de uma chance também foi objeto de amplos debates na Itália e, assim como na França, encontrou local de aperfeiçoamento. É com base nas ideias debatidas desses países que o presente artigo se desenvolverá.

Este artigo tem por objetivo analisar este novo tipo de prejuízo e, para tanto, foram observados julgados de Tribunais e foi realizada pesquisa e consulta à doutrina. Assim, partiu-se do seguinte pressuposto: o dano proveniente da perda de uma chance não só existe, como, também, apresenta-se viável no que tange a sua caracterização e a sua aplicação.

Para esta análise, num primeiro momento, o artigo tratará da natureza jurídica, abordando a diferença do dano pela perda de uma chance em relação ao dano moral e ao lucro cessante. Num segundo momento, serão analisados os pressupostos do dano, a partir da possibilidade de incidência da perda de uma chance como um viés indenizatório e, posteriormente, em próximo momento, se tratará da questão relativa à valoração desse tipo de dano.

As dificuldades aqui analisadas, no tocante à projeção dessa teoria em alguns casos concretos, não pretende inviabilizar a aplicação do dano pela perda de uma chance, pelo contrário, avalia-se apenas à necessidade da correta aplicação do instituto.

## 2. Classificação do dano pela perda de uma chance

### 2.1. Diferença em relação ao dano moral

O dano moral é todo aquele que incide sobre a personalidade do indivíduo sem preocupação com danos patrimoniais. Ele atua em caráter subjetivo, causando à vítima

grave e profunda perturbação e incide de maneira a causar um desconforto tão intenso que acaba por gerar um dano ao indivíduo, diferente daquele de natureza patrimonial.

Neste sentido, o dano moral também pode incidir sobre a imagem do indivíduo, mas, de qualquer maneira, sempre atuará causando um dano emocional à vítima. Conforme se extrai do entendimento de Matielo (1997, p. 47), os danos morais “podem ser caracterizados tanto pela depreciação, angústia, constrangimento e sentimento de humilhação causados na vítima, como também podem se dar por meio de taxações negativas à imagem e ao prestígio do ofendido”.

Para Gagliano e Filho (2009, p. 290) o dano moral é “[...] aquele representativo de uma lesão a bens e interesses jurídicos imateriais, pecuniariamente inestimáveis, a exemplo da honra, da imagem, da saúde, da integridade psicológica etc.”

Numa outra e próxima perspectiva, seria até possível se falar em abalo emocional gerado pela perda de uma chance. Todavia, este dano se difere do moral no sentido em que incide e se possibilita sua aferição (atua) de maneira mais objetiva e, ainda, pelo fato de que uma chance não pode ser caracterizada como um atributo moral nem psíquico, por sua própria natureza.

Isso porque a chance se caracteriza por ser um bem pertencente à esfera patrimonial do indivíduo. Ela é possibilidade real de que algo venha a ocorrer, a se tornar concreto. É uma expectativa de acontecimento futuro, de maior ou menor possibilidade, a qual não guarda relação com o abalo psicológico, senão em relação exclusiva ao fato da insatisfação do indivíduo quando da frustração da chance – mas, somente isto.

Assim, a chance se projeta numa esfera substantiva, ainda que abstrata, mas que pode gerar prejuízo ao indivíduo, pois reflete-se na perda da própria possibilidade de se buscar atingir um objetivo, muitas vezes ganhos que seriam percebidos a partir da concretização da expectativa embutida na chance. A chance seria a ponte para se concretizar a expectativa.

Neste sentido, cabe observar a colocação de Silva (2009, p. 209):

*“Com efeito, alguns julgados brasileiros parecem estar confundindo as hipóteses em que a perda de uma chance deve ser considerada como integrante da categoria de danos extrapatrimoniais com as hipóteses em que a chance perdida é um dano com evidente valor de mercado e, portanto, de natureza patrimonial.”*

Quanto à segunda hipótese, tema abordado no trabalho, torna-se importante observar a característica patrimonial da perda de uma chance, bem como utilizar essa característica patrimonial para corretamente classificar e distinguir a perda de uma chance do dano moral.

Tal entendimento, todavia, não se apresenta tão consolidado ou sofre alterações no momento da caracterização daquele dano proveniente da perda de uma chance, o que se percebe nos julgados a seguir:

*“A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente. [...] É certo que*

*o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda de prazo caracteriza a negligência profissional. [...] Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Estabelecida a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral.”[1]*

Neste caso, o advogado perde prazo para interpor recurso contra sentença incompatível com os interesses de seu cliente. O Tribunal, ao confirmar a negligência do profissional e a consequente perda da chance de sua ex-cliente, entende que tal fato gerou dano à sua contratante e, dessa maneira, condena o advogado ao pagamento de indenização a título de danos morais.

Tem-se, ainda, outro exemplo:

*“A produção da prova testemunhal pleiteada pelo Estado não contribuiria para o deslinde da questão, nem afastaria sua responsabilidade. Vítima de crime de furto que é indiciada como autora do fato; erro reconhecido pela autoridade policial competente e não corrigido como determinado. Responsabilidade civil objetiva do Estado (CR/88, art. 37, §6º). Dano material não comprovado. Aplicação da teoria da “perda de uma chance”: o erro grosseiro originado do inquérito policial obstou a busca de avanço profissional da autora, que se bacharelou em direito, mas não se pode submeter a exame da OAB, nem a concursos públicos durante dez anos, com forte abalo à autoestima. Majoração da verba reparatória de dano moral.”[2] [grifo do autor].*

Neste segundo acórdão, verifica-se o caso de um indivíduo que, por erro de inquérito policial, perdeu a chance de conseguir ser aprovado no exame da Ordem dos Advogados do Brasil e, ainda, ficou impossibilitado de participar de concursos públicos por longo período. O Tribunal considerou a incidência da perda de uma chance e, por tal motivo, condenou o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

Em ambos os casos, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou a perda da chance como caracterizadora de dano moral. Vale destacar que está correta a maneira pela qual a perda de uma chance foi verificada pelo Tribunal. O equívoco, coincidente nos dois julgados, consiste unicamente no fato de o mesmo ter considerado a perda da chance como dano moral.

Pode-se utilizar como exemplo o segundo julgado. A vítima do erro do inquérito policial desejava participar do exame da Ordem dos Advogados e de concursos públicos diversos. Para poder participar de tais provas, somente seria necessário que o indivíduo estivesse concluído seu curso superior, e este requisito já estava preenchido pela vítima neste caso.

Cabe a reflexão que, de fato, a vítima do erro policial sofreu um dano, tendo em vista que o registro equivocando de seu nome no inquérito policial foi o fator que determinou a perda injusta da oportunidade de participar dos exames e, além disto, foi longo o período em que a vítima do erro ficou impedida de participar da prova da Ordem e de processos seletivos para cargos públicos.

Constata-se, então, que o dano sofrido pela vítima foi proveniente da perda da chance de poder se inscrever nos exames, o que não se pode confundir com o dano moral,

pois, embora seja cabível no caso em apreciação, não pode ser misturado com o dano pela perda de uma chance uma vez que este deve, sempre, ser quantificado e qualificado de maneira independente do dano moral.

Outro interessante julgado<sup>[3]</sup>, desta vez o proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, demonstra a confusão que se faz entre perda de uma chance de dano moral. Vejamos:

*“Quanto aos danos materiais, tenho que estes incorreram. Embora seja evidente o prejuízo sofrido pelo autor em razão das informações prestadas quanto a sua pessoa, tenho que não se pode presumir que este conseguiria o emprego nas empresas mencionadas, e, muito menos, lá permaneceria trabalhando por muito tempo. Tenho que o maior prejuízo sofrido pelo autor foi a perda da chance de obter o emprego, ou seja, a possibilidade de concorrer com os demais candidatos em patamar de igualdade, com a mesma possibilidade de obter a vaga. No meu entender, tal prejuízo encontra-se na esfera dos danos morais, devendo ser levado em conta quando do arbitramento destes.” [grifo nosso].*

Assim, percebe-se a dificuldade na caracterização da teoria, de modo que, para não deixar de aplicar o dano proveniente dessa perda, em diversos casos os magistrados o tem caracterizado como dano moral. Isso, também, por conta da dificuldade de quantificação desse dano e da ausência de focos para essa devida quantificação, obstáculos ainda não ultrapassados quando da aplicação desse dano na prática.

Cabe, portanto, outra reflexão: estar-se-ia, com base na posição acima defendida, também diante de um caso de lucros cessantes? A resposta para tal indagação é não. Embora possa parecer confuso, aqui vai o principal ponto de esclarecimento: o que se pretende não é defender o dever de indenizar devido à perda dos benefícios que se perceberiam após a conquista do cargo público ou da aprovação no exame da Ordem, fato que não se pode presumir, pois sequer a vítima havia iniciado as provas.

Na verdade, o que se busca é a compreensão de que o erro no inquérito fez com que o indivíduo perdesse a chance, a oportunidade de participar do exame da Ordem, tendo em vista que a vítima já possuía preenchidos os requisitos necessários para a participação num exame.

É plausível, pelo que já foi exposto, considerar que a chance de participar das provas era algo que já pertencia a vítima e, se assim o é, parece ser possível afirmar que se está perante um caso de dano patrimonial por dano emergente. Mas, certamente, não diante de um dano moral.

Cabe, todavia, explicitar uma última observação: caso, por exemplo, no qual o advogado não recorreu de uma Sentença desfavorável acerca da guarda dos filhos de seu cliente, senão há como discordar que se trata, tão somente, de um dano de ordem extrapatrimonial, vez que o objeto da demanda não guarda relação de ordem econômica e sim afetiva (SILVA, 2009, p. 215).

## 2.2. Diferença em relação ao lucro cessante

O lucro cessante, espécie de dano material, surge toda vez que alguém, em virtude de uma ação ou omissão de outrem, deixa de auferir lucro ou vantagem, os quais, futuramente, estariam disponíveis à vítima. Ele é “[...] a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado.” (GONÇALVES, 2007, p. 375).

É necessário, nesse ponto, atentar-se para o fato de que é possível haver confusão entre o lucro cessante e o dano pela perda de uma chance, tendo em vista que, numa primeira e superficial análise, seria muito fácil um indivíduo desavisado perceber entre os dois tipos tanta semelhança que acabaria por considerar que ambos são a mesma coisa. Contudo, já se deixa aqui a primeira a grande diferença entre os dois tipos de dano.

Ao contrário do lucro cessante, a perda de uma chance não necessita de prova concreta para ser configurada. Isso porque, como se sabe, o lucro cessante incide sobre tudo aquilo que o indivíduo razoavelmente deixou de ganhar e necessita, assim, que haja uma comprovação que indique, ao menos parcialmente, o que seria esse “tudo”, qual seria o montante, de onde ele seria proveniente, etc. Já no caso da perda de uma chance, como não se pretende indenizar a perda do resultado e sim da oportunidade, não há necessidade de provar se a vítima seria ou não agraciada com o resultado último por ela cobiçado.

A perda da chance, de outro modo, pode configurar sua prova na simples existência do fato que gerou a perda da possibilidade de tentar, bastando a prova do nexos causal.

Como exemplo, tem-se o caso de uma garota que ainda não trabalhava e, após passar muito bem colocada nas primeiras etapas das provas para admissão em concurso público, encontra-se em excelente posição, dentro do quadro de vagas, restando apenas uma última etapa. Tal concurso lhe traria a chance de conseguir um importante cargo que lhe garantiria um salário significativo e outros benefícios. Ocorre que, durante um passeio pela sua cidade, acabou sendo atingida por um pedaço de concreto mal acomodado no segundo andar de uma construção, que não apresentava qualquer aviso ou proteção contra aproximação de pedestres ou contra objetos que pudessem se soltar. Após ser atingida, a concorrente ao cargo público foi internada em um hospital, no qual permaneceu por 45 dias e, assim, acabou perdendo a última etapa do concurso, que seria dois dias após a data do acidente.

Além dos danos materiais com a internação e os danos morais sofridos com o abalo proveniente da hospitalização e do acontecimento, a garota perdeu, injustamente, uma chance que se apresentava altamente provável. Seria equivocado dizer que ela poderia requerer lucros cessantes, pois ela não estava trabalhando em outro emprego na época do acidente, tampouco estava absolutamente admitida no cargo ao qual concorria. O que houve, nesse caso, foi a perda injusta da chance real de conseguir o almejado emprego.

Importante lembrar o ensinamento de Cavalieri Filho (2008, p. 72), ao asseverar que

*“o lucro cessante [...] pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação de rendimentos que alguém já*

*vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.” [grifo nosso].*

Outro motivo pelo qual não se pode considerar a perda de uma chance como lucro cessante é devido ao fato de que a responsabilidade civil pela perda da chance não tem como objetivo indenizar o valor daquilo que não foi alcançado, mas sim indenizar a perda da oportunidade de se poder conquistar algo. Acerca desse ponto, importa asseverar que a vitória nunca é certa, mas há sempre uma possibilidade de vitória. Esta, por sua vez, é anterior ao fato que gera a perda da chance, o que demonstra que não se está diante de um caracterizado lucro cessante.

Versando acerca da diferença entre o lucro cessante e a perda de uma chance, Savi (2006, p. 15) leciona que

*“é possível estabelecer algumas diferenças entre os dois conceitos. A primeira delas seria quanto à natureza dos interesses violados. A perda de uma chance decorre de uma violação a um mero interesse de fato, enquanto o lucro cessante deriva de uma lesão a um direito subjetivo.” [grifos do autor]*

Valendo-se da conclusão de Bocchiola (*apud* SAVI, 2006, p. 17) deve-se levar em consideração que o dano por lucro cessante e aquele proveniente da perda de uma chance são distintos na medida em que, no primeiro, o indivíduo perde algo que representava uma certeza de pertença futura, enquanto que no segundo, o sujeito não pode atribuir certeza de que irá alcançar do resultado final, mas pode garantir a pertença do direito de possibilidade, do direito de poder utilizar-se da chance para alcançar o fim pretendido.

Percebe-se que, mesmo utilizando tal critério, há uma proximidade entre ambos, o que pode gerar certa obscuridade no que tange à possibilidade de aplicar tal critério. Todavia, quando houver um caso em que se configura o lucro cessante, não é necessário que seja realizada prova do lucro cessante por si só considerado. O que necessita haver é a prova dos pressupostos e dos requisitos indispensáveis para que este lucro seja constatado.

O que se pode perceber, destarte, é que, embora possa existir certa dificuldade na diferenciação entre lucros cessantes e perda de uma chance, certo é que se deve atentar para os critérios acima descritos, os quais serão capazes de sanar o correto uso da aplicação ou não da teoria no caso concreto.

### *2.3. O dano pela perda de uma chance como dano emergente*

O dano emergente é uma espécie de dano patrimonial e define-se, primordialmente, por ser a perda imediata, visível, quantificável. É aquilo que efetivamente se perdeu. “Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima.” (GONÇALVES, 2007, p. 347).

Realizada tal definição, pode-se, agora, adentrar na relação entre este tipo de dano e o dano advindo da perda de uma chance. Aliás, já é pertinente explicitar que, nesse tópico, será defendida a ideia de que o dano pela perda de uma chance é uma subespécie do dano emergente.

Pode inicialmente parecer estranho, tendo em vista que, como já fora suscitado, a perda de uma chance faz referência a uma oportunidade da qual se deixou de aproveitar e, dessa maneira poderia, para um indivíduo despreparado, gerar confusão em relação ao lucro cessante.

Todavia, deve-se entender que, por si só, o fato de fazer alguém perder uma chance não tem o condão de definir o dano daí proveniente como um lucro cessante. Isto porque a perda de uma chance não pretende indenizar a perda do resultado final desejado. Ao contrário, tem por objetivo indenizar a vítima que injustamente foi privada da possibilidade de tentar alcançar tal resultado, que teve uma chance obstaculizada de maneira indevida e, assim, ao perder a chance, individualmente considerada, perdeu algo que já lhe fazia jus.

Para melhor entender essa ideia, necessita-se partir da percepção de que, ao se falar ter perdido uma grande chance, está se afirmado que essa chance que se perdeu era algo que já se possuía, algo com o que já se contava e que está dissociada do resultado final que essa mesma chance, como um bem já adquirido, poderia proporcionar, poderia servir de instrumento. Isso porque a chance já existia como elemento autônomo.

Reforçando a ideia de que a chance perdida não pode ser quantificada como lucros cessantes e, sim, como dano emergente, há de se observar que “[...] nas hipóteses de perda de uma chance, a conduta do réu não é condição necessária para o aparecimento do dano final, mas apenas para a perda da chance de auferir a vantagem esperada.” (SILVA, 2009, p. 220).

Verifica-se, assim, que a ideia de chance já é naturalmente concebida como **algo que já pertencia ao indivíduo** no momento de sua perda. Aliás, é obvio que só é possível aferir a perda imediata de algo quando este logicamente já pertence a um indivíduo, e é esta compreensão de que a chance é uma propriedade pertencente ao indivíduo que possibilita entender a chance a partir do panorama adequado, como algo singular, com titularidade definida em relação a um determinado indivíduo e, também, com a possibilidade de ser objeto de prejuízo no que tange a sua perda.

Se a premissa é a de que só se pode indenizar o dano estético, o dano moral ou a perda patrimonial, percebe-se que a indenização pela perda de uma chance está contida nessa premissa, uma vez que, por ser algo real, ela já faz parte do patrimônio do indivíduo e, ao se perder, reduz seu patrimônio. Ou seja, há uma certeza do dano e, assim, ele se molda de maneira a ser considerado um dano emergente, encaixando-se perfeitamente no critério de perda patrimonial.

Acerca da perda de uma chance de uma hipotética vitória, De Cupis (*apud* SAVI, 2006, p. 11) aduz que

*“a vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe [...] no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.”*

Ora, analisar a perda de uma chance como um dano emergente contribui para facilitar sua compreensão. Aliás, é possível até considerar que a resistência em relação à

existência do dano pela perda de uma chance era proveniente da equivocada classificação desse dano, o que gerava obscuridade quanto à sua incidência, aplicação, quantificação etc.

Cabe, entretanto, deixar claro o seguinte: o dano pela perda de uma chance será, em regras gerais, quantificado de maneira inferior ao valor ou à vantagem que a vítima esperava alcançar.

Deste modo, “[...] a chance de vitória *terá sempre valor menor* que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. Além disso, nem todos os casos de perda de chance são indenizáveis.” (SAVI, 2006, p. 11). Isso já contribui para afastar qualquer alegação no sentido de que a caracterização da perda de uma chance como lucro cessante encontra óbice ao se deparar com a necessidade da valoração pecuniária da chance perdida. Aliás, o fato de admitir ser a chance um verdadeiro patrimônio, já é um início para a superação dessa possível dificuldade.

Sobre essa última afirmação, cabe ressaltar que ela se refere aos casos em que somente há uma esperança distante, aleatória, por mais que o indivíduo sempre tente alcançar o mesmo objetivo. É o caso da pessoa que constantemente joga na loteria e, por um fato ao qual não deu causa, fica permanentemente impossibilitada de continuar a apostar. Não há qualquer possibilidade do reconhecimento, neste caso, da perda da chance, haja vista que havia somente uma simples uma esperança remota, a qual, apesar de poder ser levada em consideração, não é suficiente para a configuração da perda de uma chance.

### 3. Pressupostos para a incidência do dano

#### 3.1. *Nexo causal*

Para que incida a responsabilidade e o consequente dever de indenizar pela perda de uma chance, é necessário, assim como ocorre em todas as espécies de dano, que esteja claramente configurado o nexo de causalidade. Visando melhor esclarecimento acerca do nexo da causalidade, recorreremos às palavras de Cavalieri Filho (2008, p. 46), o qual nos diz que

*“A relação causal estabelece um vínculo entre o determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. [...] Pode-se ainda afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, [...] mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal.”*

Como exemplo, retoma-se em parte a primeira hipótese, utilizada na introdução deste artigo: caso o jogador de tênis, por descuido e falta de atenção, caísse no mesmo buraco e este, desta vez, estivesse adequadamente protegido e sinalizado, não seria possível se falar em dano pela perda de uma chance, pois não haveria nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta da empreiteira, haja vista que esta não agiu com culpa nem deixou

de observar o dever de cuidado inerente a sua atividade. Não seria possível nem mesmo se falar em responsabilidade da empreiteira por danos materiais ou morais.

Não é suficiente, pois, que o indivíduo tenha sofrido um dano para que se caracterize a responsabilidade civil, tampouco que seja comprovada culpa daquele que supostamente lesou. É imprescindível a incidência do elemento de conexão entre estes dois pontos – ou seja, entre o dano e a culpa – e tal elemento tão importante é o nexo causal.

Não obstante tais aspectos deve-se, no momento da valoração, levar em consideração outra importante questão: se a vítima, antes de ser submetida ao fato danoso, agiu com precaução para evitar sua ocorrência. Não se trata de um fato impeditivo ou excludente de responsabilidade, mas de uma peculiaridade capaz de ser considerada para fins de minoração do valor final da indenização pela perda da chance.

Este fato decorre da necessidade de que também a vítima tenha agido com o mínimo de cuidado. A diligência é fundamental para qualquer indivíduo capaz de exercê-la e não deve somente ser cobrada daquele que causa um dano após agir de modo não diligente. Pode-se exemplificar este ponto ao propor a seguinte hipótese: uma pessoa que estava de carona em uma moto sofre danos na cabeça após um acidente causado por um motorista que desrespeitou uma placa de parada obrigatória e em virtude das consequências da lesão sofrida, acabou perdendo uma determinada chance, que já possuía e, assim, foi considerada suficiente para caracterizar a indenização pela perda de uma chance.

Supondo que este indivíduo não estivesse usando capacete no momento do acidente, deverá o julgador atentar-se para este fato e utilizá-lo para minorar a indenização pela perda da chance. Isso porque a utilização do capacete pelo carona provavelmente faria com que a lesão fosse menor ou até mesmo não ocorresse, contribuindo para que a própria vítima não perdesse a chance e não buscasse uma tutela indenizatória.

Assim, se ficar caracterizado que a vítima concorreu, seja por omissão ou comissão, para a ocorrência ou agravamento do evento danoso, deverá o julgador utilizar-se de tal ocorrência para minorar a indenização, pois o dever de cuidado, por exemplo, é algo que necessita ser observado de maneira objetiva por quaisquer indivíduos.

Aliás, agindo de tal maneira, haverá total respeito ao que dispõe o artigo 945 do Código Civil de 2002: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor.

### *3.2. Chance real e significativa*

Além do nexo de causalidade, necessário se faz a existência de uma outra característica: que a chance perdida seja, de fato, real, significativa e altamente considerável. É preciso, pois, que subsista uma boa chance ou uma importante possibilidade de êxito.

Isto implica dizer que os casos nos quais se percebe apenas uma mera pretensão, que se apresentava distante, remota ou improvável, não ensejarão indenização. Isto tem por objetivo evitar a banalização da possibilidade de indenização por este tipo de dano e, também, impedir que seja gerada perigosa insegurança e instabilidade nas relações entre os

indivíduos, o que poderia levar à responsabilização por decorrência de qualquer fato, por mais simples que seja.

Para melhor explicar, retomemos o exemplo da garota candidata ao cargo público, a qual sofreu um acidente que a impossibilitou de conseguir disputar a última etapa do concurso, no qual ela se encontrava tão bem colocada que as possibilidades de admissão eram grandes. Suponhamos que, ao contrário disso, tal garota estivesse apenas se inscrito em tal concurso, ou, ainda, que ela estivesse passado apenas na primeira etapa e, mesmo assim, em uma colocação mediana. Nesse caso, não seria plausível se falar em perda da chance, tendo em vista que esta ainda só existia num plano remoto, sem prejuízo, contudo, das outras indenizações cabíveis.

É nessa perspectiva que surge a dúvida em relação à maneira correta de quantificar a probabilidade de sucesso que seja suficiente para configurar a perda de uma chance. Existindo essa obscuridade, pois, cabe socorrer-se de bons direcionamentos doutrinários, como o de Silva (2009, p. 210) que, ao comentar um caso, dá-nos a seguinte contribuição:

*“Aquele que busca um emprego se encontra em um processo aleatório, cuja probabilidade de êxito varia conforme a capacitação do candidato e a oferta de vagas existentes no mercado de trabalho. Esse critérios deveriam ter sido utilizados para medir a quantidade de chances perdidas pelas vítimas, podendo até levar à conclusão de que as chances eram por demais hipotéticas, carecendo de seriedade mínima para gerar a reparação.”*

No que tange a tal ponto, Bocchiola (*apud* SAVI, 2006, p. 21) afirma que

*‘[...] não há como se colocar nenhuma objeção ao recurso à estatística e à probabilidade, tendo em vista que tais recursos são os mesmo utilizados para determinar a existência e o conteúdo do lucro cessante. Assim, deverá ser demonstrado que a probabilidade de se conseguir o objetivo almejado era de aproximadamente 50%, devendo valores abaixo desse patamar serem desconsiderados para fins de caracterização da perda de uma chance. Savi (2006, p. 60) confirma tal entendimento ao definir que [...] apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real [...] é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente.’*

Tal critério é adotado na Itália, um dos principais polos de discussão e desenvolvimento da teoria da perda de uma chance e, até então, não demonstra grandes empecilhos nem há outro critério mais plausível para a fixação do patamar mínimo de probabilidade. Não vemos, assim, qualquer obstáculo para que tal critério seja, ao menos inicialmente, adotado em nosso país.

#### 4. Valoração da perda de uma chance

Demonstrados os pressupostos, os exemplos e a admissibilidade do dano pela perda de uma chance, deve-se realizar uma breve análise acerca da valoração desse tipo de dano. Para tanto, tomando por base o pensamento de Savi (2006, p. 63), vale elucidar que a

chance tem inconcusso valor patrimonial e sua perda implica a perda de um bem, que nesse caso é um patrimônio que possui valor econômico e que gera o dever de indenizar.

Já fora demonstrado que a chance de êxito deverá corresponder a pelo menos 50% no caso concreto para seja possível configurar a perda de uma chance. Percebe-se que tal critério já mostra sinais quanto à valoração inicial do dano, uma vez que um índice de tal dimensão é algo que deve ser levando em consideração no momento de atribuir valor pecuniário à perda da chance.

Tal critério é defendido neste artigo pois há determinados bens que, por sua natureza, geram dificuldades em sua valoração e a perda de uma chance é passível demonstrar tal obstáculo. Assim, consideramos que tão importante quanto reconhecer a existência desse tipo de dano é a sua valoração, que deve partir de um indicativo mínimo para que sejam respeitados os princípios da necessidade e proporcionalidade.

Indicar exemplos é a melhor via para explicar as condições para a valoração da perda de uma chance. Na hipótese já utilizada do jogador de tênis, se de fato ele possuía significativa chance de ganhar o torneio, por exemplo, 62% de possibilidade, o julgador deverá fazer incidir tal percentual sobre o montante do valor do prêmio reservado ao vencedor da competição. Outro exemplo é o do advogado que deixa de interpor recurso contra decisão insatisfatória para seu cliente. Se o julgador concluir que se o recurso fosse interposto o recorrente teria aproximadamente 80% de chance de ganhar o processo, deverá tal porcentagem incidir sobre o valor total da causa para que se chegue ao montante indenizatório pela perda da chance.

Constata-se, destarte, que o percentual tem dupla importância: no momento de averiguar se a chance era significativa e no período de realização do cálculo da indenização pela perda de uma chance.

Há outro caso hipotético que deve ser utilizado devido à complexidade de seus aspectos. Uma pessoa que, com alta pontuação, boa colocação e considerável probabilidade, injustamente perde a chance de disputar as últimas etapas de admissão em um mestrado em uma universidade pública.

Neste caso, como deverá ser calculado o *quantum* indenizatório? A resposta requer certo amadurecimento antes de ser proferida. Todavia, após refletir, pode-se chegar à conclusão de que poderia ser adequado o magistrado verificar o tempo médio que uma pessoa necessita de estudo para passar naquele exame e condenar o autor dos danos a pagar o equivalente a estes meses de estudo em uma instituição particular. Ou seja, se a pessoa demora em média 15 meses de estudo, o réu pagaria 15 mensalidades para a vítima em uma instituição particular que ofereça, com qualidade similar, o mestrado desejado.

A quantificação da perda de uma chance é uma etapa de extrema importância, por ser a última, aquela que dirá, em linguagem pecuniária, qual o valor da chance perdida. Não é possível nem pertinente esgotar, neste artigo, todas as possibilidades curiosas de quantificação da perda de uma chance. Decorre de tal fato a percepção de que as chances sempre oscilarão de acordo com o caso e, conseqüentemente, seu parâmetro de quantificação e sua valoração poderão apresentar mudanças de perspectivas, para as quais o magistrado deverá estar sempre sensível.

## 5. Considerações finais

O estudo analisou a perda de uma chance como um dano relevante, que se caracteriza como dano emergente e deve ser avaliado em relação à sua ocorrência, após a constatação de um evento de caráter prejudicial a um indivíduo.

No que tange à sua reparação, constatou-se que, apesar de não ser de simples quantificação, é imperioso reservar atenção para tal aspecto, sempre visando reparar o dano dentro dos limites da possibilidade e da maneira mais razoável, com o objetivo de indenizar a vítima, a partir da ideia da condenação devidamente construída e fundamentada (moldada na equidade).

O estudo propôs uma distinção técnica entre o dano proveniente da perda de uma chance, o dano moral e o lucro cessante, a fim de estabelecer critérios para a aplicação da teoria e, sobretudo, para a sua percepção e a sua quantificação.

Assim, o estudo optou por caracterizar o dano pela perda de uma chance como um dano emergente, vez que tratou a chance como algo que torna viável a busca e a possibilidade de alcance de um objetivo, de modo que a sua perda impossibilita o prejudicado buscar a vantagem desejada.

Dessa forma, propõe-se, neste artigo, que perder a chance é perde algo que já o titular de um direito já possuía, logo, há um dano emergente. No que diz respeito ao *quantum*, importa relembrar que, em regra, o dano pela perda de uma chance só será caracterizado caso a chance perdida apresente um potencial de no mínimo cinquenta por cento de possibilidade de concretização do resultado final, da vitória ou do acontecimento desejado.

Resta expor, por fim, que os critérios de fixação e avaliação aqui demonstrados, podem sofrer variações na jurisprudência a partir da análise do caso concreto. Não se deve esquecer, todavia, que o magistrado necessita de acuidade, perspicácia e sensibilidade para atender todas as necessidades advindas da possibilidade da aplicação do dano pela perda de uma chance e, assim, contribuir para sua evolução e disseminar sua compreensão e aceitação.

### REFERÊNCIAS

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. 577 p.

DUQUE, Bruna Lyra. **O Direito Contratual e a Intervenção do Estado**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. A revisão dos contratos e a teoria da imprevisão: uma releitura do Direito contratual à luz do princípio da socialidade. **Revista Portuguesa do Consumo**, v. 51, p. 151-166, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, 367 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, 402 p.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano moral, dano material e reparações**. 3. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997. 226 p.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Apelação Cível nº 2003.001.19138. **Apelante: Sebastião Carneiro da Silva. Apelado: Rápido Mineiro LTDA Relator: Des. Ferdinaldo Nascimento. Julgado em: 27 out. 2003.**

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Apelação Cível nº 2009.001.46805. **Apelantes: Estado do Rio de Janeiro (1); Josefa Lenilda Pereira Lima (2). Apelados: os mesmos. Relator: Des. Jessé Torres. Julgado em: 02 set. 2009.**

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70003568888. **Apelante: Assis Oliveira Lemos. Apelado: Planiduto Ar-condicionado. Relator: Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Julgado em: 27 nov. 2002.**

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. 115 p.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009, 263 p.

## Notas:

[1] RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Apelação Cível nº 2003.001.19138. **Apelante: Sebastião Carneiro da Silva. Apelado: Rápido Mineiro LTDA Relator: Des. Ferdinaldo Nascimento. Julgado em: 27 out. 2003.**

[2] RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Apelação Cível nº 2009.001.46805. **Apelantes: Estado do Rio de Janeiro (1); Josefa Lenilda Pereira Lima (2). Apelados: os mesmos. Relator: Des. Jessé Torres. Julgado em: 02 set. 2009.**

[3] RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70003568888. **Apelante: Assis Oliveira Lemos. Apelado: Planiduto Ar-condicionado. Relator: Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Julgado em: 27 nov. 2002.**

## Informações Sobre os Autores

### *Bruna Lyra Duque*

Doutoranda e Mestre do Programa em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professora de Direito Civil da Graduação e Especialização da FDV. Coordenadora da Especialização em Direito Civil da FDV. Autora e co-autora de livros e artigos jurídicos. Advogada do escritório Lyra Duque Advogados

Discente do curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

(Fonte: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10782](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10782))

## 2. A reparação civil pela perda de uma chance nas relações jurídicas civis e do trabalho

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Carlos Brandão Ildefonso Silva, Cesar Leandro de Almeida Rabelo

*Resumo: O presente artigo aborda o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas Relações Civis e do Trabalho. A perda de uma chance enquadra-se em um tema da responsabilidade civil ainda pouco difundido. Pretende-se avaliar os pressupostos de aplicação da teoria, assim como a sua origem e evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se ser necessário, para a sua configuração, que as chances perdidas sejam sérias e reais, e não hipotéticas. Concernente à natureza jurídica, verifica-se que na doutrina e na jurisprudência nacional a definição ainda não está bem assente, ora classificando-a como espécie de lucro cessante, ora como dano moral. Quer se demonstrar neste artigo, através de análise da doutrina e da jurisprudência, a viabilidade de aplicação da teoria no âmbito da legislação civil e laboral.*

*Palavras-chave: Responsabilidade civil; perda de uma chance; dano emergente; lucros cessantes; causalidade parcial; relações de trabalho.*

*Riassunto: Questo articolo affronta il tema della responsabilità per la perdita di una chance in procedimenti civili e del lavoro. La perdita di una possibilità rientra in un tema della responsabilità non è ancora diffuso. Esso è destinato a valutare i condizioni di applicazione della teoria, così come la sua origine e l'evoluzione del sistema legale brasiliano. Esso può essere visto come necessario per la configurazione, le probabilità sono persi veri e seri, non ipotetico. Per quanto riguarda la natura giuridica, è chiaro che la dottrina e la giurisprudenza sulla definizione non è ancora ben definito, ora definendolo il tipo di profitto, a volte come danni morali. Se in questo articolo illustra, attraverso l'analisi della dottrina e della giurisprudenza, la possibilità di applicare la teoria nel contesto del diritto civile e del lavoro.*

*Parole chiave: responsabilità, perdita di una possibilità, consequenziali, la perdita di profitti, la causalità parziale, dei rapporti di lavoro*

*Sumário: 1. Introdução; 2. Noções Gerais de Responsabilidade Civil; 3. Pressupostos de aplicação da Responsabilidade Civil; 4. A Teoria da Responsabilidade Civil da perda de uma chance; 5. A origem da teoria da perda de uma chance no Direito Comparado; 6. A aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil; 7. A evolução da jurisprudência brasileira acerca da existência da responsabilidade civil pela perda de uma chance; 8. A*

## 1. Introdução:

O instituto da responsabilidade civil, que visa à reparação de danos injustos vivenciados nas relações sociais, apresenta constante evolução, tal qual a sociedade.

Hodiernamente, os tribunais pátrios por vezes têm enfrentado situações nas quais o demandante teve retirada uma chance que possuía de auferir uma vantagem ou de evitar um prejuízo, deparando-se com um dano definitivo que poderia ter sido evitado não fosse a conduta de outrem. Em tais casos, uma concepção literal da legislação vigente e dos pressupostos da responsabilidade civil não daria conta de reparar o dano em prol da vítima.

No entanto, diante da já mencionada evolução constante do instituto da responsabilidade civil, torna-se possível, mediante uma interpretação em consonância com as suas funções e que abranja todos os princípios e regras do ordenamento jurídico, aceitar-se a reparação de danos outrora desconsiderados e não previstos na legislação vigente.

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é exposta de modo tímido na maior parte dos livros da doutrina clássica sobre responsabilidade civil, e vem sendo objeto de estudos mais aprofundados recentemente. Estes estudos encontraram alicerce em países como a França e a Itália, onde o assunto tem sido enfrentado nas Cortes e despertado grande interesse dos doutrinadores, acirrando debates.

Diante da relevância social do assunto em comento, bem como do pouco aprofundamento da doutrina brasileira e, a teoria da perda de uma chance, o tema merece atenção dos operadores do direito, no intuito de harmonizar conceitos e definir parâmetros relativos à melhor aplicação da teoria.

Pretende-se neste artigo abordar os pressupostos da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito Civil, assim como verificar a possibilidade de sua aplicação no Direito do Trabalho, na tentativa de buscar estabelecer a melhor utilização da teoria, com alicerce na jurisprudência pátria.

## 2. Noções gerais de responsabilidade civil:

O surgimento de conflitos é consequência natural da convivência dos homens em sociedade. Por vezes, durante esses conflitos os sujeitos ficam desamparados em razão de eventual dano injusto que venham a sofrer.

A necessidade de impor a reparação do prejuízo suportado pela vítima sempre foi sentida por todas as civilizações que nos precederam. Entretanto, inicialmente a busca pela recomposição era realizada com vistas à punição do responsável, o que ocorria desde a consagração do talião.

De fato, a partir do surgimento da responsabilidade civil objetiva, após a revolução industrial, passou-se a abandonar o elemento subjetivo e moral da responsabilidade civil,

antes voltada para a averiguação da culpa do ofensor em todas as situações. A lição de Alvinho Lima expõe claramente os motivos que contribuíram para tal evolução:

*“Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos que a civilização moderna criava ou agravava; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência [...]. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação e não interior e subjetivo, como na imposição da pena” [1].*

Pode-se afirmar que, no Direito Contemporâneo, o sistema da responsabilidade civil não possui mais como fim primordial a responsabilização de um culpado e a sua retaliação. Atualmente, o foco deste instituto é a tutela da vítima, buscando sempre que possível a reparação do dano injusto por ela suportado.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como basilar da República Federativa, no art. 1º, inciso II, reforçou a transladação do foco do culpado para a vítima. Ademais, o sistema da responsabilidade civil é orientado pelos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, em conformidade com os preceitos constitucionais.

Savatier[2] define o conceito de responsabilidade civil com clareza e precisão, nos seguintes termos: “é a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam”.

Dessa forma, é certo que, atualmente, se pode atribuir um paradigma solidarista à responsabilidade civil, que tem como escopo não a punição de quem causou o dano, mas a reparação à vítima, na tentativa de retornar-se ao *statu quo ante*.

### 3. Pressupostos de aplicação da responsabilidade civil:

Para que surja a obrigação de reparação de danos, é necessária a presença de alguns pressupostos, que determinarão a responsabilidade objetiva ou subjetiva do agente.

É fato que o Código Civil de 2002 consagrou a responsabilidade subjetiva como regra geral, ou seja, será aplicada a responsabilidade subjetiva sempre que não houver disposição legal expressa impondo a aplicação da teoria objetiva.

O artigo 186, combinado com o artigo 927 do Código Civil de 2002, aduziram a cláusula geral da responsabilidade com culpa, a responsabilidade subjetiva.

De outra banda, as cláusulas gerais de responsabilidade objetiva estão dispostas no art. 927, parágrafo único, assim como nos artigos 187 e 931, todos do Código Civil de 2002.

São pressupostos da responsabilidade civil para o autor Sílvia Rodrigues: “a ação ou omissão do agente, a culpa, a relação de causalidade e o dano” [3].

Sergio Cavalieri Filho entende que “a responsabilidade civil requer a existência de uma conduta culposa, um nexos causal e um dano, dispensando o elemento culpa quando se tratar de responsabilidade objetiva” [4].

Lado outro, Fernando Noronha identifica a existência de cinco pressupostos: fato antijurídico, nexo de imputação, dano, nexo de causalidade e lesão de bem protegido[5].

A despeito da parcial divergência doutrinária acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, destaca-se como sendo essenciais à obrigação da reparação de danos os seguintes elementos: a conduta, comissiva ou omissiva, o dano, o nexo de causalidade e o nexo de imputação.

Não se considera a culpa do agente como um pressuposto genérico porquanto na responsabilidade civil objetiva este elemento é dispensável. Ela é, assim, considerada como um dos critérios incluídos no nexo de imputação, juntamente com a idéia de risco e a de garantia.

O primeiro pressuposto de qualquer responsabilidade civil seria a conduta, o ato humano, comissivo ou omissivo, que para o direito adquire relevância quando dela surgirem efeitos jurídicos.

O dano é o segundo pressuposto da responsabilidade civil, trata-se do prejuízo causado à vítima em razão da conduta comissiva ou omissiva praticada pelo ofensor. Importantes doutrinadores brasileiros conceituaram o dano, o que resultou em variadas acepções do instituto, porém, todos estes conceitos giram em torno do mesmo ponto: a perda ou lesão a um bem jurídico. Neste sentido, tem-se o conceito elaborado por Sergio Cavalieri Filho, o qual assim conclui:

*“Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.”.[6]*

Do ponto de vista técnico da configuração da Responsabilidade Civil, o dano é o elemento predeterminante da obrigação de indenizar, pois, sem dano não há o que indenizar, em outras palavras, o dano é pressuposto da responsabilidade civil, pois, “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” [7].

O dano tanto pode ser uma diminuição do patrimônio do sujeito, como pode ser a lesão a um bem integrante da personalidade do lesado, sendo que no primeiro caso, há um dano patrimonial, já no segundo poderá se configurar o dano moral.

O dano patrimonial configura-se na diminuição econômica do patrimônio da vítima, algo que se pode mensurar pecuniariamente pela análise do patrimônio do lesado após a ocorrência do fato danoso. Já nos casos de dano moral, não há diminuição econômica do patrimônio da vítima diretamente, mas sim, violação a um bem personalíssimo, o que pode vir a trazer diminuição econômica do patrimônio da vítima.

No que tange ao dano, o gravame suportado pela vítima pode ser caracterizado por uma perda imediata no seu patrimônio, que constituem os danos emergentes, como também por aquilo que ele deixou de auferir, os denominados lucros cessantes.

Os danos emergentes representam a efetiva diminuição dos bens da vítima à época do evento danoso, ao passo que os lucros cessantes caracterizam-se pela expectativa de um

ganho futuro, considerando um prosseguimento normal de suas atividades, sem a interferência de fatores aleatórios.

O dano se apresenta como o pressuposto fundamental da obrigação de indenizar. José de Aguiar Dias, assim se posiciona em relação ao dano:

*"O dano é dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar. [...]"*<sup>[8]</sup>

Dentre os pressupostos da responsabilidade civil, pode-se dizer que o dano apresenta uma peculiaridade, pois com base nos novos paradigmas da responsabilidade civil, os demais pressupostos (culpa e nexa causal), vêm perdendo um pouco a relevância, em razão das transformações sociais que, em muitas vezes, impulsionam o Poder Judiciário, a relativizar a importância da culpa e do nexa causal, para que os mesmos não sirvam como barreiras ao ressarcimento dos danos sofridos.

Neste diapasão, Anderson Schreiber assim preconiza:

*"Longe de ser restrita ao âmbito probatório, esta flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos. Neste contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexa causal), perdem relevância em face de uma certa ascensão daquele elemento que consiste a um só tempo, no objeto e ratio da reparação: o dano"*<sup>[9]</sup>

De fato, novas espécies de dano vêm sendo tuteladas pela doutrina e jurisprudência, em razão da aparição de novos interesses. Atualmente, portanto, já se considera outras formas de danos ressarcíveis, desatrelando-se do pensamento da configuração do dano na perda patrimonial diretamente perceptível, para se reconhecer outras formas de dano como, por exemplo, o dano decorrente da perda de uma chance.

Com efeito, sem dano não há responsabilidade civil, ainda que se tenha verificado um comportamento contrário ao direito. A indenização, se ausente um prejuízo, implicaria em locupletamento indevido àquele que a recebesse.

O nexa de causalidade também é um importante pressuposto da responsabilidade civil. Para a configuração do dever de indenizar não bastam o dano e uma conduta. É preciso que esta conduta tenha dado causa ao dano.

Pela teoria da causalidade adequada, desenvolvida na Alemanha no final do século XIX e de grande influência na doutrina e jurisprudência nacional, a condição deve ser adequada e determinante na ocorrência do dano para adquirir relevância. Sérgio Cavalieri Filho destaca:

*"A idéia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a*

*provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida”[10].*

O dano direto e imediato é outra teoria de grande destaque, constante do Código de Napoleão. De acordo com esta teoria, constitui causa para a produção do dano o acontecimento que tenha uma relação de causa e efeito direta e imediata, devendo esta também ser considerada *conditio sine qua non*. Alguns doutrinadores reputam ter sido a teoria adotada pelo Código Civil de 1916 [11], por força do contido no art. 1.060, repetido no art. 403 do Código Civil de 2002[12].

A teoria da causalidade alternativa difere de todas já analisadas, pois nesta o evento considerado como causa não constitui uma *conditio sine qua non*, “supondo-se uma causalidade” [13].

Vale ressaltar, ainda, que o liame de causalidade pode ser interrompido pela ocorrência de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, os quais afastam a responsabilização [14].

Verificada a presença de uma conduta, de um dano e de um nexo de causalidade, deve-se, em seguida, indagar a quem deve ser imputada a responsabilidade pela reparação. O nexo de imputação é a justificação jurídica pela qual se atribui a alguém o dever de reparar o dano sofrido por outrem, ainda que não o tenha diretamente causado. Substancialmente três são os critérios: o mais tradicional e antigo é a culpa, mas ao lado dela a modernidade acrescentou também a idéia de risco e a de garantia.

Sérgio Cavalieri Filho[15] define a culpa, *lato sensu*, como sendo “toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou tencional, como na culpa”.

Em regra, pelo Código Civil, impõe-se a obrigação de reparar o prejuízo a um culpado, em razão de um ato ilícito. Daí, a culpa ser tradicionalmente o elemento que mais chama a atenção da doutrina e da jurisprudência.

Destarte, na responsabilidade subjetiva, o agente opera com uma conduta culposa que, exteriorizada, gera o ato ilícito. Ocorre que a tendência do Direito Contemporâneo é de, cada vez mais, afastar o elemento culpa do sistema da responsabilidade civil, expandindo os danos ressarcíveis. Sobre esta questão, pertinente transcrever a abordagem realizada por Eugênio Facchini Neto:

*“É necessário que se desembarace da imprescindibilidade da noção da culpa, adotando critérios objetivos da responsabilização civil, pois sua função não é a de punir o ofensor (para o que seria exigível a culpa), mas sim procurar garantir o ressarcimento da vítima. Daí o desenvolvimento de uma teoria geral de responsabilidade objetiva, com base em critérios de risco-criado, risco-proveito, idéia de garantia, risco-profissional, etc. Afinal, se o agente não agiu com culpa, a vítima muitas vezes também não. A solidariedade social, nesta hipótese, parece impor que quem causou o dano suporte as suas consequências”[16].*

Uma das mais nítidas características do novo Código Civil foi o de ampliar notavelmente os casos de responsabilização objetiva. Tal opção do legislador, que nesse

aspecto acompanha as tendências universais, manifesta-se através da adoção de três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva, ao lado de inúmeras regras pontuais que igualmente estabelecem casos de responsabilidade objetiva.

Como já dito, as cláusulas gerais são aquelas relacionadas com o abuso de direito (art. 187); o exercício da atividade de risco (art. 927, parágrafo único); danos causados por produtos (art. 931). Já as regras pontuais são aquelas referentes à responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932 cumulado com o art. 933); responsabilidade pelo fato da coisa (arts. 937 e 938), do animal (arts. 936); responsabilidade dos incapazes (928), dentre outras esparsas no código.

Concernente à teoria do risco, vários são os seus desdobramentos: a teoria do risco-proveito, pela qual se pretende responsabilizar alguém que se beneficia da atividade alheia, caso alguém venha a sofrer dano em razão dessa atividade (é o que justifica, por exemplo, a responsabilidade do empregador ou preponente pelos atos danosos praticados por seus empregados ou prepostos); a do risco-criado, pela qual quem cria um risco deve suportar as eventuais conseqüências danosas que tal atividade de risco venha a concretizar. O Código Civil Brasileiro adotou tal teoria no parágrafo único do art. 927, a qual se baseia na idéia de que, “se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos”<sup>[17]</sup>.

Portanto, na teoria do risco criado, não é necessário ser o dano relacionado a um proveito ou a uma vantagem para o agente, não se subordinando o dever de reparar à pressuposta vantagem. Trata-se de uma ampliação do risco proveito, sendo a mais eqüitativa para a vítima, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano.

#### 4. A teoria da responsabilidade civil da perda de uma chance:

Do breve estudo realizado acerca do instituto da responsabilidade civil, verificou-se serem pressupostos basilares para que ocorra a obrigação de indenizar uma conduta, um dano, o liame de causalidade entre estes e um nexo de imputação.

As situações nas quais alguém teve retirada uma chance séria e real de obter uma vantagem, na qual o processo que propiciava a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico foi interrompido - não se enquadrariam nestes pressupostos essenciais, porquanto não se pode afirmar com certeza que a conduta do agente foi causadora de um dano, ou que sem esta conduta a vantagem seria obtida ou o prejuízo evitado.

Lado outro, verificou-se que, o instituto da responsabilidade civil, atualmente funda-se em um paradigma solidarista, buscando, sempre que possível, dividir o prejuízo para que não seja suportado apenas pela vítima, quando esta não foi a única causadora.

Não obstante desprovida de certeza acerca do nexo de causalidade da conduta do agente e do prejuízo final, denota-se um dano injusto, qual seja, o da chance perdida.

Diante desta atual concepção do instituto da responsabilidade civil, cria-se a possibilidade de ressarcimento de danos outrora desconsiderados, tais como o da chance perdida.

A perda de uma chance é considerada pela doutrina como um princípio de responsabilidade civil, no qual aquele que causa dano ao outrem fica obrigado a reparar os prejuízos decorrentes do seu ato, de forma integral. Além dos prejuízos definidos como danos emergentes e lucros cessantes, em razão de um ato ilícito e injusto praticado por outrem, pode alguém ficar privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou então, de evitar um prejuízo. Isso pode dar ensejo a um pleito de indenização pela perda de uma chance ou oportunidade.

Por muito tempo o direito ignorou a possibilidade de se responsabilizar o autor do dano decorrente da perda de alguém obter uma oportunidade de chances ou de evitar um prejuízo, argumentando que aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação. Igualmente à postura da doutrina, os tribunais costumavam exigir, por parte da vítima que alegava a perda de uma chance, prova inequívoca de que, não fora a ocorrência do fato, teria conseguido o resultado que se diz interrompido.

Regra geral, os pedidos são feitos de forma inadequada, buscando-se indenização por conta da perda da vantagem perdida e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. Todavia, uma coisa é a perda da vantagem esperada; outra é a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar um prejuízo. É esta última hipótese que pode justificar o pedido de indenização.

O sentido jurídico de chance ou oportunidades é a probabilidade de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo.

Impõe-se o requisito de demonstração da seriedade das chances perdidas. Não basta a mera possibilidade da ocorrência da chance, é preciso que esta seja séria e real, de modo que danos hipotéticos ou eventuais não ensejam indenização.

O que se indeniza não é o valor patrimonial total da chance por si só considerada, como equivocadamente se tem visto na maioria dos pedidos. O que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado; o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final esperado. Assim como não se pode exigir a prova cabal e inequívoca do dano, mas apenas a demonstração provável da sua ocorrência, a indenização, coerentemente, deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção do resultado almejado.

Não obstante a ausência de previsão legal específica no Código Civil Brasileiro regulamentando a reparação pela chance perdida pode-se considerar a aceitação da teoria pelo ordenamento jurídico respaldado numa interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos que regulamentam a obrigação de indenizar, em consonância com os princípios insculpidos na Constituição Federal.

Neste panorama, adquire relevância o princípio da reparação integral do dano, que se extrai do disposto nos arts. 403 e 944 do Código Civil, cuja importância “consiste na sua adequação à exigência fundamental da justiça”<sup>[18]</sup>.

Negar a indenização pela chance da perda seria um retrocesso à evolução da responsabilidade civil, que hoje atua com arrimo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, em consonância com a Constituição Federal de 1988, baseada em um paradigma solidarista [19].

Deixar que o lesado suportasse a perda de uma chance que outra pessoa impediu que se realizasse cria um manifesto sentimento de injustiça na vítima, e iria de encontro a esta concepção solidarista da responsabilidade civil. Nesse diapasão, argumenta Sérgio Savi:

*“A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano”[20].*

O maior obstáculo encontrado para a admissão da teoria da perda de uma chance reside na dificuldade de se demonstrar que a conduta de outrem gerou um dano, esbarrando-se em um problema de certeza dos pressupostos da responsabilidade civil.

Com efeito, a impossibilidade da indenização de danos meramente hipotéticos ou eventuais está assente na doutrina, entretanto, exige-se para a comprovação do prejuízo o liame de causalidade – ainda que parcial, consoante se verificará quando da análise da natureza jurídica das modalidades da teoria - entre a conduta do réu e a perda da chance, e não propriamente com o dano definitivo.

Portanto, não há que se falar na ausência dos pressupostos da responsabilidade civil, uma vez que subsiste uma conduta, um dano, um nexos de causalidade e um nexos de imputação. Todavia, o nexos de causalidade será perquirido através da conduta do agente e do dano da perda da chance, e não propriamente do dano final.

## 5. A origem da teoria da perda de uma chance no direito comparado:

A perda de uma chance, ou *perte d'une chance*, foi uma teoria difundida pelos Tribunais Franceses ao aplicarem as regras da responsabilidade civil.

As primeiras manifestações da reparação das chances perdidas na França ocorreram no fim do século XIX.

Os irmãos Mazeaud[21], ao relacionarem decisões em que seria possível indenizar as chances perdidas, mencionaram o julgado de 1896, da Corte de Apelação de Limoges, que tratava do pleito indenitário formulado por um proprietário de cavalos contra uma companhia de transportes, pelo fato de o animal não ter chegado a tempo de participar da corrida. O pedido, seguindo a linha do que decidido em primeira instância, fora rechaçado por não haver certeza de que o cavalo venceria o páreo.

Henri Lalou[22] também relacionou uma série de julgados nos quais as oportunidades perdidas deixaram de ser indenizadas ao argumento da incerteza, desde o final do século XIX até a década de 1930. Foi essa, por exemplo, a razão que fez com que o

Tribunal de Meaux, em 1920, julgasse improcedente o pedido formulado pelo pai de uma criança, morta em acidente, de reparação concernente ao amparo alimentar que o filho poderia lhe prestar quando atingisse a idade de adentrar ao mercado de trabalho.

Um caso emblemático na França adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, em julho de 1964, a decisão que inaugurou na jurisprudência francesa os fundamentos da teoria da perda de uma chance. O caso narrou à acusação e posterior condenação de um médico ao pagamento de uma pensão devido à verificação de falta grave contra as técnicas da medicina, sendo que foi considerado desnecessário o procedimento que adotado pelo médico, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto.

A Corte Francesa considerou haver um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves consequências, isto é, entre a conduta médica e a invalidez do menor, não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. Contudo, a Corte de Cassação assentou que presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma chance de agir de modo diverso, condenando-o a uma indenização de 65.000 francos.

Diante de tal precedente, a doutrina estrangeira passou a reconhecer a Teoria da Perda de uma Chance como válida e existente. Na Itália, muitos foram os estudos e avanços da doutrina que passou a reconhecer a possibilidade de se indenizar pela chance perdida, sempre que pudessem ser consideradas atuais, sérias e reais as oportunidades de obtenção de certa vantagem, que já existia no patrimônio da vítima no momento da lesão.

A doutrina francesa majoritária sustenta a existência de duas hipóteses da perda de uma chance. A primeira é denominada de “casos clássicos” de perda de uma chance, representando as situações em que se possui um dano autônomo e independente do final. A segunda trata dos casos de perda de uma chance na seara médica[23].

## **6. A aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil:**

A teoria, fruto de construção doutrinária francesa e italiana, em linhas gerais configura-se na possibilidade de obter indenização em decorrência da perda da oportunidade de alcançar determinado resultado ou evitar determinado prejuízo.

No Brasil, a adoção da responsabilidade civil baseada na perda de uma chance é relativamente nova. Seu estudo e aplicação ficaram a cargo da doutrina e jurisprudência, na medida em que o Código Civil de 2002 não fez menção a ela. Existe, ainda, ausência de critérios argumentativos que tragam uniformidade aos casos.

A perda de uma chance surge, atualmente, como uma nova categoria de dano indenizável, mas, torna-se essencial que a oportunidade seja plausível e não aponte uma simples quimera. Trata-se da probabilidade real de que o evento ocorresse e se não fosse à intervenção do agente, esta chance deveria ser séria e viável. Portanto, a chance deve ser considerável e não meramente eventual.

Para a maioria da doutrina, a perda da chance configura-se um dano material e autônomo, eis que se baseia na perda da oportunidade de obter um lucro/vantagem ou evitar um dano. Esta perda apenas ocorre porque um fato ilícito interrompe o curso normal dos acontecimentos antes da concretização da oportunidade.

Sabido é que o dano patrimonial deve sempre ser atual e certo, de modo a se identificar com clareza os danos emergentes e lucro cessantes no momento da indenização.

Sélvio Sálvio Venosa[24] afirma, ainda, que a perda da chance pode ser considerada uma terceira modalidade de dano, “a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”. Sérgio Cavalieri Filho[25], por sua vez, sustenta que a teoria “guarda certa relação com o lucro cessante”.

Fernando Noronha[26], Rafael Peteffi da Silva[27] e Sérgio Savi[28], analisaram a recepção da teoria da perda de uma chance na esfera trabalhista e do direito de família.

## 7. A evolução da jurisprudência brasileira acerca da existência da responsabilidade civil pela perda de uma chance:

Segundo o estudo realizado por Rafael Peteffi da Silva[29], as primeiras manifestações a respeito da perda de uma chance em domínios brasileiros ocorreram no Rio Grande do Sul, em acórdãos prolatados pelo então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior. O autor afirma que o pioneirismo gaúcho na “aplicação consciente” da teoria deve-se a uma palestra proferida pelo professor François Chabas, em 23.05.1990, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, intitulada “*La perte d'une chance en droit français*”. E acrescenta que o jurista paranaense Miguel Kfoury Neto ratificou esse dado.

Nos últimos anos, a jurisprudência brasileira evoluiu reconhecendo a existência da responsabilidade civil em decorrência da perda de uma oportunidade, em outras pretensões de naturezas distintas.

Atualmente, os tribunais estaduais possuem inúmeros julgados reconhecendo a indenização pela perda de uma chance. Todavia, ainda não resta pacificada a classificação dada à natureza jurídica da teoria.

Em recente decisão proferida pela Primeira Turma Recursal Cível do Estado do Rio Grande do Sul, foi apreciado o pedido de indenização de um competidor de “*Down hill*” - modalidade de esporte praticado com bicicletas estilo “*mountain bike*” - em face da companhia transportadora de ônibus que se recusou a despachar as bagagens em razão de o passageiro estar lotado, tendo os competidores que esperar por outro ônibus e o que gerou um atraso para a inscrição da etapa classificatória da competição.

O acórdão condenou a ré ao pagamento de uma indenização por danos morais “seja pela perda de uma chance de melhor resultado no campeonato, seja pelo efetivo padecimento psíquico que a frustração de parte do objeto do contrato de transporte foi certamente apta a provocar”[30]

De outro lado, há decisões que classificam o dano da chance perdida como sendo uma espécie de lucros cessantes, como é o caso de uma demanda do Estado do Rio de Janeiro na qual, em síntese, a autora objetivava receber uma indenização pela vantagem não obtida de um contrato de franquia, em razão da rescisão unilateral da outra empresa contratante. Assim concluiu a relatora:

*“Enquanto os lucros cessantes reintegram aquilo que o sujeito razoavelmente deixou de lucrar; a perda da chance foca o ressarcimento na perda de uma oportunidade com grande potencial de vir a se realizar, causada pela intervenção ilícita de outrem, mas aferível independentemente do possível resultado. A perda da chance, portanto, é espécie do gênero lucros cessantes e sob tal ótica deve ser aqui contemplada”[31]*

Vale ressaltar ainda outra classificação da natureza jurídica da perda de uma chance proveniente de uma decisão do tribunal paulista que julgou a clássica situação de perda de prazo do advogado. O relator sustentou que a autora sofreu o dano da perda de uma chance, mas afirmou não ter ela sofrido dano material, já que “a perda de uma probabilidade não caracteriza dano emergente ou lucro cessante”, tampouco dano moral, pois o descumprimento do mandato não caracteriza “ofensa séria à dignidade da autora a justificar um sofrimento extraordinário”, não enquadrando este dano em gêneros já existentes[32].

Verifica-se da análise destes julgados a alternância da classificação da natureza jurídica do dano da chance perdida na jurisprudência, ora classificando-a como espécie de lucro cessante, ora de dano moral e ainda em um meio termo entre as espécies já existentes.

Oportuno se faz trazer alguns julgados sobre a aplicação da teoria, proferidos de Tribunais Estaduais, Tribunais Federais e Tribunais Superiores:

*“RESPONSABILIDADE OBJETIVA AMBIENTAL - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PERDA DE UMA CHANCE. (...) A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. (...) Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo. Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a imprudência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá consequências não só para a geração presente, como para a geração futura. Nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações.” (STJ - REsp 745363/PR – Rel. Min. Luiz Fux – Publ. em 20-9-2007)*

*“ADVOGADO - RESPONSABILIDADE CIVIL - OBRIGAÇÃO DE MEIO - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. (...) A denominada “teoria da perda de uma chance”, de inspiração francesa, empresta suporte jurídico para indenizações em caso de frustração de demandas judiciais devido ao desleixo profissional de advogados lenientes, contanto que estejam configuradas, de modo preciso, a seriedade da probabilidade dos ganhos e sua relação de causalidade direta com os atos desidiosos. À luz da “teoria da perda de uma chance”, que elastece os contornos dos lucros cessantes, o atendimento do pleito indenizatório está adstrito não apenas à comprovação de que os serviços advocatícios*

*deixaram de ser prestados segundo parâmetros razoáveis de qualidade. Exige também a comprovação de que o autor da demanda efetivamente titularizava os direitos pleiteados e que a repulsa judicial derivou das faltas técnicas atribuídas aos serviços advocatícios". (TJ-DFT- Ap. Cív. 20040111230184 – Rel. Des. Jaime Eduardo Oliveira – Publ. em 26-7-2007)*

*"SORTEIO - EXCLUSÃO DE PARTICIPANTE - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - DANO MORAL CONFIGURADO. Não tendo o requerido comprovado a existência de fato extintivo do direito da autora em participar da segunda fase do sorteio por ele promovido, necessário o reconhecimento do dano extrapatrimonial, face à frustração em participar do sorteio objeto desta demanda. Aplicável, ao caso, a Teoria da Perda de uma Chance. [...]" (TJ-RS - Ap. Cív. 70.020.549.648 – Acórdão COAD 124762 - Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack - Publ. em 4 3 2008)*

Da análise dos julgados pode-se afirmar que há equívocos cometidos por parte da doutrina e da jurisprudência pátria ao classificar erroneamente o dano da chance perdida e, por conseguinte, arbitrar o valor da indenização com base em critérios incoerentes com a natureza jurídica da teoria.

Alguns exemplos elucidativos dão conta das diferentes situações em que se perde uma chance: observe-se, por exemplo, os danos gerados nos casos em que o advogado perde o prazo para recorrer, ou que o participante deixou de concorrer a um certame pela conduta culposa de outrem.

Nestas hipóteses, o processo aleatório em que se encontrava a vítima foi interrompido antes de chegar ao seu fim, e o ofensor fulminou todas as chances da vítima. Não há como saber se, tendo o advogado recorrido, a decisão seria favorável; ou se, tendo o participante concorrido, sairia vitorioso no certame. O que se tem presente é somente a probabilidade de ocorrência do resultado esperado, baseando-se em uma “suposição legítima do futuro”<sup>[33]</sup>

Rafael Peteffi acompanhado por Sergio Savi<sup>[34]</sup>, 76 identifica duas modalidades de perda de uma chance: na primeira, o processo aleatório em que se encontrava a vítima é interrompido, com a perda definitiva da vantagem esperada e a total aniquilação das chances da vítima, e na segunda, o processo aleatório chegou ao seu final.

Por sua vez, Fernando Noronha<sup>[35]</sup> destaca duas modalidades de chances perdidas: a frustração da chance de obter uma vantagem que era esperada no futuro (casos clássicos), que se subdivide em perda da chance de realizar um benefício em expectativa e perda da chance de evitar um prejuízo futuro; e a frustração da chance de evitar um dano que aconteceu que se apresenta na perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e na perda da chance por falta de informação.

Nas situações mencionadas em que o processo aleatório não chegou ao seu final pela perda da chance, pode-se identificar a existência de um dano autônomo: o da chance perdida, que independe do prejuízo definitivo. Ou seja, nas hipóteses em que o advogado perdeu o prazo para recorrer em uma ação de cobrança, ou do participante que deixou de concorrer ao jogo de perguntas e respostas em razão de uma pergunta mal-formulada, a vantagem final almejada pela vítima corresponde a um bem patrimonial.

Considerando ainda que o dano possa ser verificado no momento em que o processo aleatório foi interrompido, e não corresponderá ao prejuízo definitivo, percebe-se que “está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada”<sup>[36]</sup>

Portanto, o dano da perda da chance é autônomo e pode ser considerado um dano emergente, o qual será reparado de acordo com o valor da chance perdida.

## 8. A perda de uma chance no direito do trabalho:

Partindo do ponto de vista fático, a relação de trabalho constitui um dos ramos mais propícios à ocorrência de perda de chances, em suas diversas facetas.

No Brasil, a doutrina especializada no ramo trabalhista, através de Raimundo Simão de Melo, passou, ainda que de maneira tímida, a vislumbrar a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara laboral.

Isso porque a teoria constitui importante ferramenta da responsabilidade civil, capaz de aprimorar as formas de reparação do dano injusto, requintando a relação entre capital e trabalho, de modo a fomentar a “melhoria da condição social do trabalhador” (art. 7º, caput, CF), realçando o princípio constitucional da “dignidade da pessoa humana” (CF, art. 1º, III), basilar de todo o ordenamento jurídico.

Sobre o tema, o incisivo escólio de Marly A. Cardone<sup>[37]</sup>:

*“Nas relações que as pessoas travam na vida, elas podem, voluntariamente ou não, causar prejuízos às outras. A relação humana e jurídica que liga empregado e empregador não é suscetível de escapar desta contingência. Isto é tão irrefutável quanto dizer que o ser humano é passível de errar. Por isso, causa espanto que alguns queiram isolar empregado e empregador deste círculo no qual está inserida toda a prática de atos ilícitos. A relação de emprego tem uma disciplina jurídica para a troca trabalho x remuneração, mas seus sujeitos não estão excluídos da órbita do Direito Civil quando praticam atos ou fatos da natureza civil na específica situação de emprego e empregador.”*

Por sua vez, Mauricio Godinho Delgado<sup>[38]</sup> assinala que a ideia de dignidade não mais se restringe ao âmbito particular dos valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente, mas sim na afirmação social do ser humano, para a qual desponta a necessidade do trabalho juridicamente tutelado sob a forma de emprego.

É reconhecida, no meio acadêmico, a autonomia científica do Direito do Trabalho. Contudo, essa propalada “autonomia” não significa independência, tampouco ruptura com o restante do organismo jurídico. Neste diapasão, Alexandre Agra Belmonte assevera que:

*“autonomia de um ramo do Direito não significa desvinculação dentro de um sistema jurídico. O Direito do Trabalho tem por fim regular as relações jurídicas derivadas da prestação pessoal, subordinada, não eventual e assalariada de serviços, mas nem por isto deixa de se servir das normas gerais compatíveis do Direito Civil, subsidiariamente aplicáveis à Consolidação das Leis do Trabalho, quando omissa”<sup>[39]</sup>.*

Verifica-se que permanecem extremamente sólidas as relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil, atualmente, de imbricação reforçada diante dos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade, que informam o Código Civil brasileiro de 2002. Como há omissão na legislação trabalhista acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance, torna-se perfeitamente aplicável a teoria e totalmente compatível com a CLT.

O legislador trabalhista, preocupado com a constante interseção entre o Direito do Trabalho e suas fontes, criou uma regra de Direito Hermenêutico, ao estabelecer, no artigo 8º da CLT, um comando extremamente elástico de diálogo com os demais mananciais de integração da norma jurídica. Ademais, o parágrafo único do art. 8º da CLT delega ao direito comum um caráter supletivo, a ser utilizado somente naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais de Direito do Trabalho.

De fato, a doutrina da perda de uma chance concilia-se com os princípios do Direito Laboral, na medida em que a ampliação do leque de reparação do dano injusto é harmônica ao ideal de melhoria da condição social do trabalhador. Lado outro, também valoriza a livre iniciativa, visto que o empregador também pode se valer do instituto para se ressarcir de eventuais oportunidades perdidas.

Desse modo, a teoria da perda de uma chance é compatível com a predestinação teleológica da legislação trabalhista, de oferecer maior tutela aos trabalhadores subordinados, ou seja, a doutrina coaduna-se com a vocação finalisticamente determinada da intervenção legislativa em prol do pólo mais frágil da relação laboral. Além disso, não há empecilhos legais à adoção da teoria pelo Direito do Trabalho brasileiro.

## 9. A aplicação jurisprudencial da teoria da perda de uma chance no direito do trabalho:

O primeiro caso de reparação pela perda de uma chance no Direito do Trabalho aceito pela Corte de Cassação Italiana ocorreu em 1983, quando determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Não obstante tenham se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos de participar das demais provas de direção e de cultura elementar, necessárias à conclusão do processo de admissão.

Na ação ajuizada, o juiz de primeiro grau reconheceu o direito dos autores de serem admitidos, desde que superassem as provas que não fizeram, condenando a empresa a indenizá-los pelo atraso no processo de admissão. O tribunal de Roma reformou a sentença, sob o argumento de que o dano decorrente da perda da chance não seria indenizável, por se tratar de um dano meramente potencial, não demonstrado de forma segura.

A corte de Cassação reformou o acórdão do tribunal, argumentando que a indenização pretendida pelos candidatos ao emprego se referia não à perda do resultado favorável, que seria a obtenção do emprego, mas, à perda da possibilidade de conseguirem referidos candidatos o resultado útil ao direito de participar das provas necessárias para

obtenção do emprego. Esta possibilidade já se integrara ao patrimônio daqueles candidatos, quando do comportamento ilícito da empresa, enquadrando-se a situação como dando emergente.

Como se viu o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance tem ganhado espaço na jurisprudência brasileira, entretanto, no Direito do Trabalho ainda é um tema bastante novo. O Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais inovou condenando uma empresa fundado na reparação de danos pela perda de uma chance, como se vê no caso a ser relatado neste artigo.

Acompanhando voto do desembargador Emerson José Alves Lage, a 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG deferiu indenização por dano material a um reclamante, dispensado de forma abusiva e ilícita, logo após ter sido aprovado em processo seletivo interno da empresa. Com a promoção o reclamante se transformaria em supervisor de vendas, cargo em que teria o salário dobrado. Assim, no entender do relator, o reclamante teve frustrada uma chance real de obter o esperado ganho salarial, ao ser injustamente dispensado sob a acusação de cometer falta grave. Por isso, faria jus à reparação patrimonial, pelo prejuízo consistente na perda dessa oportunidade.

No caso em tela, a empresa resolveu investigar se os empregados utilizavam seus acessos ao sistema informatizado para realizar recargas de créditos de suas próprias linhas de telefone celular. Segundo relatos de testemunhas, mesmo sabendo que as recargas no celular do reclamante não haviam partido do seu acesso, os prepostos da empresa o mantiveram retido numa sala por mais de uma hora e meia até que, não suportando a pressão, ele assinou sua carta de demissão do emprego.

No dia seguinte, voltou para pedir a reconsideração da sua demissão, mas diante da recusa da responsável pelo setor e ainda sob pressão, rasgou o documento que havia assinado. Após o incidente, foi dispensado por justa causa tipificada na letra “a” do artigo 482 da CLT, por destruir documento da empresa.

O juiz de 1º Grau reverteu a justa causa e declarou a rescisão indireta do contrato, porém indeferiu o pedido de indenização por danos materiais, ao fundamento de que a aprovação em teste de seleção para o cargo apenas criou a expectativa do direito à promoção. Desse entendimento, discordou o Desembargador relator e decisão da Turma se assentou no artigo 402 do Código Civil, pelo qual as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar, já que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance “tornaria indenizável a probabilidade séria de obtenção de um resultado legitimamente esperado que é obstado por ato ilícito praticado pelo agente ofensor” – explicou o relator.

Observa-se que o relator considerou que a reparação da perda de uma chance não se fundaria na certeza, mas sim, na probabilidade, na possibilidade real de ganhos patrimoniais, que foi ilicitamente obstruída. A indenização teria por objetivo reparar a perda da oportunidade em si mesma, e não os ganhos perdidos. Até porque, no caso, não há como quantificar, ao certo, esses ganhos, pois não se pode prever por quanto tempo o reclamante se manteria no cargo de supervisor.

Partindo desta linha de considerações e da chance real e séria perdida pelo reclamante, o relator condenou a empresa a pagar a rescisão contratual se baseando no novo salário de supervisor, que seria devido a ele em função da suposta promoção, dando provimento ao recurso do reclamante. A Turma condenou ainda a ré a anotar na CTPS do reclamante a função de supervisor de operação de tele vendas, sob pena de multa diária de R\$ 300,00, nos termos do artigo 461 do CPC. Foi também mantida a condenação da empresa ao pagamento de indenização no valor de 5 mil reais, pelos danos morais causados ao autor. (RO nº 01533-2007-112-03-00-5).

*“RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO - ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR - PERDA DE UMA CHANCE - DANO PATRIMONIAL INDENIZÁVEL. A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance torna indenizável a probabilidade séria de obtenção de um resultado legitimamente esperado que é obstado por ato ilícito praticado pelo agente ofensor. Se o reclamante tinha como justa e real a probabilidade de um ganho salarial decorrente de sua promoção ao cargo de supervisor de vendas da reclamada, porque aprovado em processo seletivo interno da empresa, mas viu perdida a chance de conquistar esse resultado em razão de ato ilícito praticado pelo empregador, quando da sua dispensa, manifestamente abusiva e ilícita, faz jus à reparação patrimonial decorrente deste ilícito. E aqui, independentemente dos ganhos perdidos, o que se indeniza é o prejuízo consistente na perda dessa oportunidade, a perda da chance real de alcançar a promoção legitimamente esperada”. (TRT-3ª Região - RO 1533-2007-112-03-00-5 - Acórdão COAD 127370 - Rel. Des. Emerson José Alves Lage - Publ. em 2-10-2008)*

Outro caso interessante aconteceu no ano de 2008, em São Paulo. Assim relatou o Desembargador José Ruffolo em acórdão unânime da 5ª Turma do TRT da 2ª Região:

*“a reclamada aceitou a matrícula do reclamante num dos cursos de nível superior da sua grade, acenando com a gratuidade do ensino que outorgava aos empregados. No dia seguinte, demitiu-o sem justa causa. Por claro que a atitude foi causadora de sofrimento, pois, em poucas horas, o reclamante tinha emprego e perspectiva de melhora nas condições de vida; em seguida, viu-se desempregado e, portanto, impossibilitado de estudar.”*

Em acórdão unânime da 5ª Turma do TRT da 2ª Região, decidiu-se pelo cabimento de indenização por dano moral em quebra de expectativa. O acórdão dos Desembargadores Federais do Trabalho da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-SP) foi publicado em 19/09/2008, sob o nº Ac. 20080766336. Processo. 00832200431702003.

Novamente em Minas Gerais, empregado impedido de participar de eleição para CIPA também obteve o direito à indenização por perda de chance. A 8ª Turma do TRT da 3ª Região manteve a condenação de uma empresa a pagar indenização pela perda de uma chance a um empregado dispensado às vésperas de registrar a sua candidatura a membro da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes). O direito à indenização pela “perda de uma chance” surge quando a vítima é privada da oportunidade de obter certa vantagem, por causa de ato ilícito praticado por terceiro. Ou seja, há prejuízo porque a vítima teria real possibilidade de um resultado favorável, se não fosse impedida pelo ofensor.

O reclamante era detentor de estabilidade no emprego até 30.11.08, por ter sido eleito membro da CIPA para o período 2006/2007. Ocorre que foi dispensado em 09.10.08, dois dias depois de publicado o edital que convocava os empregados para nova eleição de representantes da CIPA e um dia antes do início do prazo para registro das candidaturas, a partir de 10.10.08. A reclamada alegou que tudo não passou de uma coincidência e que não houve prova de que a rescisão tenha ocorrido para impedir o trabalhador de se candidatar para a CIPA.

De acordo com a desembargadora Cleube de Freitas Pereira, não há como deixar de presumir que a dispensa teve mesmo o objetivo de impossibilitar que o autor se inscrevesse para concorrer às eleições da CIPA 2008/2009 e, se eleito, adquirisse o direito a novo período de estabilidade. Isso porque, como ele já havia sido escolhido pelos colegas para o período 2006/2007 e permaneceu atuando na comissão no período 2007/2008, por indicação da própria reclamada, certamente por ter apresentado um bom desempenho, a chance de ele ser eleito para o pleito 2008/2009 era real. Além disso, como empregado estável, o autor somente poderia ser dispensado por justa causa, ou motivos técnicos, econômicos e financeiros. Por isso, a conduta da empresa foi ilícita e causou danos ao trabalhador. Concluiu a desembargadora:

*“Assinalo que a reparação da perda de uma chance não está diretamente ligada à certeza de que esta seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Ao revés do sustentado pela reclamada, não se pode pretender que a vítima comprove, inequivocamente, que obteria o resultado perdido, caso não tivesse ocorrido a conduta do ofensor. Exige-se tão-somente a probabilidade, sendo a prova da perda da chance feita por verossimilhança” [40].*

Portanto, diante das jurisprudências coletadas, verifica-se plenamente possível a aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil da Perda de uma chance no Direito Laboral.

## Conclusão:

O artigo teve por objetivo traçar um esboço sobre a Teoria da “Perda de uma chance”, fenômeno que ocorre quando alguém, por força de ato praticado por outrem, fica tolhido da oportunidade de obter um benefício ou de evitar um malefício.

Procurou-se demonstrar, em um primeiro momento, a evolução da responsabilidade civil. No Direito Contemporâneo, as hipóteses de danos ressarcíveis foram ampliadas em favor daquele que sofreu um dano injusto.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva imergem no Direito Civil, norteando as relações sociais e o sistema da responsabilidade civil.

Pode-se inferir que este sistema possui um paradigma solidarista, determinando sempre que possível a reparação da vítima pelos danos injustos suportados. Esta reparação deve sempre se dar de forma integral, sendo este mais um princípio que orienta o sistema da reparação de danos.

Analisaram-se os pressupostos da responsabilidade civil: uma conduta, um dano, o nexo de imputação e o nexo de causalidade. Ainda que sob uma nova ótica, a perda de uma chance preenche tais requisitos, sendo necessária, no entanto, a comprovação de causalidade entre a conduta e o dano da chance perdida.

Discutiui-se acerca da possibilidade de aplicação da Teoria da reparação civil fundada na perda de uma chance no Direito do Trabalho e conclui-se pela compatibilidade da teoria com o âmbito laboral.

Asseverou-se que a perda de uma chance constitui importante ferramenta da responsabilidade civil, capaz de ampliar as formas de reparação do dano injusto e, assim, requintar também a relação entre capital e trabalho, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, a ausência de previsão na legislação laboral, não há qualquer óbice para a reparação do dano da perda de uma chance, na medida em que a teoria vai ao encontro com os princípios do Direito do Trabalho, na medida em que a ampliação do leque de reparação do dano injusto é harmônica ao ideal de melhoria da condição social do trabalhador.

Para corroborar com a tese de plena aplicação da teoria, foram apresentadas jurisprudências que ilustram o papel da perda de uma chance nos casos concretos, tanto na esfera do Direito Comum, quanto no Direito do Trabalho.

Por fim, conclui-se que, apesar de ainda pouco difundida, a reparação civil baseada na perda de uma chance é plenamente palpável. Contudo, para que ocorra a obrigação de indenizar, é imprescindível que a chance seja séria e real, já que danos meramente hipotéticos ou eventuais não são indenizáveis, nem na esfera civil, nem na trabalhista.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.713-716.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1992.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: *Revista de Direito Privado*, ano 10, n. 40, out.-dez./2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições Cíveis no Direito do Trabalho: curso de Direito Civil aplicado ao Direito do Trabalho*. 3. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.38.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 745363/PR. Rel. Min. Luiz Fux. Publicado em 20 9 2007.

BRITO, Roberta Veras de Lima. A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro: evolução, posição doutrinária, posição jurisprudencial e admissibilidade. In: *Revista da ESMAPE*, v.12, n.26. Recife: jul./dez. 2007.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CARDONE, Marly A. A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. *Repertório IOB de Jurisprudência*, Set.1993, p. 322.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COUTO E SILVA, Clóvis. Responsabilidade alternativa e acumulativa. In: *O direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, org. de FRADERA, Vera Maria, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRUZ, Adenor José da. Responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance de um direito demandado, em juízo, investigada sob a luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência. In: *Repertório de jurisprudência IOB*, nº 03/2010, v. 3, 1ª quinzena de fevereiro de 2010.

DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale deçça responsabilità civile*, 2. ed., v.2. Milano: Giuffrè, 1966. apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 20040111230184. Rel. Des. Jaime Eduardo Oliveira. Publicado em 26 7 2007.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: *Revista Jurídica*, ano 54, nº 349, novembro de 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da Perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 0(out./nov.2007) Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2007. GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: *Revista dos Tribunais*, ano 94, volume 840, outubro de 2005.

KOPPER, Maria Fernanda Álvares. Responsabilidade civil do empregador pela perda de uma chance no direito do trabalho. In: *Justiça do Trabalho*, ano 26, nº 306. Porto Alegre: HS Editora, junho de 2009.

LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. 10. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1932.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 119 e120.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MAZEAUD, Henri et Leon; TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile. Délictuelle et Contractuelle*. 5.ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1958, tome.1.

MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. In: *Justiça do Trabalho*, ano 24, nº 279. Porto Alegre: HS Editora, março de 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 1533-2007-112-03-00-5. Acórdão COAD 127370. Rel. Des. Emerson José Alves Lage. Publicado em 2 10 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - [RO nº 01405-2008-077-03-00-0](#) - Publicado em 22 de Julho de 2009.

MORAES, Maria Celina de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil. In: *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e*

*aplicações específicas*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em: <[http://publique.rdc.pucrio.br/direito/media/Bodin\\_n29.pdf](http://publique.rdc.pucrio.br/direito/media/Bodin_n29.pdf)>acesso em: 30/09/2011.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações- fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº0010705 71.2004.8.19.0209. Recorrente: Diego Rasga Calazans. Recorrido: DWB Projetos e Empreendimentos Ltda. Relator: Desª. Cristina Tereza Gaulia. Julgado em 26.09.2007. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 05.09.2011

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70.020.549.648. Acórdão COAD 124762 - Relator Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Publicado em 4 3 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Turmas recursais cíveis. Recurso Cível Nº 71001763796. Recorrente: Rafael de Moura Krugel. Recorrido: Victor Razzera & Cia. Ltda. Relator: João Pedro Cavalli Junior. Julgado em 18.12.2008, Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 05.09.2011.

RODRIGUES, Sílvio.*Direito Civil*. v. 4, 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil.São Paulo: Saraiva, 2003.p. 14

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1130956300. Recorrente: Joaquim Dias Machado Neto. Recorrido: Antonio Wilson Pereira. Relator: Sá Duarte. Julgado em 28.01.2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 15.09.2011.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-SP), sob o nº [Ac. 20080766336](#). Processo. 00832200431702003. Publicado em 19 09 2008.

SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile em droit français*, 2. ed., v. 1.LGDJ, 1951, apud DINIZ, Maria Helena.*Curso de direito civil brasileiro*, v.7:responsabilidade civil, 19ª ed. rev. e atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 40

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. ***Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil***. São Paulo: Atlas, 2007, p. 79

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.272.

## Notas:

[1] LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 119 e120.

- [2] SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile em droit français*, 2. ed., v. 1.LGDJ, 1951, apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v.7: responsabilidade civil, 19ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 40.
- [3] RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 4, 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil.São Paulo: Saraiva, 2003.p. 14.
- [4] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.70.
- [5] NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 468-469.
- [6] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 71.
- [7] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 70.
- [8] AGUIAR DIAS, José de. ***Da responsabilidade civil***. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.713-716.
- [9] SCHREIBER, Anderson. ***Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil***. São Paulo: Atlas, 2007, p. 79.
- [10] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 49 e 50.
- [11] Nesse sentido: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 346; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2007., p. 583; RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 76.
- [12] Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.
- [13] COUTO E SILVA, Clóvis. Responsabilidade alternativa e acumulativa, in *O direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. FRADERA, Vera Maria(org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.236.
- [14] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.p. 66.
- [15] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.30
- [16] FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: *Revista Jurídica*, ano 54, nº 349, novembro de 2006, p. 90 e 91.
- [17] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.173 e 144.
- [18] VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil, les obligations, a responsabilité*: effets, sous la direction de Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 1988, p. 82, apud SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 200.
- [19] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.194.
- [20] SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 109.

- [21] MAZEAUD, Henri et Leon; TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile. Délictuelle et Contractuelle*. 5.ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1958, tome.1.
- [22] LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. 10. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1932.
- [23] SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83.
- [24] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.272.
- [25] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 77.
- [26] NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p.664-668.
- [27] SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- [28] SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- [29] SILVA, Rafael Pateffi da. *Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- [30] RIO GRANDE DO SUL. Turmas recursais cíveis. Recurso Cível Nº 71001763796. Recorrente: Rafael de Moura Krugel. Recorrido: Victor Razzera & Cia. Ltda. Relator: João Pedro Cavalli Junior. Julgado em 18.12.2008, Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 05.09.2011.
- [31] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº0010705 71.2004.8.19.0209. Recorrente: Diego Rasga Calazans. Recorrido: DWB Projetos e Empreendimentos Ltda. Relator: Desª. Cristina Tereza Gaulia. Julgado em 26.09.2007. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 05.09.2011.
- [32] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1130956300. Recorrente: Joaquim Dias Machado Neto. Recorrido: Antonio Wilson Pereira. Relator: Sá Duarte. Julgado em 28.01.2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 15.09.2011.
- [33] SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 86.
- [34] SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.
- [35] 78 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003. p.668-669.
- [36] DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale deçça responsabilità civile*, 2. ed., v.2. Milano: Giuffrè, 1966. apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22.
- [37] CARDONE, Marly A. *A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. Repertório IOB de Jurisprudência, Set.1993, p. 322.
- [38] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

[39] BELMONTE, Alexandre Agra. Instituições Civis no Direito do Trabalho: curso de Direito Civil aplicado ao Direito do Trabalho. 3. ed. Atual. de acordo com o novo Código Civil e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.38.

[40] Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - RO nº 01405-2008-077-03-00-0 - Publicado em 22 de Julho de 2009

## Informações Sobre os Autores

### *Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas*

Doutoranda em Direito Privado pela PUC Minas. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora de Direito da Faculdade João Alfredo de Andrade e da Faculdade Del Rey. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação a Distância pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público – Ciências Criminais. Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC. Tutora em EAD de Direito do Consumidor e Propriedade Intelectual. Advogada

### *Carlos Brandão Ildefonso Silva*

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo IEC-PUCMINAS. Mestrando em Direito Privado pela PUCMINAS. Professor do Instituto Metodista Izabela Hendrix. Advogado

### *Cesar Leandro de Almeida Rabelo*

Bacharel em Administração de Empresas e em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Docência no Ensino Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo CEAJUFE - Centro de estudos da área jurídica federal. Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Advogado do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade FUMEC. Professor da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira - FUNCESI, Faculdades Del Rey - UNIESP e Polícia Militar de Minas Gerais.

(Fonte:

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10769&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10769&n_link=revista_artigos_leitura))

## 3. PUNIÇÃO DO ADVOGADO

Perda de chance séria e real deve ser indenizada

10 de setembro de 2011, 4h01

### Por Andressa Barros Figueredo de Paiva

O tema da responsabilidade civil do advogado frente à teoria da perda de uma chance é assunto ainda pouco discutido no ordenamento jurídico brasileiro e é rara a jurisprudência que trate da questão. É preciso analisar a responsabilidade do advogado na esfera civil, em seguida a teoria da perda de uma chance e sua aplicação em alguns julgados que abordaram esta tese com o objetivo de auxiliar na definição de parâmetros razoáveis quando o advogado, no exercício de sua profissão, perde uma oportunidade real de produzir um melhor resultado para seu cliente.

A natureza jurídica da prestação de serviços advocatícios é contratual. O mandatário (advogado) deve buscar todos os meios possíveis para obter o melhor resultado e atender aos interesses do mandante (cliente), tanto na tutela judicial quanto extrajudicial.

É sabido que a obrigação do advogado é de meio e não de fim. O advogado deve, portanto, praticar todos os atos necessários e possíveis para melhor representar os interesses de seus clientes, mas não está obrigado ao êxito da demanda. Portanto, não se pode imputar ao patrono nenhuma responsabilidade pelo insucesso da causa, se restar provado que ele agiu correta e zelosamente no curso da demanda.

Certamente que além da responsabilidade civil o advogado também poderá responder na esfera disciplinar, nos termos da Lei 8.906/94, pelas infrações que cometer e também poderá responder na esfera criminal, como nos casos de quebra de sigilo profissional, tergiversação ou o patrocínio infiel.

A Lei 8.906/94 prevê, em seu artigo 32, que o advogado será responsabilizado por dolo ou culpa, pelos prejuízos causados.

O que é preciso discutir um pouco mais é a proporção do suposto dano causado por advogado ao seu cliente quando ele deixa de agir oportunamente ou, agindo, o faz de forma equivocada ou incompleta e efetivamente perde a chance de praticar um ato que poderia ser uma oportunidade de obtenção de melhor resultado àquele que o contratou.

## A teoria da perda de uma chance

Para melhor compreender a questão da responsabilidade civil do advogado relacionada à teoria da perda de uma chance é preciso esclarecer alguns aspectos relevantes sobre o assunto:

### O que se entende por teoria da perda de uma chance?

A teoria da perda de uma chance (**perte d'une chance**) surgiu na França, a partir da década de 60 do século passado.

A perda de uma chance é considerada por muitos doutrinadores, como Sílvio de Salvo Venosa, uma terceira modalidade de dano patrimonial — intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante. Estes doutrinadores baseiam-se no posicionamento de que a vantagem que se espera alcançar é atual; no entanto, é incerta, pois o que se analisa é a potencialidade de uma perda e não o que a vítima efetivamente deixou de ganhar (lucro

cessante) ou o que efetivamente perdeu (dano emergente). Assim, existe um dano atual e "hipotético".

Relevante destacar que o que se deve levar em conta para a fixação do **quantum** é a chance em si, e não o que a vítima poderia ter recebido.

O dano patrimonial, para efeitos de indenização, deve ser atual e certo, de forma a facilitar o cálculo dos valores devidos a título de perdas e danos.

É o caso, por exemplo, da perda do prazo para contestar a ação ou para interpor um recurso. A obrigação de meio não foi cumprida pelo advogado e, portanto, responderá pela perda estimada e não pelo valor integral do dano final, já que seu cliente perdeu a oportunidade de defender-se em 1ª Instância ou de reverter decisão já desfavorável em segunda instância.

## Nexo de causalidade

Há algumas peculiaridades no nexo causal e na qualidade do dano, sem as quais a obrigação de reparar pela chance perdida não se configura.

O nexo de causalidade, no que diz respeito à teoria da perda de uma chance, se forma entre o ato ilícito praticado pelo agente (advogado) e a chance perdida por seu cliente. Sendo assim, deve restar demonstrado que a conduta ilícita praticada pelo advogado impediu que o cliente tivesse a oportunidade de obter determinada vantagem.

## A chance indenizável e a apuração do seu valor

Nesta linha de raciocínio, impende ressaltar que não é toda e qualquer chance perdida que levará a uma indenização. Somente a chance séria e real poderá ser indenizável.

Por chance séria e real entende-se aquela que efetivamente é fundamentada na probabilidade e na certeza, isto é, na probabilidade de que haveria um ganho e na certeza de que a vantagem perdida resultou num prejuízo na busca desse ganho.

Explica o professor Luiz Carlos de Assis Jr, em seu estudo sobre a “Responsabilidade do Advogado na Teoria da perda de uma chance”:

“Isso não significa, porém, que as chances inferiores a 50% careçam de seriedade, mas que deve ser analisada com rigor redobrado, sob pena de se estabelecer condições absolutas incompatíveis com a incerteza inerente ao Direito. Ademais, não se vê grande diferença em uma chance equivalente a 49% e outra igual a 50%”.

Em posicionamento contrário, Sérgio Savi entende que apenas a chance cuja probabilidade de sucesso na percepção da vantagem final fosse superior a 50% deva ser reparada quando perdida. Se a vítima não provar, porém, que sua chance era de, no mínimo 51%, seu pleito será improcedente, pois, “na presença de um percentual desfavorável superior àquele favorável, não há razão alguma que possa justificar a prevalência da segunda sobre a primeira e, assim, o ressarcimento de um dano não demonstrado”. [\[1\]](#)

No contexto da responsabilidade do advogado, as condições preexistentes consistem de fatos e circunstâncias que levam o cliente a buscar os serviços advocatícios. Essa possibilidade medida é que constitui a oportunidade – a chance – do cliente, e o seu valor será baseado na força das razões fáticas e jurídicas que sustentariam a sua pretensão.

Um dos aspectos mais relevantes no que diz respeito à apuração do valor da indenização por perda de uma chance é que, comprovada a desídia do advogado, o ressarcimento nunca será igual ao dano final, caso contrário não se estaria indenizando a chance perdida e sim o próprio dano.

É o que ensina Rafael Peteffi Silva: “O valor da indenização por perda de chance será sempre inferior ao da vantagem final definitivamente perdida.”<sup>[2]</sup>

A fixação desse valor, contudo, não pode ser arbitrária: “Diz-se, comumente, que deve [o juiz] seguir determinados critérios preestabelecidos, na lei, na doutrina ou na própria jurisprudência, os quais deverão nortear a (complexa) tarefa de quantificar, nos seus mais diversos aspectos, os danos à pessoa. Por outro lado, e mais relevante, os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos, devendo, porém, ser sempre explicitados, de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle de racionalidade da sentença. Esta é a linha que separa o arbitramento da arbitrariedade.”<sup>[3]</sup>

O julgador, fundamentado na equidade, precisará decidir se a chance perdida é séria, atual e certa a ponto de merecer reparação.

Além disso, para definir o valor da indenização será preciso considerar os graus de probabilidade de êxito do cliente se o advogado tivesse efetivamente cumprido os prazos, considerando também a fase em que se encontra o processo e o entendimento majoritário relacionado ao objeto da ação.

## Hipóteses e jurisprudência

Não propositura de ação antes da consumação do prazo prescricional (especialmente depois da alteração legal que permite ao julgador, de ofício, se manifestar sobre a prescrição): O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na AC 1.0540.04.001229-1/001, entendeu que “não se pode considerar que o simples fato de um advogado deixar de propor uma ação, gere uma indenização pela perda de uma chance”, afinal, “a chance perdida deve ser certa e isenta de dúvidas, do contrário, ausente o dever de indenizar”.

Não comparecimento de advogado em audiência ou não apresentação de contestação no prazo legal, acarretando a aplicação dos efeitos da revelia: Importante considerar que dependendo da oportunidade perdida pelo advogado, como é o caso de não apresentação de defesa ou ausência em audiência, em uma causa onde as versões fáticas são controvertidas, a influência no resultado será uma. Se apenas questões de direito são discutidas, esta influência pode ser outra. Isto deve ser levado em consideração quando da quantificação do valor a ser indenizado.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. SENTENÇA DESFAVORÁVEL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, NÃO DE RESULTADO. AUSÊNCIA

DO CAUSÍDICO À AUDIÊNCIA. Para fixar-se a responsabilidade civil do advogado o juiz deve examinar a repercussão da omissão ou ato praticado e sua influência no resultado da demanda. Ainda, deve verificar as possibilidades de êxito do cliente. Confissão ficta aplicada em causa solvida em prova documental, exceto quanto à ocorrência de justa causa para a despedida. Todavia, é sabido que o depoimento pessoal, sem outros elementos, faz prova contra o depoente. Assim, conclui-se que a omissão do advogado não acarretou o decaimento. Não reconhecimento da responsabilidade civil. Recurso provido. (TJ RS. AP. Nº 71000513929. 3ª trc-jec. REL. DES. MARIA JOSÉ SCHMITT SANTANNA).

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA DE ADVOGADO, QUE SERIA RESPONSÁVEL PELA REVELIA E INTERPOSIÇÃO INTEMPESTIVA DE APELAÇÃO. Prova que só permite concluir pela culpa do profissional na última hipótese. Perda de uma chance. Possibilidade de indenização. Necessidade, porém, da seriedade e viabilidade da chance perdida. Circunstâncias não presentes na espécie. Acolhimento do pedido apenas para condenação do profissional ao ressarcimento dos honorários pagos pelos autores e preparo do recurso intempestivo. Apelo em parte provido. (TJRS, apelação cível nº 70005635750, 6ª câmara cível, rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. Em 17/11/2003).

## Perda de prazos para interposição de recursos

O Tribunal de Justiça de São Paulo (AC 875850/5, da 31ª Câmara Cível, São Paulo, SP, 30 de setembro de 2008) decidiu: "a constatação da probabilidade de que o recurso seria provido, caso interposto, leva ao reconhecimento da existência do dano a justificar a reparação".

Na AC 70024478000 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que os "advogados não interpuseram o recurso de apelação por questão de prudência e cautela, sobretudo **porque a jurisprudência era majoritariamente contrária aos interesses da sua cliente**". Afastou-se, então, a reparação por perda de chance.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DEFICIENTE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXIGÊNCIA DE PROVA DE DOLO OU CULPA, ESTA GRAVE E INESCUSÁVEL A JUSTIFICAR RESPONSABILIZAÇÃO. A obrigação do profissional do direito é de meio e não de resultado, dependendo a responsabilidade civil da verificação de culpa (art. 159, do CC de 1916, e art. 14, § 4º, do CDC). Não havendo prova de que o profissional liberal haja obrado com culpa grave, ou errado grosseiramente, não há se falar em responsabilização. Não se tipifica desídia, negligência ou abandono da causa o não uso de todos os recursos ou prazos processuais, quando os pertinentes foram utilizados. Dir-se-á, inclusive, que a insistência, não raras vezes, provocando retardamento do feito, pode até tipificar litigância temerária, quando então sim poderia gerar responsabilização. Apelação desprovida. (TJRS. AP. Nº 70008064180. 9ª CC. REL. DES. MARILENE BONZANINI BERNARDI).

*"A perda de prazo para apelar, por comprovada desídia do advogado empregado de sindicato que defendia os interesses do associado em ação de mandado de segurança*

*não constitui automaticamente um dano material comum concretamente constatável, vez que jamais se saberá qual seria o pronunciamento do tribunal no julgamento do recurso se este tivesse sido tempestivamente interposto, caso em que a ação indenizatória só poderia, em tese, ter probabilidade de êxito se tivesse por causa de pedir a perda de uma chance, em que é admissível o arbitramento do valor da reparação levando-se em conta a perda, pelo cliente, da possibilidade de ter a sua causa reexaminada pelo órgão ad quem, não podendo esse valor corresponder ao benefício por ele ali perquirido (dano emergente) ou ao que efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante). Agravo retido conhecido e não provido e apelação conhecida e provida. (TJMA - AC 7221/2006 - 1ª C.Cív. - Rel. Desemb. Jamil de Miranda Gedeon Neto - J. 04.06.2007)"*

Entendimento recente do STJ sobre a teoria da perda de uma chance:

*"A teoria de perda de uma chance (**perte d'une chance**) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas. Nos casos em que se reputa essa responsabilização pela perda de uma chance a profissionais de advocacia em razão de condutas tidas por negligentes, diante da incerteza da vantagem não experimentada, a análise do juízo deve debruçar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo eventualmente perdida por desídia do causídico. Assim, não é só porque perdeu o prazo de contestação ou interposição de recurso que o advogado deve ser automaticamente responsabilizado pela perda da chance, pois há que ponderar a probabilidade, que se supõe real, de que teria êxito em sagrar seu cliente vitorioso. Na hipótese, de perda do prazo para contestação, a pretensão foi de indenização de supostos danos materiais individualizados e bem definidos na inicial. Por isso, possui causa de pedir diversa daquela acolhida pelo tribunal **a quo**, que, com base na teoria da perda de uma chance, reconheceu presentes danos morais e fixou o **quantum** indenizatório segundo seu livre arbítrio. Daí, é forçoso reconhecer presente o julgamento **extra petita**, o que leva à anulação do acórdão que julgou a apelação. Precedentes citados: REsp 1.079.185-MG, DJe 4/8/2009, e REsp 788.459-BA, DJ 13/3/2006. [REsp 1.190.180-RS](#), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010. (g.n)"*

## Não pagamento de custas

O não recolhimento das custas ou o seu recolhimento irregular, especialmente nas ações de juizados especiais cíveis onde o entendimento majoritário é pela não abertura de prazo para regularização, poderá causar o não recebimento do Recurso, ainda que tempestivamente interposto.

O Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do TJ SP, no Recurso Inominado nº 30359, da 1ª Turma, São Paulo, SP, 19 de dezembro de 2007, entendeu que a mera extinção de embargos à execução por falta de recolhimento de custas não justifica a

reparação por perda de chance, ainda mais porque, **in casu**, "encontraria óbice na mínima, quiçá nenhuma, possibilidade de êxito dos embargos".

## Não ajuizamento de ação rescisória

Vislumbra-se, ainda, a hipótese do não ajuizamento da ação rescisória no prazo decadencial de dois anos, o que acarretaria a perda da oportunidade de invalidar uma decisão transitada em julgado, desde que o advogado tenha sido devidamente contratado para tanto.

Por outro lado, se a falta de ajuizamento da ação rescisória pode gerar responsabilidade por perda de chance, a sua propositura pode afastar a responsabilidade do advogado pela chance perdida em recurso intempestivo.

Foi essa a linha de raciocínio aplicada pelo STJ no AI 932.446/RS, ao decidir que o advogado que propõe ao cliente a propositura de ação rescisória – como forma de reparar o erro do qual resultou a perda da chance – afasta a sua responsabilidade pela perda do prazo recursal:

*"AGRAVO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. ADVOGADO QUE PERDE PRAZO RECURSAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO FORMULADO POR SEU CLIENTE COM BASE NA PERDA DE UMA CHANCE. Acórdão vergastado reconhecendo que a ação rescisória proposta por clientes em situação idêntica resultou exitosa. Fundamento não atacado. Deficiência na fundamentação. [...]. negado provimento ao agravo de instrumento. STJ, AI 932.446/RS, Decisão Monocrática, Brasília, DF, 29 de outubro de 2007."*

Diante do exposto é possível identificar que para que a chance seja indenizável ela precisa ser séria, real e o critério para definição do valor a ser indenizado deve ponderar a chance que se perdeu, o ato ilícito praticado e o suposto resultado a ser alcançado, caso a chance não tivesse sido perdida.

Diante das exposições feitas acima, conclui-se que:

- I. Para que o advogado possa ser responsabilizado na teoria da perda de uma chance é necessário que restem demonstrados os elementos: culpa, ato ilícito, perda da chance de auferir uma vantagem futura e causalidade entre o ilícito e a interrupção dos fatos que poderiam desembocar na vantagem final esperada.
- II. Na quantificação da reparação pela perda de chance, esse valor não pode alcançar o valor máximo da vantagem final pretendida e, quando for impossível calcular matematicamente este valor, o juiz o fixará por arbitramento.
- III. A jurisprudência e a doutrina ainda não são pacíficas em relação ao tema, porém é possível afirmar que a teoria da perda de uma chance já é aceita no ordenamento jurídico brasileiro e que a chance séria e real deve ser indenizada considerados os critérios de razoabilidade para aferição de seu valor.

## Referências bibliográficas

ANDRADE, Paulo Roberto; JUNIOR, Ricardo Zamariola. A teoria da perda de uma chance: <<http://www.jornalcardiol.br/2003/maijun/paginas/diretoria/juridico/default.asp>

CORREIA, Jadson Dias. **Responsabilidade Civil do Advogado.**

<<http://www.proteus.limeira.com.br/jurinforma/portal.php?cod=4&grupo=notasd&p=4>>

BORTOLUZZI, Bibiana Carollo; <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8250/a-perda-da-chance-e-a-responsabilizacao-do-advogado>.

JUNIOR, Luiz Carlos de Assis; <http://santoscâmara.com.br/br/artigos/354-a-responsabilidade-civil-do-advogado-na-teoria-da-perda-de-uma-chance.html>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Volume III.** 10ª edição. São Paulo: Editora Forense, 2001.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil. Volume Quatro.** 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit. p. 137

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 270.

---

[1] SAVI, Sérgio. Op. cit. p. 257.

[2] SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit. p. 137

[3] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 270.

*Andressa Barros Figueredo de Paiva é advogada especialista em Direito das Relações de Consumo e sócia do Fragata e Antunes Advogados.*

Revista Consultor Jurídico, 10 de setembro de 2011, 4h01

(Fonte: <http://www.conjur.com.br/2011-set-10/perda-chance-seria-real-indenizada-conforme-razoabilidade>)

# 4. O erro de diagnóstico médico e a teoria da perda de uma chance: linhas sobre a questão indenitária

**Talita Jaroskievicz Rinaldi, Zilda Mara Consalter**

*Resumo: O estudo objetiva prescrever a possibilidade de responsabilização do médico pela perda de uma chance quando houver erro de diagnóstico. À luz do método dedutivo, avalia-se os conceitos gerais da responsabilidade civil médica e do erro de diagnóstico, bem como da perda da chance para chegar à análise de aspectos entrecruzados sobre ambos os assuntos.*

*Palavras-chave: Responsabilidade civil. Médico. Erro de diagnóstico. Perda de uma chance.*

*Sumário: 1. Introdução. 2. Da atividade médica. 2.1. Da natureza jurídica da relação médico-paciente. 2.2. Dos direitos e deveres jurídicos dos sujeitos. 2.3 Da conduta ética profissional. 3. Da responsabilidade civil médica. 3.1. Origem histórica e evolução. 3.2. Espécies de responsabilidade civil médica. 3.2.1. Culpa médica e desdobramentos da atividade. 3.2.2. Da culpa médica, erro médico e erro profissional. 3.2.3. Do erro de diagnóstico. 3.3 Excludentes da responsabilização médica. 4. Da responsabilidade civil pela perda de uma chance. 4.1. Sobre a teoria da perda de uma chance. 4.2. Natureza jurídica da responsabilidade pela perda de uma chance. 4.3. A responsabilidade pela perda de uma chance no direito brasileiro. 5. Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na seara médica. 6. Considerações finais. Referências.*

## 1. Introdução

A aplicação da teoria da perda de uma chance em erro de diagnóstico médico – temática deste estudo - é bastante controversa, tendo em vista a necessidade de análise da sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, bem como a falta de discussão sobre a sua natureza jurídica. Questionam-se doutrina e jurisprudência acerca do seu cabimento e também da sua diferenciação para com o dano hipotético.

Assim considerando, pertinente se faz averiguar quais os parâmetros lógicos para a aplicação de tal teoria, sem que se enverede para a seara da tão atualmente criticada “indústria do dano”.

Importante, ainda, a identificação do erro de diagnóstico e as hipóteses em que autorizam indenizações para que, então, possa ser analisada a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance quando ocorrer este tipo de circunstância.

É certo que não seria possível fincar-se um norte extremamente seguro acerca do instituto da perda de uma chance, mas este estudo – que não tem o condão de exaurir o

assunto, diga-se de passagem – pretende traçar alguns parâmetros da sua aplicação, de modo que, quando ela ocorra, tal se dê de modo adequado e pertinente.

Espera-se, deste modo, que este ensaio se perfaça em linhas de útil e agradável leitura.

## 2. Da atividade médica

A atividade do médico tem por fim a prevenção de males que acometem o ser humano ou, ainda, a preservação do seu estado de saúde, sendo assim uma atividade socialmente imprescindível.

O caráter de fundamentalidade dessa profissão resta reconhecido por todos e se mostra destacado no próprio preâmbulo de seu Código de Ética:

*"Enquanto profissão, a Medicina visa prevenir os males e à melhoria dos padrões de saúde e de vida da coletividade".*<sup>[1]</sup>

### 2.1. Da natureza jurídica da relação médico-paciente

Há certa divergência entre os doutrinadores quanto à natureza jurídica da relação médico paciente: para uns, é um contrato de prestação de serviços e, para outros, é um contrato *sui generis*, pois o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos. Além disso, coloca-se numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares.<sup>[2]</sup>

No entanto, mesmo os que entendem ter natureza contratual, não desconsideram o fato de que, “[...] que poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato: o médico que atende alguém desmaiado na rua, *v.g.*”<sup>[3]</sup>

Dentre os que negam a contratualidade pura da relação, está Hildegard Taggesell Giostri, que cita nove situações capazes de modificar a natureza da responsabilidade médica, transpondo-a para o campo da extracontratualidade<sup>[4]</sup>.

No entanto, deve-se considerar que mesmo na extracontratualidade, com o atendimento, o médico passa, de imediato, a ter obrigação contratual com o paciente, em razão de seus deveres morais e ético-profissionais. Por isso o profissional médico necessita observar as regras que regem seu trabalho, seja por força de lei, do comportamento ético ou de contrato,<sup>[5]</sup> que inegavelmente impõem direitos e deveres aos atores desta relação.

### 2.2. Dos direitos e deveres jurídicos dos sujeitos

Como alhures afirmado, é inegável que da relação médico-paciente, resultam conseqüências de ordem social e profissional. No entanto, ao contrário do que o leigo poderia concluir, por tratar-se de relação, também, de cunho jurídico, vários são os direitos e deveres havidos entre ambos.

Fernanda Schaefer é quem traz de modo mais adequado a enumeração dos direitos e deveres do profissional médico, tendo esta cunho meramente didático e não exaustivo:

Dentre os **deveres do profissional médico**, pode-se citar: informar e aconselhar a fim de que o paciente esteja ciente e de acordo com as suas condições e o tratamento a ser realizado (artigo 59 do Código de Ética); assistência; perícia, prudência e diligência; ouvir o paciente e interrogá-lo sobre seus sintomas a fim de chegar a um diagnóstico preciso; recomendar o melhor tratamento, explicando, inclusive, a técnica a ser utilizada; manter-se informado sobre o quadro clínico do paciente; dever de vigilância; dever de sigilo (artigo 11 do Código de Ética); dever de guardar a vida humana (artigo 6º do Código de Ética); dever de aperfeiçoamento constante, principalmente na área do diagnóstico que passa por transformações constantes devido ao desenvolvimento de novas tecnologias.[6]

Quanto aos **direitos dos médicos**, eles restam elencados nos artigos 20 e seguintes do Código de Ética, podendo-se destacar os seguintes: tratar sem limitação da escolha dos meios de diagnósticos e de tratamento (artigo 16 do Código de Ética); direito de poder exercer sua profissão sem ser discriminado (artigo 35 do Código de Ética); indicar o procedimento que achar mais adequado, respeitando as normas reguladas pelos órgãos de fiscalização da profissão (artigo 21 do Código de Ética); direito de apontar as falhas nessas normas e demais regulamentos (artigo 22 do Código de Ética); direito de recusar exercer sua profissão em instituições que não lhe ofereçam as mínimas condições de trabalho (artigo 23 do Código de Ética); direito de suspender suas atividades por falta de pagamento dos salários, salvo no que diz respeito ao atendimento de casos de urgência e emergência (artigo 24 do Código de Ética); direito de internar o paciente em hospital que este escolheu, mesmo que não faça parte do corpo clínico (artigo 25 do Código de Ética); requerer desagravo público (artigo 26 do Código de Ética); recusar a realização de atos que, embora sejam permitidos, estejam em desacordo com sua consciência (artigo 28 do Código de Ética); dedicar o tempo que achar necessário ao atendimento de seu paciente (artigo 27 do Código de Ética); direito de, nos casos de iminente perigo de vida, contrariar a família do paciente ou seu responsável e direito de não continuar a prestar assistência se suas prescrições não estiverem sendo cumpridas pelo paciente.[7]

Do prisma dos pacientes, também é importante destacar que possuem na relação obrigações e benesses.

São seus **deveres**: remunerar o seu médico; cumprir as prescrições médicas, sob pena de perder a assistência do seu médico; fornecer dados corretos sobre seu histórico clínico e familiar para a condução de um diagnóstico correto e dever de informar seu médico sobre o cumprimento, ou não, de suas recomendações ou sobre reações adversas daquelas esperadas.[8]

Ter preferência sobre a pessoa sadia; ser tratado com dignidade e respeito; direito à assistência contínua, eficiente e qualificada; assistência religiosa; direito de manter relacionamento pessoal com o médico e seus auxiliares; direito à verdade e informação sobre seu estado de saúde e formas de tratamento; direito de acesso aos seus prontuários; direito ao segredo profissional quanto à sua doença; direito à justiça social e à igualdade de tratamento; escolher o médico e de ser informado sobre sua especialidade e qualificações; direito de recorrer ao Judiciário e aos Conselhos Regionais de Medicina sempre que se sentir lesado ou ameaçado; direito de gravar ou filmar atos médicos; solicitar à Junta Médica que se reúna para discutir sobre sua doença; recusar determinados tratamentos e

direito de visita de seus parentes e de acompanhante durante sua internação<sup>[9]</sup>, são os principais **direitos dos assistidos** pelo profissional da Medicina.

### 2.3. Da conduta ética profissional

Embora seja um dever de ordem geral, bem como inerente à atividade, deve-se destacar que a prática traz consigo a discussão sobre a ética, pois existem questões externas à ciência médica. As respostas às questões “que sentido dar ao trabalho”, “o que fazer”, ou “a quem servir” com os conhecimentos médicos adquiridos, não podem ser encontradas em nenhum manual de medicina.<sup>[10]</sup>

Alberto Moreira cita cinco objetivos éticos a serem buscados pelo médico, a saber: o bem do paciente em primeiro lugar; preservar a vida; não prejudicar o paciente por quaisquer meios; respeitar a dignidade e a liberdade da pessoa; ser digno da confiança nele depositada.<sup>[11]</sup>

Esses, por sua vez, dão origem aos princípios da ética médica, a saber: humanidade; autodeterminação e responsabilidade. O primeiro princípio diz respeito ao mínimo desejado no que se refere ao tratamento do indivíduo. O segundo está relacionado ao direito que o médico tem de decidir por si mesmo. Ressalta-se que há limites à sua autodeterminação, tendo em vista os direitos do paciente. O último consiste na obrigação de responder pelas ações empregadas pelo profissional, que são inúmeras, devido à avançada tecnologia.<sup>[12]</sup>

Além dos direitos e deveres já resumidamente trazidos acima, há também algumas vedações ao profissional da Medicina, estando as mesmas previstas nos artigos 46 a 55 e 122 a 140 do Código de Ética Médica.<sup>[13]</sup>

## 3. Da responsabilidade civil médica

*“Do organismo humano, com suas particularidades ligadas às condições subjetivas e genéticas, à idade, ao sexo, aos fatores climáticos e topográficos, aos efeitos excepcionais da moderna farmacopéia e, também, à inteligência e capacidade do médico, extrai-se a ilação de que o absoluto no campo da medicina quase não existe. É extremamente difícil exarar juízo sobre a culpa profissional individual. A certeza, quase sempre, é substituída por avaliação probabilística”<sup>[14]</sup>.*

Por isso, há a imperiosa necessidade de avaliação do caso concreto, com a observação de suas peculiaridades, a fim de se aferir a existência ou não de responsabilidade por parte do médico, em se constatando eventual dano ou prejuízo a paciente que tenha atendido.

Algumas questões merecem, portanto, ser analisadas nesta seara, de modo que se chegue, quando necessário, a um adequado entendimento/posicionamento sobre a responsabilidade civil médica.

### 3.1. Origem histórica e evolução

Desde o começo da prática da Medicina o médico responde pelos seus atos. “A responsabilidade daquele profissional surgiu, historicamente, com as mais primitivas legislações.”[15]

É noção comum que na Antiguidade a atividade médica estava ligada à religião, pois o médico era considerado “um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais.”[16] Mesmo nesta fase o médico já era considerado responsável pelos atos que não levavam à cura do enfermo.

Algumas codificações tratavam da responsabilidade do médico, sendo as principais: o Corpo de Leis do rei Urukagina, de Lagos, no terceiro milênio da era pré-cristã; a coleção de Leis do rei Ur-Namur (2111-2084 a.C.); o Código de *Lípsit Isthar de Isin* (1934-1924 a.C) e as Leis de *Eshnumma*, do Rei Dadusha (1875-1787 a.C.).[17]

O Código de Hammurabi, 1770-1770 a.C., já previa punições para os médicos[18]. Da leitura dos seus artigos[19], nota-se que o profissional da medicina era rigorosamente punido (sem averiguação de culpa) pelo mau êxito em alguma intervenção, sem o escopo de indenizar a vítima ou seus familiares e com a notória a confusão entre a responsabilidade civil e penal.

Importante mencionar que, no Egito, o médico possuía melhor posição social, pois lá também se confundia com os sacerdotes. Havia um livro com regras que deveriam ser respeitadas pelo profissional. Mesmo que o paciente viesse a morrer o médico não seria responsabilizado, desde que respeitasse as normas previstas.[20]

Em Roma, primeiramente, surgiu a vingança privada como forma de reparar o dano causado pelo médico. Após, o Estado passou a intervir nas relações entre médico e paciente, de forma a dizer quando a vingança poderia ser justificada. Com a Lei das XII Tábuas, a profissão do médico passou a ganhar maior prestígio social. Havia a possibilidade, ainda, de reparação com quantia em dinheiro. Quando do surgimento da *Lex Aquilia* (458 a.C) o médico poderia ser condenado à pena de morte ou mesmo deportado se considerado culpado.[21] Pode-se perceber, deste fato, que os médicos eram severamente punidos e isto desonrava a profissão.

Na Grécia, entre os séculos V e VI a.C. é que foi encontrado estudo no campo da Medicina, consistente em um conjunto de manuscritos, o *Corpus Hippocraticum*, que possui noções aristotélicas e foi escrito por Hipócrates e seus discípulos. Seguindo os fundamentos adotados no Egito, a culpa médica foi admitida na Grécia levando em conta a morte do paciente somado ao fato do médico desobedecer às prescrições fundamentais de sua atividade.[22]

A condição do médico começou a melhorar no século XII, quando surgiram as universidades e, em pó, as corporações de médicos. Nesta época, eles começam a obter maior proteção legal.[23] Neste período, merece destaque uma sentença do Júri dos Burgueses de Jerusalém, determinando que um médico pagasse determinada quantia em dinheiro como forma de indenização pela morte de um enfermo.[24]

Gradativamente o exercício da Medicina, que estava relacionado à religião, foi conquistando seu lugar de destaque na sociedade até “em 1335, por edito do rei da França, Jean I, que o exercício da Medicina se restringiu aos diplomados em Universidades.”[25]

O Direito Canônico, nos séculos XIII a XVII, também exerceu forte influência no que toca à responsabilidade civil do médico, pois era imprescindível a apresentação de provas concretas e exames detalhados dos fatos para que o médico fosse condenado. No mesmo sentido, em 1532, foi promulgado o Código Criminal Carolino de Carlos V que requeria pareceres e exames de profissionais da Medicina para julgar e condenar o médico.[26]

No século XIX, a Academia de Medicina de Paris decidiu, em 1829, que os médicos apenas seriam moralmente responsáveis pelos seus atos, quase desaparecendo a responsabilidade jurídica deles.[27] Para a caracterização da responsabilidade médica, seria imprescindível provar a falta grave cometida, a imprudência e imperícia, doutrina “denominada por Iturraspe de responsabilidade eufemística”[28]. Sob esse ponto de vista, somente erros grosseiros levariam a responsabilização do médico.

O Direito francês foi inspiração para o Direito brasileiro e outros (até por isso mais veementemente analisado neste estudo), trazendo mudanças significativas para o instituto da responsabilidade civil do médico. Na França, modernamente, é plena a reparabilidade do dano médico, devendo aquele indenizar o paciente todas as vezes que poderia prever um acidente, mesmo que raro e não o fez.[29]

No Brasil, apenas em 1932 os legisladores editaram o Decreto 20.931, que regulava e fiscalizava o exercício da Medicina, da Odontologia, da Medicina Veterinária e das profissões de Farmacêutico, parteira e enfermeira, além de estabelecer penas para práticas ilícitas ligadas a estas profissões.

Em 1945, o Decreto-Lei n. 7.955, instituiu os Conselhos de Medicina. Após, foi revogado, em 1957, pela **Lei n. 3.268**, que passou a dispor sobre eles.

Por último, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, aprovou o atual Código de Ética Médica, que entrou em vigor em 13 de abril de 2010, sendo o sexto Código de Ética Médica reconhecido no Brasil.[30]

### *3.2. Espécies de responsabilidade civil médica*

Fator de extrema importância na seara reparatória é a identificação da modalidade obrigacional a que pertence a responsabilidade: se se trata de obrigação de meio ou de resultado.[31]

Em regra[32], a **obrigação** assumida pelo médico é **de meio**, pois “não se compromete a curar, mas a prestar seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos”[33], e por isso, responderá apenas se houver culpa provada em qualquer de suas modalidades.

Quando à natureza jurídica da responsabilidade médica, o Código de Defesa do Consumidor remata essa discussão ao dispor que “a responsabilidade pessoal dos

profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, no parágrafo 4º do artigo 14.[34]

Disso implica dizer que também será uma **obrigação de cunho subjetivo**, devendo a sua culpa ser provada, embora possua natureza jurídica contratual[35], excetuando-se os casos de cirurgia estética, por ser obrigação de resultado e a responsabilidade fundada na culpa presumida.

A essa respeito Sérgio Cavalieri Filho comenta que “[...] o Código do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade”.[36]

### 3.2.1. Culpa médica e desdobramentos da atividade

A responsabilização do médico está intrinsecamente ligada à culpa, visto a relação de pessoalidade estabelecida entre o médico e o paciente. E pode ser examinada sob três perspectivas: a primeira refere-se à responsabilidade pessoal do médico; a segunda diz respeito às instituições de prestação de serviços de saúde privados; e a última diz respeito ao Sistema Único de Saúde (SUS), serviço público custeado por recursos públicos.[37]

A responsabilidade do profissional médico está fundada no artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor é o seguinte: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” Em face disto, aplica-se aos profissionais liberais a responsabilidade subjetiva, embora haja relação contratual, conforme exposto anteriormente.

No mesmo sentido, dispõe do artigo 951 do Código Civil ao prescrever que:

*“O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.*

Já a responsabilidade dos hospitais e clínicas de prestação de serviços privados, caracterizam-se como fornecedores de serviços de saúde, aplicando-se a regra do artigo 3º[38] do Código de Defesa do Consumidor. Assim, respondem por danos causados aos pacientes, com fundamento no caput do artigo 14 deste Código[39], ou seja, possuem responsabilidade objetiva, desde que o médico tenha agido com culpa.

Do que foi dito até agora é possível extrair que o médico que trabalhar em um hospital responderá por culpa, este, por sua vez, responderá objetivamente, visto que a responsabilidade do médico componente da equipe médica de determinado hospital é exceção à regra do artigo 14[40] do Código de Defesa do Consumidor.

Por último, em relação aos serviços prestados pelos estabelecimentos de saúde mantidos por recursos públicos não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que são serviços públicos *uti universi*, ou seja, são de acesso igualitário e universal sem necessidade de remuneração direta da população. Estes estão submetidos ao regime de responsabilidade objetiva extracontratual do Estado, com previsão do artigo 37, §6º[41] da

Constituição de 1988 e, da mesma forma, às normas do Código Civil, relativa à determinação da indenização.<sup>[42]</sup>

Feitas essas considerações, a dúvida paira sobre a necessidade de se saber quando a responsabilidade do médico e do hospital é solidária, quando é exclusiva do hospital e quando é exclusiva do médico.<sup>[43]</sup>

Ato contínuo, importa saber se o médico é contratado (empregado ou contrato de prestação de serviços) do hospital, sendo que em caso positivo, é considerado seu preposto. Assim, aplica-se prevista no artigo 932, III do Código Civil.

Portanto, o responsável primário será o hospital, assegurado o direito de regresso contra o empregado ou preposto se ele for o responsável imediato pelo dano. Salienta-se que a vítima pode propor ação contra qualquer um deles ou contra ambos.<sup>[44]</sup>

*“No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar seus pacientes particulares responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade de estabelecimento”<sup>[45]</sup>, pois o estabelecimento foi contratado apenas para hospedar o paciente, não lhe dispensando qualquer tratamento, realizando, o paciente, dois contratos distintos, sendo que o nosocômio somente será responsabilizado se causar dano em razão do contrato de hospedagem e da ação ou omissão de seus empregados, como enfermeiros, atendentes, cozinheiros, zeladores e demais auxiliares, responderá objetivamente, em razão da previsão contida no artigo 932, III, cumulado com o artigo 933, ambos do Código Civil.<sup>[46]</sup>*

No mesmo sentido, “estão também sujeitos à disciplina do referido Código, com responsabilidade objetiva e de resultado, os laboratórios de análises clínicas, bancos de sangue e centros de exames radiológicos, como prestadores de serviços”<sup>[47]</sup>

E, por último, caso médico não contratatado pelo hospital tenha má conduta profissional, a responsabilidade será exclusivamente sua, ou, se for o caso, da equipe médica, mas não do hospedeiro.<sup>[48]</sup> E, ainda, no caso de ambos terem agido com culpa, ainda que o médico não seja preposto do hospital, responderão solidariamente.<sup>[49]</sup>

### *3.2.2. Da culpa médica, erro médico e erro profissional*

Antes de abordar ainda mais detalhadamente a culpa médica, faz-se necessária a distinção entre culpa e erro profissional. E é Sérgio Cavalieri Filho quem aponta a diferença:

*“Culpa e erro profissional são coisas distintas. Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto”<sup>[50]</sup>*

Portanto, pode-se perceber que a diferença consiste no fato de que nos casos de erro profissional, o médico procede corretamente, sendo o mesmo imputado à limitação da profissão e da natureza humana.<sup>[51]</sup>

A culpa médica rege-se pelos mesmos fundamentos da responsabilidade em geral, de maneira que quem pratica um ato, com discernimento, liberdade ou intencionalidade, possuindo opção de escolha, é obrigado a indenizar a vítima pelas conseqüências danosas dos seus atos, aplicando-se os mesmos princípios relativos à individualização da culpa.<sup>[52]</sup>

Destaca-se que a prova da culpa é indispensável para a responsabilização do médico, devendo ser analisada em cada caso:

*“Em suma, será preciso apurar em cada caso se, à luz da ciência e do avanço tecnológico que o médico tinha à sua disposição, era-lhe ou não possível chegar a um diagnóstico correto, ou a um tratamento satisfatório, resultado, esse, não obtido por imperícia, negligência ou imprudência injustificável”.*<sup>[53]</sup>

Portanto, a análise da culpa do médico é realizada de acordo com o caso concreto, vez que é feita a verificação da sua conduta em relação aos procedimentos para com o paciente.

Por seu turno, e inserido no contexto culposo, reside o erro médico, que guarda subespécies, como o erro no diagnóstico, o erro na ministração de medicamentos, o erro na cirurgia, o erro nos cuidados prescritos, o erro na indicação de tratamento pós-operatório, entre outros possíveis.

O erro médico pode ser conceituado como “a falha no exercício da profissão. Com resultado diverso do pretendido, decorrente de ação ou omissão do médico ou demais profissionais da sua equipe.”<sup>[54]</sup>

Giostrì ainda acrescenta que “se erro médico é o advento de um mau resultado para o paciente, por conta de um ato médico, deve-se entender que o *insucesso* é um mau resultado advindo para o paciente por conta de sua resposta orgânica.”<sup>[55]</sup>

O erro médico pode ser dividido em erro culposo e erro doloso. Erro culposo é aquele praticado pelo agente nas modalidades de imperícia, imprudência ou negligência, e o erro doloso, por sua vez, será aquele “no qual o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo indireto).”<sup>[56]</sup>

Importa saber é que o médico poderá ser responsabilizado nestas duas modalidades, sendo que, no último caso, responderá penalmente, também. Ademais, impende destacar que isto influenciará no valor da indenização da responsabilidade.<sup>[57]</sup>

O erro médico também pode ser concebido como escusável e inescusável: “o erro escusável é aquele que era inevitável, ou seja, mesmo que o agente tivesse tomado todas as cautelas o dano ocorreria”<sup>[58]</sup> e o “erro inescusável é aquele que poderia ser evitado pelo agente se tivesse tomado todas as cautelas diversas e necessárias antes de agir é, portanto, evitável.”<sup>[59]</sup>

Quanto ao erro profissional, Schaefer acredita que ele é englobado pelo erro médico e não se pode concordar com a diferenciação feita pelos magistrados.<sup>[60]</sup> Contudo, Cavalieri, em sentido contrário justifica esta distinção:

*“Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta [...] E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto.”[61]*

Desta maneira, o erro profissional, também chamado de erro de técnica “advém da incerteza da arte médica, sendo ainda objeto de controvérsias científicas”[62]. O erro médico, ou profissional, pode, ainda, ser desdobrado em erro de diagnóstico, que em separado – e adiante – abordar-se-á.

### *3.2.3. Do erro de diagnóstico*

Antônio Chaves classifica o erro médico como uma falha de técnica que, por sua vez, pode ser dividida em erro de diagnóstico; de tratamento; faltas em intervenções cirúrgicas; erro de prognóstico; falta de higiene e erros cometidos por outros profissionais pertencentes à equipe médica.[63]

Irany Novah Moraes destaca que o diagnóstico é complexo e, por isso, exige que seja considerada sob quatro vertentes, são elas:

*“O diagnóstico funcional é facilmente feito pelos dados da história clínica bem tomada é às até mesmo só pela queixa do paciente.*

*O diagnóstico sindrômico depende da competência do médico tirar bem a história clínica, interpretando sua evolução a cada alteração no quadro ou sintoma; é mis explicativo do que objetivo e indica como a função do órgão ou a estrutura afetada foi alterada pela doença.*

*O diagnóstico anatômico, o exame físico bem feito, é rico em sinais, e os exames complementares de imagem são modernamente cada vez menos invasivos, e mais exatos com maior precisão, melhor sensibilidade e sempre com progressiva exatidão.*

*O diagnóstico etiológico costuma ser o mais difícil, embora com todo progresso da biotecnologia, pois, de quase mil doenças oficialmente catalogadas pelas organizações internacionais, apenas se conhece a causa de um terço delas. Tudo ser torna difícil quando se procura juntar os dados oferecidos pelo paciente e os obtidos pelos exames físicos e complementares para enquadrá-los em um dos seguintes itens que relaciona todas as causas conhecidas das doenças: 1. inflamação; 2. infecção; 3. infestação; 4. degeneração; 5. neoplasia; 6. alteração metabólica; 7. problema imunológico; 8. envenenamento; 9. traumatismo (químico, elétrico, por radiação nuclear ou raios x); ou por exclusão dos demais resta a confissão da causa desconhecida; 10. idiopática.”[64]*

Pode ser conceituado como “a arte de determinar a natureza de uma doença ou a conclusão a que se chega na identificação de uma doença”[65], ou, ainda “distinção entre moléstias de caráter similar mediante a comparação de seus sinais e sintomas.”[66]

Em suma, o ato de diagnosticar é “feito pelo médico considerando todos os sinais, manifestações e sintomas apresentados pelo paciente, bem como levando em consideração a anamnese sem, contudo, influenciar o enfermo na descrição da evolução da doença”.[67]

Além das subdivisões mencionadas no item anterior (tocantes ao erro médico *lato sensu*), o erro de diagnóstico pode ser dividido, ainda, em evitável e inevitável:

*“Serão inevitáveis quando decorrente das próprias limitações da Medicina, ou seja, são inúmeras as doenças ainda não catalogadas e outras tantas das quais não se conhecem as causas, os avanços tecnológicos às vezes não se mostram suficientes para determinar um correto diagnóstico. Não constituem faltas graves, portanto, não são puníveis. [...]*

*Maior atenção deve-se ser dar aos erros de diagnósticos evitáveis [...] são erros que teriam sido evitados se todas as precauções necessárias (como realização de exames clínicos, laboratoriais, físicos etc.) tivessem sido tomadas.”[68]*

Essa última espécie de erro de diagnóstico, qual seja, evitável, pode trazer sérios problemas ao paciente que de alguma forma é orientado de forma equivocada pelo médico, pois pode levar à realização de um tratamento que não condiz com a patologia apresentada.

Da mesma forma que o erro profissional,

*“[...] se tem afirmado que o erro de diagnóstico, que consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos. Porém, diante do avanço médico-tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso.”[69]*

Ainda, muitas vezes, exames complementares podem influenciar a conduta médica de maneira a levar a um diagnóstico preciso. Neste ponto, há necessidade de averiguar se o médico dispunha do aparelho, bem como dos materiais necessários à execução dos exames.

A título de comparação, na Itália e França, o erro de diagnóstico não configura culpa capaz de justificar o ressarcimento, pois é considerado brando, uma vez que acreditam que é percebido muito cedo. Por outro lado, esse tipo de erro pode levar a perda da chance de cura ou sobrevivência de um paciente. Nesse sentido, o médico somente será responsável pelo erro de diagnóstico injustificável, evitável ou grosseiro.[70]

Para ilustrar e encerrar, Schaefer[71] traz os seguintes exemplos de erros de diagnósticos: operação de cesariana realizada em mulher com gravidez psicológica; acidente vascular cerebral diagnosticado como simples indisposição, enquanto paciente já sofria de problemas cardíacos graves e tinha colesterol altíssimo; tratar artrite química como se fosse fratura; pensando ser apendicite (sem realização de exames prévios básicos) precede à intervenção cirúrgica em caso de litíase ureteral; aplica tratamento de uma doença que o paciente não tinha e não tenta descobrir qual era a enfermidade que o acometia; diagnostica de forma leviana ou inexata, quando os exames indicam claramente a existência de outra moléstia; diagnóstico da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA ou AIDS) quando, na realidade, as amostras de sangue foram trocadas e etc.

### 3.3. Excludentes da responsabilização médica

Observados os elementos que podem interferir na responsabilidade do médico, de modo mais veemente a culpa e o erro, imperioso trazer à lembrança as hipóteses de exclusão, uma vez que caracterizada uma delas, o profissional da medicina deixará de ser responsabilizado pelo dano experimentado pelo paciente.

A primeira excludente é a **culpa exclusiva do paciente**, que ocorre caso o dano se perpetre em razão de procedimento (omissivo ou comissivo) daquele. Neste caso, o médico não pode ser responsabilizado, uma vez que não obrou com culpa.

Importante estabelecer que, se de alguma forma o médico concorre na concretização de determinado resultado, não há que se falar mais em culpa exclusiva da vítima.<sup>[72]</sup>

A segunda excludente toca ao **fato de terceiro** capaz de isentar o médico da responsabilidade e consolida-se quando alguém ocasiona um dano. Esse alguém pode ser um parente do paciente, por exemplo.

Destaca-se que esse terceiro não pode fazer parte da equipe médica, sob pena de caracterizar fato de outrem, “já que o profissional é responsável por seus prepostos, tais quais, enfermeiros, auxiliares e instrumentadores [...]” <sup>[73]</sup>

O **fato das coisas** é a terceira excludente, ocorrendo quando o dano é causado pelo próprio aparelho, independentemente do cuidado do profissional.<sup>[74]</sup> Assim, se o dano é verificado por defeito do aparelho, entra-se na seara da responsabilidade objetiva do fabricante<sup>[75]</sup>, de acordo com a previsão contida no Código de Defesa Consumidor. Neste caso, se o médico for acionado, caberá ao mesmo direito de regresso<sup>[76]</sup>.

O **caso fortuito** é a quarta excludente, que acontece quando “ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e à ação do médico, e que guardam as características da *imprevisibilidade* e *dainevitabilidade*” causam dano ou prejuízo ao paciente<sup>[77][78]</sup>.

A quinta excludente é a **força maior**, que Cunha Gonçalves entende dizer “[...] respeito ao fato que se prevê, ou que pode ser previsível, mas que, igualmente, não é possível evitar, visto ser, também, mais forte do que a vontade ou a ação do homem”<sup>[79]</sup>, como, por exemplo, o raio, a chuva, a enchente, o terremoto, dentre outros acontecimentos que poderão ocorrer durante o atendimento médico.

Feitas considerações sobre a responsabilidade civil do médico, para a boa condução do tema e antes de verificar-se a responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance quando do erro de diagnóstico, inicia-se breve explanação a respeito da teoria da perda de uma chance e sua compatibilidade com o ordenamento brasileiro.

## 4. Da responsabilidade civil pela perda de uma chance

Há muitos estudos sobre a responsabilidade civil, mas no Brasil pouco se tem sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Para tal estudo, muito se utiliza da

doutrina, da jurisprudência e da sua previsão em legislação estrangeira, uma vez que carece o ordenamento jurídico nacional de disposição expressa acerca de sua aplicação.

#### 4.1. Sobre a teoria da perda de uma chance

*"Inúmeras são as situações na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ofensivo de uma pessoa, alguém se vê privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo."*<sup>[80]</sup>

O fato de indenizar o dano decorrente desta oportunidade de obter vantagem ou evitar um prejuízo foi, durante muito tempo, deixado de lado pelo Direito, pois não se tinha uma certeza se sem o ato do agente a vantagem seria obtida.<sup>[81]</sup>

A expressão *ethereal torts* foi cunhada por Nancy Levit para designar danos indiretos e intangíveis causados em relação às pessoas ou ao seu patrimônio, como, por exemplo, a perda de uma chance, quebra de privacidade, expectativa ou confiança. Até então, historicamente, somente danos diretos e tangíveis eram reparados.<sup>[82]</sup>

O exemplo mais antigo que se tem sobre a aplicação do conceito de dano pela perda de uma chance pode ser encontrado na jurisprudência francesa em 1889, quando a Corte de Cassação determinou que a demandada fosse indenizada pela atuação culposa de um oficial ministerial, mediante normal procedimento, que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito.<sup>[83]</sup>

Assim, o acolhimento da teoria da perda de uma chance passa a visualizar um dano que independe do resultado final.

Modernamente, o campo de aplicação da perda de uma chance foi expandido, pois passou a ser observada tanto nos danos advindos do inadimplemento contratual, daqueles gerados pelos ilícitos absolutos, bem como nas hipóteses regidas pela responsabilidade subjetiva e objetiva.<sup>[84]</sup>

A teoria tem como característica a perda de uma vantagem que a vítima esperava auferir, tal qual se fosse uma aposta. A segunda característica, igualmente importante, consiste na falta de nexo causal entre a perda dessa aposta e o ato causador do dano, diferindo a perda de uma chance das outras espécies de dano (moral ou patrimonial, por exemplo). Nesse contexto a aposta pode ser denominada como dano final ou vantagem esperada pela vítima, podendo desaparecer em função de causas externas.<sup>[85]</sup>

Para melhor observação destas duas características, Rafael Peteffi traz três exemplos, nos quais é possível a observação das mesmas:

*"[...] o caso de afamado peão que é impossibilitado de participar da fase final de um rodeio devido à falta de pagamento da respectiva inscrição, que deveria ter sido efetuado pelo seu agente. Aqui, não se observa o nexo de causalidade necessário entre a falha do agente e a perda da vantagem esperada pelo peão, representada esta pelo prêmio concedido ao vencedor do certame. Com efeito, o peão poderia restar sem qualquer premiação, mesmo que fosse autorizado a participar da fase final do rodeio, já que vários fatores aleatórios (acaso) poderiam ter sido a causa da perda da vantagem esperada, tais como: a dificuldade da prova ou a perícia dos outros competidores."*

*Portanto, já que o dano poderia ter sido causada pelo acaso, o peão prejudicado deveria suportá-lo de maneira integral.*

*Entretanto, o já aludido progresso no estudo da probabilidade possibilitou a criação de algumas “leis do acaso”. Assim, estatisticamente, é lícito perquirir quais eram as chances de aprovação do referido peão e quais foram subtraídas de forma culposa pelo seu relapso agente. Este novo aspecto probabilístico da chance perdida foi terreno fértil para o advento de um instrumento dogmático utilíssimo, capaz de criar uma nova categoria de dano indenizável: as chances perdidas.*

*[...] atitude culposa de um advogado que perde o prazo do recurso de apelação e faz com que seu cliente não tenha a chance de ver o seu direito reconhecido nas instância superior.*

*[...] no caso Falcon v. Memorial Hospital, uma gestante adentrou o hospital para ter um bebê e logo após ter dado à luz acabou morrendo por embolia pelo fluido amniótico. A família ajuizou demanda indenizatória pela morte da gestante contra o médico e o hospital, pois, apesar de saber que os pacientes que sofrem esse tipo de embolia têm apenas trinta e sete por cento (37%) de chances de sobreviver, a negligência do médico responsável havia subtraído todas as chances da paciente de sobreviver à referida embolia. A Suprema Corte do Estado de Michigan concedeu a reparação.”[86]*

Nos três casos, nunca se poderá saber, com certeza, se foi o agente causador do dano que, necessariamente, fez com que a chance fosse perdida, visto que:

*“[...] o prognóstico retrospectivo que se poderia fazer para saber se o demandante ganharia a causa, ou se o cavalo ganharia a corrida, ou se a gestante permaneceria viva, é bastante incerto, cercado de fatores exteriores múltiplos, como a qualidade dos outros cavalos, a jurisprudência oscilante na matéria da demanda judicial e as misteriosas características das enfermidades.”[87]*

Embora não se possa ter certeza se a chance perdida foi diretamente decorrente do agente causador do dano, o prejuízo para a vítima é certo e é esse o prejuízo a ser indenizado pela perda de uma chance.[88]

Somado a isto, deve-se considerar a existência de uma elevada probabilidade de que o resultado fosse o normalmente esperado pela vítima e que ele somente não foi experimentado pela mesma em razão da ação ou omissão do ofensor (face à problemática deste estudo, pela conduta médica).

#### *4.2. Natureza jurídica da responsabilidade pela perda de uma chance*

Quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance, importa mencionar que é constantemente confundida com lucros cessantes. O que, de fato, não é. Esses são danos certos, cuja probabilidade apenas auxilia na sua quantificação.

Para tentar explicar a que categoria jurídica pertence a perda de uma chance, existem duas correntes antagônicas: a primeira defende ser uma concepção menos rígida do nexo causal e baseia-se na causalidade que a conduta do agente representa em relação ao

dano final; a segunda tem como fundamento a ampliação do conceito de dano, sendo que, neste caso, as chances perdidas representam um dano autônomo.<sup>[89]</sup>

Para exemplificar, John Makdisi traz o seguinte caso: “Em *Summers v. Tice* a vítima teve seu olho direito atingido por um tiro disparado por um entre dois caçadores nas redondezas. A solução encontrada foi a responsabilidade solidária dos dois caçadores.”<sup>[90]</sup>

Os autores Jacques Boré e John Makdisi defendem que todos os casos de perda de uma chance se assentam sobre a idéia de causalidade parcial. Assim, as chances perdidas não são consideradas como um dano autônomo, mas como um meio de quantificar o nexo causal entre a ação do agente e o dano final. Se não assim consideradas, sempre que se está diante de um caso de perda de uma chance, de acordo com as mencionadas teorias tradicionais, a reparação do dano final não será possível, pois não se pode quantificar a conduta do agente como condição necessária para o surgimento da perda da vantagem esperada. Nesse sentido, se o prejuízo ocasionado não está totalmente relacionado com a conduta do ofensor, pode haver reparação de um dano parcial e relativo, consistente em perda de chances, devendo a reparação, neste caso, ser quantificada de acordo com a probabilidade de causalidade provada.<sup>[91]</sup>

Em suma:

*“Toda a argumentação dos autores que não consideram as chances perdidas como nova modalidade de dano, autônomo e independente, tem como cerne a indissociabilidade deste com o dano final (vantagem esperada pela vítima), ou seja, as chances perdidas não subsistem de forma separada do prejuízo representado pela perda definitiva da vantagem esperada”.*<sup>[92]</sup>

Rafael Peteffi traz o exemplo de um médico que não efetua procedimento recomendado pela boa técnica e retira 40% das chances de vida do paciente, que não sofre seqüelas, em vista do seu bom porte físico, e, por fim, indaga se existira a possibilidade de uma ação de indenização por parte do paciente. E, finalmente informa que a resposta é negativa.<sup>[93]</sup>

O fato de o paciente aguardar o resultado final do processo aleatório para saber se poderá ajuizar ação específica, macula a autonomia das chances perdidas, que se perdem no momento da falha médica, ficando aquele condicionado à perda definitiva da vantagem esperada, não fazendo jus à reparação.<sup>[94]</sup>

Em relação à causalidade concorrente, tem-se aplicado o critério da gravidade da culpa, que fica sem legitimidade quando trata da responsabilidade objetiva, que independe da culpa para gerar a reparação. Tendo em vista que o critério de divisão de responsabilidades possui controvérsias (se através da gravidade das culpas envolvidas ou por meio da proporção causal), há casos nos quais a responsabilidade do agente é diminuída, conforme a sua participação na ocorrência do dano.<sup>[95]</sup>

Já em relação à concorrência causal, “as predisposições são observadas quando existe um fato causador de certo dano à vítima, mas esta já apresentava potencialidade latente para a causação deste tipo de dano ou uma debilitação anterior.”<sup>[96]</sup>

Nesse sentido:

*“A semelhança entre esta reparação equilibrada de acordo com a relação de causalidade entre ato do ofensor e dano final que ocorre no caso referido e a reparação moderada, que se observa nos casos de perda de uma chance, é inegável. Mormente, nos casos em que a noção de perda de uma chance é utilizada na área médica, pois o magistrado faz a relação das chances perdidas pela falha médica e aquelas perdidas pela predisposição mórbida do paciente”.*<sup>[97]</sup>

A reflexão sobre a causalidade parcial difundida esbarra no requisito da condição necessária, que é indispensável para todas as teorias sobre o nexo de causalidade. Assim, a causalidade alternativa pode ser utilizada para resolver tal impasse, vez que flexibiliza o ônus da prova da condição necessária.<sup>[98]</sup>

Nesse contexto:

*“[...] nos casos de perda de uma chance, a falha do agente, ou a falha médica ou do advogado, na constituiconditio sine qua non para o aparecimento do dano. A vantagem esperada pela vítima pode ser totalmente pedida, exclusivamente devido a outras causas, como o desenvolvimento da doença ou a jurisprudência vacilante em determinada matéria.”*<sup>[99]</sup>

Conforme exposição acima, a adoção da causalidade parcial estaria proibida pelo fato de não existir possibilidade de gradação causal.

Contudo, Rafael Peteffi informa que já se sustentou que não “existe certeza em relação à prova do nexo causal, bastando uma carga probatória que forneça os elementos de convencimento do magistrado.”<sup>[100]</sup> Assim, mesmo de acordo com a teoria clássica da relação de causalidade, “o nexo é determinado por meio de probabilidades.”<sup>[101]</sup> Portanto, “a utilização da causalidade parcial não seria algo antinômico com a aplicação da teoria ortodoxa da causalidade.”<sup>[102]</sup>

Destarte, “com a utilização da causalidade parcial, o réu será condenado a pagar apenas pelo dano que, segunda as estatísticas, se espera que ele tenha causado.”<sup>[103]</sup>

Assim, verifica-se que a teoria da perda de uma chance foi considerada como integrante do conceito de nexo de causalidade, seja por meio da utilização da causalidade parcial, seja mediante presunções causais que levam à reparação integral do dano.<sup>[104]</sup>

Neste momento, passa-se a analisar a teoria da perda de uma chance como integrante da evolução do dano, também, um dos requisitos da responsabilidade civil. Aqui, amplia-se os danos suscetíveis de reparação, por meio da objetivação ou da coletivização. No primeiro caso, torna-se despicienda a prova da culpa e no outro, faz com que toda a sociedade arque com o ônus de reparar certas espécies de danos.<sup>[105]</sup>

Nesse sentido, Rafael Peteffi comenta que:

*“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 nexo 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”.*<sup>[106]</sup>

A corrente doutrinária que entende a perda de uma chance como categoria de dano específico defende a autonomia das chances perdidas em relação ao dano final ou o prejuízo pela perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, sendo que a simples interrupção do processo aleatório no qual se encontrava é suficiente para caracterizar um dano reparável.<sup>[107]</sup>

Possui mesmo entendimento, Giovanna Visintini:

*"[...] considera que a perda de uma chance se trata de um tipo de dano projetado no futuro. Tal noção serviria para posicionar, no lugar do dano patrimonial ressarcível, um prejuízo freqüentemente incerto, ou seja, vinculado não de maneira clara, mas sim muito provável, ao evento danoso. Nessas condições exige que se recorra ao juízo de equidade – e por isso se distancia da reparação integral, que caracteriza o ressarcimento do dano patrimonial."*<sup>[108]</sup>

Diante disso, a responsabilidade civil por perda de uma chance pode ser considerada como categoria de dano específico, independente do dano final ou com recurso à causalidade parcial, modalidade por meio da qual será verificada a perda da vantagem esperada.

Destaque-se, ainda, que a perda de uma chance, se aplicada, não se soma a outras modalidades de responsabilidade civil, como o dano moral, por exemplo. Ela se perfaz em uma destas modalidades e exclui as demais, se levantada em eventual lide.

Assim, não pode a vítima ajuizar ação pedindo ressarcimento pelos danos morais, mais valores a título da perda da chance. A vítima terá de optar em requerer a indenização por perda de uma chance ou então comprovar a existência efetiva do dano moral e por ele ser reparado.

#### *4.3. A responsabilidade pela perda de uma chance no direito brasileiro*

Quanto a natureza jurídica da perda de uma chance, Sílvio Venosa afirma que estaria entre o dano emergente e o lucro cessante, sendo uma terceira classe de indenização.<sup>[109]</sup>

Saliente-se que a perda de uma chance não pode ser classificada como uma espécie de lucro cessante, posto que o agente causador do dano deverá indenizar tudo o que a vítima deixou de ganhar, não indenizando, desta maneira, a chance por si só considerada e esbarrando no requisito de certeza do dano para que possa ser indenizável.<sup>[110]</sup>

Ainda, há necessidade da existência de uma chance séria e real, entendendo os Tribunais em muitos casos que a frustração dessa chance serviria apenas como adicional do dano moral, gerando dano de natureza extrapatrimonial. Por outro lado, é certo que a perda de uma chance também pode acarretar danos patrimoniais, que pode ser considerado como um “agregador” do dano moral. O que não pode ocorrer é ser enquadrado como exclusivamente moral, uma vez que a oportunidade séria e real que reste frustrada de aumento do patrimônio pode causar prejuízos de natureza patrimonial, que se enquadra como subespécie de dano emergente.<sup>[111]</sup>

Como já mencionado, a chance perdida deve ser séria e real, não tendo relevância no ordenamento jurídico qualquer chance perdida, devendo haver elevada probabilidade de obtenção do resultado. Somente neste caso é que se poderá cogitar numa possível perda de uma chance caracterizada como dano material emergente.<sup>[112]</sup>

Os Tribunais Nacionais aplicam a teoria da perda de uma chance utilizando seus conceitos e aplicando os critérios para a verificação das sérias chances perdidas<sup>[113]</sup>, sendo o chamado “Caso do Show do Milhão” o mais emblemático deles.<sup>[114]</sup>

Assim:

*“A doutrina brasileira, da mesma forma, não obstante por vezes conceituar de forma equivocada o dano pela perda de uma chance, admite o valor patrimonial da chance por si só considerada e, com isso, contribui para o acolhimento da teoria em nosso país”.*<sup>[115]</sup>

O fato é que essa teoria é compatível com o ordenamento pátrio.

Clóvis do Couto e Silva afirma que o motivo pelo qual a jurisprudência brasileira não aplicava a responsabilidade perda pela de uma chance residia no na previsão contida nos artigos 1.537 e 1.538 do Código Civil de 1916. <sup>[116]</sup>

Solucionando a celeuma, o novo Código Civil alterou os dispositivos, que atualmente correspondem aos artigos 948 e 949. De acordo com essa nova redação, não há limitação para a condenação em razão da responsabilidade civil pela perda de uma chance. No mesmo sentido, a Constituição Federal estabelece que a reparação deve ser justa, eficaz e plena, verificada, assim, a possibilidade de aplicação da perda de uma chance ou oportunidade.<sup>[117]</sup>

Ainda, poderia pairar dúvida em relação ao contido no artigo 944 do Código Civil, ao prescrever que “a indenização mede-se pela extensão do dano” e que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”

Porém, a leitura de tal artigo deve ser feita de maneira sistemática, vejamos:

*“[...] ao se deparar com uma ação de responsabilidade civil, o julgador deverá procurar sempre atender ao princípio da reparação integral dos danos. Contudo, se em determinado caso concreto “houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”, poderá reduzir eqüitativamente indenização, pois, neste caso, estará privilegiando outro princípio constitucional, que é o da justiça.”*<sup>[118]</sup>

Em razão da evolução natural, o principal elemento de aceitação da teoria da perda de uma chance é a nova maneira de considerar as probabilidades.

Ainda, a evolução da responsabilidade civil permite-nos classificar a perda de uma chance como um dano injusto, devendo ser indenizado, pois anteriormente,

*“[...] a vítima exercia papel secundário na responsabilidade civil. Contudo, a doutrina moderna vem modificando esse posicionamento, deixando de centrar o sistema na figura do comportamento do autor do dano, e passando a centrá-lo no evento dano em*

*si. A responsabilidade civil vem sendo redefinida, assim, como uma reação contra o dano injusto”.[\[119\]](#)*

De qualquer forma, a responsabilidade civil pela perda de uma chance, na maioria dos casos, será tida como um dano injusto e, por isso, caberá indenizá-la. Assim, a evolução da responsabilidade civil é mais um fundamento para a indenização desta nova espécie de dano.[\[120\]](#)

Sobre a aceitação da teoria da perda de uma chance pelo como dano certo, Peteffi informa que:

*“[...] a aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo aparece como o caminho que o direito nacional segue e continuará a seguir, eis que, no ordenamento brasileiro não se encontra qualquer dispositivo que possa tornar-se um óbice para a aplicação da teoria da perda de uma chance. Também se acredita que as propostas sobre a quantificação do dano, bem como as diferenciações em relação a modalidade de responsabilidade pela criação de riscos, estão em total conformidade com o nosso direito positivo e poderão enriquecer o modelo jurídico nacional da teoria da perda de uma chance.”[\[121\]](#)*

Saliente-se que esse dano futuro certo não pode ser confundido com o dano hipotético ou eventual, o qual não é indenizável.

Ainda não há no ordenamento pátrio discussão sobre a natureza jurídica das chances perdidas, mas acredita-se que será admitida a hipótese em que a teoria da perda de uma chance depende de uma aplicação menos rígida do nexo de causalidade, que é a natureza aceita pelo autor acima mencionado. Ainda, constitui exceção ao modelo atual da responsabilidade civil do Brasil a aplicação da teoria da perda de uma chance na qual o processo aleatório foi até o final, necessitando da noção de causalidade parcial. Ademais, a maioria dos casos em que se utiliza esta noção estão na seara médica, situação tal defendida e debatida por Miguel Kfoury Neto, que, nesse sentido, se filia à corrente majoritária francesa e julga que nas demais áreas a perda de uma chance refere-se ao prejuízo.[\[122\]](#)

O mencionado autor refere que:

*“[...] mesmo com os muitos perigos que podem advir da aceitação da teoria da perda de uma chance para os casos em que o processo aleatório chegou ao ponto derradeiro, normalmente verificado nas espécies referentes à área médico-hospitalar, existem hipóteses em que a negação absoluta da teoria geraria graves injustiças”.[\[123\]](#)*

Por outro lado, a perda de uma chance, nesses casos, deveria ser aplicada subsidiariamente em relação à aplicação clássica do nexo causal, qual seja, aquela afeta à responsabilidade civil de maneira geral, concluindo-se que observado esse parâmetro, bem como o fato de verificar a seriedade da chance perdida, é possível afirmar que a perda de uma chance aplicada em hipóteses nas quais o processo aleatório chegou ao seu final, significa evolução do nexo causal e não desvirtuação.[\[124\]](#)

Com efeito, também não há obstáculos à aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos em que o processo aleatório foi interrompido antes do final, eliminando

todas as chances da vítima, pois apenas se adotaria um conceito alargado de dano, que deve ser indenizado.<sup>[125]</sup>

## 5. Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na seara médica

Segundo Savi, a responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência, no caso da atividade médica, normalmente, enquadra-se na modalidade da causalidade parcial.<sup>[126]</sup>

No direito brasileiro, é Miguel Kfoury Neto quem faz a análise sobre a responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica, filiando-se à corrente francesa majoritária, qual seja, teoria da causalidade, sendo aplicado nos demais casos, a perda de uma chance considerada na modalidade de dano. Além disso, o referido autor entende adequada essa aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, embora tenha consciência da precariedade do sistema nacional de saúde, devendo a aplicação ser analisada com a máxima cautela, principalmente nos casos de culpa grave.<sup>[127]</sup>

Afirma ele:

*“Já existem alguns julgados brasileiros que admitem a aplicação da teoria da perda de uma chance às questões médicas e hospitalares. Mesmo nos acórdãos em que a falha médica ou hospitalar é a causa para a perda das chances, não existe a preocupação de que a reparação das chances perdidas poderia caracterizar um desvirtuamento da noção clássica de nexo de causalidade.”<sup>[128]</sup>*

De todos os julgados apresentados por Peteffi, não há qualquer menção ao fato de a responsabilidade pela perda de uma chance, quando aplicada à seara médica, utilizar-se da causalidade parcial, embora seja a teoria entendida como sendo a mais adequada nesses casos.<sup>[129]</sup>

Considerando que pode ser a responsabilidade civil pela perda de uma chance admitida no ordenamento pátrio, cabe apenas examinar com minúcia quando poderá ser aplicada em casos de erro de diagnóstico.

Na França, país paradigmático neste tema, o erro de diagnóstico não acarreta culpa médica, uma vez que defendem a dificuldade de estabelecer o liame entre o erro e o prejuízo. No entanto, tem considerado que o erro de diagnóstico que leva ao tratamento inadequado acarreta a perda de uma chance de cura ou sobrevivência.<sup>[130]</sup> Também é de lá o julgado que inaugurou a jurisprudência que trata da perda de uma chance em erro de diagnóstico, que tem o seguinte conteúdo:

*“O primeiro julgado, em França, que inaugura a jurisprudência sobre a perda de uma chance, é da 1ª Câmara Civil da Corte de Cassação, reapreciando caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17.07.1964. O fato ocorreu em 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se em 1ª instância que, entre o erro do médico e as graves conseqüências (invalidez) do menor, não se podia estabelecer de modo preciso o nexo de causalidade. A Corte de Cassação*

*assentou: “Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilização”. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação de o médico haver perdido uma chance de agir de modo diverso, e condenou-o à indenização de 65.000 francos.”[131] (grifo nosso)*

Em terras nacionais, há que se ressaltar que “só se demonstrando erro grosseiro no diagnóstico [...] tem-se admitido a responsabilização do médico”[132], pois a aplicação sem limites da noção de perda de uma chance alteraria a jurisprudência relacionada ao erro de diagnóstico.[133]

Com o objetivo de que não reste dúvidas quanto ao trato jurisprudencial da aplicação da teoria da perda de uma chance em erro de diagnóstico, tem-se que entender que o erro de diagnóstico, em princípio, não caracteriza culpa médica, devendo a perda de uma chance de cura ou sobrevivência ser aplicada aos casos nos quais o erro de diagnóstico acarretar tratamento inadequado[134], lembrando que, conforme citado em seção anterior, emprega-se a teoria da perda de uma chance na modalidade causalidade parcial de maneira subsidiária, sendo utilizada somente após o esgotamento das possibilidades de aplicação da teoria ortodoxa do nexos de causalidade, que é capaz de eliminar a perda de uma chance.

Assim, reprise-se: tal aplicação somente terá espaço quando não for possível saber, com certeza, se a conduta do médico causador do dano fez com que, necessariamente, a chance fosse perdida, mas que em seu lugar haja alta probabilidade de tal ocorrência. Desta maneira, embora não se possa afirmar que a chance perdida foi diretamente decorrente da ação do agente, o prejuízo causado é certo e, portanto, deve ser indenizado pela perda de uma chance. Por outro lado, em havendo a certeza de que determinada ação repercutiu em um dano, o prejuízo a ser indenizado deve se dar através da aplicação da teoria ortodoxa do nexos de causalidade.

## 6. Considerações finais

Sem a pretensão de esgotar o tema, estudou-se nestas linhas a responsabilização do médico pela perda de uma chance ao incorrer em erro de diagnóstico.

Dessas pode-se extrair que a perda de uma chance tem como característica a perda de uma vantagem que a vítima esperava auferir, como se fosse uma aposta e a falta de nexos causal entre a perda dessa aposta e o ato causador do dano, diferindo a perda de uma chance das outras espécies de dano (moral ou patrimonial, por exemplo).

São duas as correntes que cuidam da natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Uma que defende ser aquela uma concepção menos rígida do nexos causal (baseando-se na causalidade que a conduta do agente representa em relação ao dano final) e outra que tem como fundamento a ampliação do conceito de dano, sendo que, neste caso, as chances perdidas representam um dano autônomo, teoria a qual, humildemente, entende-se mais coerente e aplicável ao ordenamento pátrio.

É que ao ser considerada como categoria de dano específico (independente do dano final), adotar-se-ia um conceito alargado de dano que deve ser indenizado. E, afinal de contas, é este o objetivo da vítima: ter o dano sofrido devidamente reparado.

Miguel Kfoury Neto é quem faz a análise sobre a responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica e defende a corrente francesa majoritária, qual seja, teoria da causalidade, sendo aplicado nos demais casos, a perda de uma chance considerada na modalidade de dano.

Após a análise de ambas as teorias ainda pode-se concluir que não há obstáculos a aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil.

De todos os julgados apresentados por Peteffi, não há qualquer menção ao fato de a responsabilidade pela perda de uma chance, quando aplicada à seara médica, utilizar-se da causalidade parcial, embora seja a teoria entendida como sendo a mais adequada nesses casos.

Podendo ser a responsabilidade civil pela perda de uma chance admitida no ordenamento pátrio, coube então examinar com minúcia quando poderá ser aplicada em casos de erro de diagnóstico.

No Brasil, tem-se considerado que o erro de diagnóstico que leva ao tratamento inadequado acarreta a perda de uma chance de cura ou sobrevivência, pois, em princípio, não caracteriza culpa médica.

Destarte, cabe a aplicação da teoria da perda de uma chance em erro de diagnóstico, devendo a perda de uma chance de cura ou sobrevivência ser aplicada aos casos nos quais o erro de diagnóstico acarretar tratamento inadequado e danos irreversíveis ao paciente.

Por fim, cabe lembrar que se emprega a teoria da perda de uma chance de maneira suplementar, devendo ser utilizada apenas após o esgotamento da possibilidade de utilização da teoria ortodoxa do nexos de causalidade, o que exclui, de imediato, a aplicação da teoria estudada.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 11 jan. 2002**, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União de 12 set. 1990**, Brasília, DF.

BRASIL. Resolução 1.931, de 2009 Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União, 24 set. 2009, Seção I, p. 90, retif. em 13 out. 2009, Seção I, p.173**, Brasília, DF.

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

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade médica**. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 1. ed. (ano 2003), 4 tir. Curitiba: Juruá, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, n. 63. p. 52-91. jul./set. 2007.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, Alberto. Por que falar de ética na prática médica? In: BERNARDI, Frei Orlando (Coord.). **A ética na medicina e no direito**. Bragança Paulista: IFAN, 1993. (Série Cadernos do IFAN).

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 31

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil médico & erro de diagnóstico**. 1. ed. (ano 2002), 9 reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

## Notas:

[1] **Resolução 1.931/2009, Código de Ética Médica**, capítulo I, inciso I: “A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza”.

[2] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 385.

[3] KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 50.

[4] 1º) Casos em que os serviços prestados pelo facultativo o sejam de forma espontânea sem intervenção alguma da vontade do paciente. Por exemplo, quando o médico dá atendimento à vítima de acidente automobilístico, ou de mal-súbito, em via pública. [...] 2º) O atendimento do médico a incapaz de fato, sem poder comunicar-se com seu representante legal a fim de obter a devida autorização. 3º) A atividade do facultativo desenvolvida contra a vontade do paciente, *verbi gratia*, nos casos de um suicida que recebe assistência antes da consumação do ato. 4º) No caso de serviços médicos requeridos por pessoa distinta do paciente, sempre e quando aquela não se apresente como representante legal ou voluntária do paciente, o que obrigaria contratualmente o último. 5º) Quando o feito médico configurar – sem prejuízo da ilicitude civil – um delito penal eivado de dolo. Como exemplo, uma mutilação ou um experimento sem fim terapêutico. 6º) Quando o contrato celebrado entre facultativo e paciente for nulo – *lato sensu* – por carecer de alguns elementos essenciais bem assim pela presença de qualquer outro defeito ou vício. 7º) O atendimento por intermédio do serviço público patrocinado pelo Estado, caracterizando

responsabilidade objetiva para a entidade, e responsabilidade extracontratual para o profissional. 8º) Uma outra situação é analisada por Penneau, qual seja a dos herdeiros quando se apresentam em nome próprio para reclamar reparação por prejuízo pessoal. Tratar-se-ia, então, de responsabilidade extracontratual em relação a terceiros, o que guardaria uma certa similitude à situação apontada atrás, no item de número quatro. 9º) Bueres refere-se, também, à responsabilidade por dano infligido à vítima fora da órbita do contrato, apontando como exemplos os efeitos de um incêndio no consultório ou os prejuízos materiais ou morais que podem advir de uma visita médica. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 60-61).

[5] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. cit.* p. 61-62.

[6] SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil médico & erro de diagnóstico**. 1. ed. (ano 2002), 9 reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 35.

[7] SCHAEFER, Fernanda. *Op. cit.* p. 35-37.

[8] *Ibidem.* p. 37.

[9] SCHAEFER, Fernanda. *Op. cit.* p. 37.

[10] MOREIRA, Alberto. Por que falar de ética na prática médica? In: BERNARDI, Frei Orlando (Coord.). **A ética na medicina e no direito**. Bragança Paulista: IFAN, 1993. (Série Cadernos do IFAN). p. 60.

[11] *Ibidem.* p. 65.

[12] VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez *apud* MOREIRA, Alberto. *Op. cit.* p. 65-67.

[13] MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 367-377.

[14] KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.* p. 36.

[15] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. cit.* p. 23.

[16] KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.* p. 50.

[17] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. cit.* p. 24-25.

[18] *Loc. cit.*

[19] 218º - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos. 219º - Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.

[20] PANASCO *apud* KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.* p. 53.

[21] KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.* p. 51-52.

[22] *Ibidem.* p. 54.

[23] *Ibidem.* p. 54.

[24] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. cit.* p. 26.

[25] *Loc. Cit.*

[26] SCHAEFER, Fernanda. *Op. cit.* p. 20

[27] KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.* p. 55.

[28] ITURRASPE, *apud* KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.* p. 55.

[29] *Ibidem.* p. 57.

[30] SCHAEFER, Fernanda. *Op.cit.* p. 20.

[31] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* 385.

[32] “A Medicina plástica (incluída a dentária) desenvolve-se sob dois enfoques distintos: reparadora (tanto a de reconstrução estética para restauração, como a complementar, para sanar defeito congênito), e a simplesmente estética, de cunho voluntário, é ditada pela vaidade pessoal (também denominada cosmetológica). Na cirurgia eminentemente reparadora, como já dito, o contrato é o comum (apenas de meios), enquanto que na cirurgia simplesmente estética (e por isso voluntária), o contrato é misto, ou seja, de meios e de resultados.”(SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 31)

[33] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* 385.

[34] **Art. 14, CDC**. 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. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

[35] APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E ESTÉTICOS. REDUÇÃO DAS MAMAS. ALEGAÇÃO DA AUTORA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO MÉDICO. NÃO COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. ATO ILÍCITO E NEXO CAUSAL NÃO COMPROVADOS. PERÍCIA QUE AFASTA AS ALEGAÇÕES DA DEMANDANTE. DANO MORAL E ESTÉTICOS NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA MANTIDA. A responsabilidade do médico, embora contratual, é subjetiva, devendo ser comprovada a culpa. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento. Não há nos autos prova da suposta má prestação dos serviços prestados. Ao contrário, a prova carreada é justamente no sentido de que houve o tratamento/atendimento adequado. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. APELO DESPROVIDO. (TJRS. **Ap. Cív. Nº 70043070747**, 5ª Câmara Cív., Rel. Romeu Marques Ribeiro Filho, j. em 24/08/2011).

[36] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 386.

[37] MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, n. 63. p. 52-91. jul./set. 2007.

[38] **Art. 3º, CDC**. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

[39] MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.* p. 55-56.

[40] **Art. 14, CDC.** 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. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

[41] **Art. 37, CDC.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. [...]

[42] MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.* p. 55-56.

[43] STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 733.

[44] *Loc. cit.*

[45] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 442.

[46] STOCO, Rui. *Op. cit.* p. 733-734.

[47] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 442.

[48] STOCO, Rui. *Op. cit.* p. 733.

[49] *Ibidem.* p. 734.

[50] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 382.

[51] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. cit.* p. 128-129.

[52] *Ibidem.* p. 34-36.

[53] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 389.

[54] SCHAEFER, Fernanda. *Op. cit.* p. 61.

[55] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro...** *Op. cit.* p. 125.

[56] SCHAEFER, Fernanda. *Op. cit.* p. 61.

[57] *Loc. cit.*

[58] *Ibidem.* p. 62.

[59] *Loc. cit.*

[60] *Ibidem.* p. 63.

[61] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 382.

[62] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 436.

[63] CHAVES *apud* SCHAEFER, Fernanda. *Op. cit.* p. 64.

[64] MORAES, Irany Novah. *Op. cit.* 203-204.

[65] OSOL *apud* SCHAEFER, Fernanda. *Op. cit.* p. 65.

[66] *Loc. cit.*

[67] SCHAEFER, Fernanda. *Op. cit.* p. 65-66.

[68] *Ibidem*, p. 67.

[69] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 437.

[70] SCHAEFER, Fernanda. *Op. cit.* p. 67.

[71] SCHAEFER, Fernanda. *Op. cit.*, p. 68.

[72] Gostri cita um exemplo para ilustrar tal situação: Se, após uma cirurgia ortopédica, o médico prescreve a seu paciente o uso de muletas e exercícios fisioterápicos e aquele descumpre as determinações, ou as faz de maneira errônea ou desinteressadamente, então, as conseqüências negativas de uma cicatrização óssea defeituosa, ou de uma atrofia, não poderão ser imputadas ao facultativo. (GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica**. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 1. ed. (ano 2003), 4 tir. Curitiba: Juruá, 2004. p. 201.)

[73] *Loc. cit.*

[74] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade...** *Op. cit.* p. 204.

[75] **Art. 12, CDC.** O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...]

**Art. 14, CDC.** 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.

[76] **Art. 13, CDC.** O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

[77] Pode-se citar o caso do profissional médico que prescreve medicamento de uso corrente, e o resultado se mostra diferente do usual, podendo levar o paciente à morte. Ou, ainda, quando ele emprega procedimento habitual e o paciente apresenta reação imprevista ou idiossincrasia (alergia, hipersensibilidade, choque anafilático, entre outras). (GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade...** *Op. cit.* p 199).

[78] *Loc. cit.*

[79] *Ibidem.* p. 200.

[80] SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 1.

[81] *Ibidem.* p. 2.

[82] SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 6.

[83] *Ibidem.* p. 10.

[84] *Ibidem.* p. 11.

[85]. SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 12.

- [86] *Ibidem*, p. 10-12.
- [87] *Ibidem*. p. 12.
- [88] *Loc. cit.*
- [89] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 17.
- [90] BORÉ, Jacques; MAKDISI, John *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 48.
- [91] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 49-50.
- [92] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 50.
- [93] *Ibidem*. p. 50-51.
- [94] MAKDISI *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 51.
- [95] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 52-53.
- [96] *Ibidem*. p. 53-54.
- [97] BORÉ *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 55.
- [98] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 55-56.
- [99] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 55.
- [100] *Ibidem*. p. 57.
- [101] *Loc.cit.*
- [102] BORÉ *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 57.
- [103] *Ibidem*. p. 61.
- [104] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 71.
- [105] *Ibidem.* p. 71-72.
- [106] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p 74.
- [107] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 75-76.
- [108] VISINTINI *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Culpa...** *Op. cit.* p. 97.
- [109] VENOSA *apud* SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 42.
- [110] SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 30-41.
- [111] SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 50-60.
- [112] *Ibidem*. p. 65-66.
- [113] SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 70-75.
- [114] O juízo da 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor julgou procedente o pedido de indenização, condenando à metade do valor total do prêmio (1 milhão de reais). Em sede de recurso especial o valor foi reduzido para ¼ do valor do prêmio, fixando a indenização com base no percentual das chances de ganho, visto que há quatro alternativas em cada questão formulada. Não houve condenação pelo valor integral, tendo em vista que não era possível afirmar que a autora viesse a acertar a resposta caso nova pergunta fosse formulado, restando evidente a ausência de pressupostos apto a qualificar o lucro cessante. A ementa: “**RECURSO ESPECIAL. Indenização. Improriedade de pergunta formulada em programa de televisão. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido**” (STJ-REsp. nº 788459/Ba; Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 13/03/2006, p. 334).
- [115] SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 4.

- [116] COUTO E SILVA *apud* SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 94-99.  
[117] SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 94-99.  
[118] SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 99.  
[119] LORENZO *apud* SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 108.  
[120] *Ibidem.* p. 109.  
[121] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 215-216.  
[122] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 216-221.  
[123] *Ibidem.* p. 228.  
[124] *Ibidem.* p. 232.  
[125] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 232.  
[126] SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 5.  
[127] SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 221.  
[128] *Loc. cit.*  
[129] *Loc. cit.*  
[130] KFOURI NETO, Miguel. **Culpa...** *Op. cit.* p. 99.  
[131] KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade...** *Op. cit.* p.57.  
[132] *Loc. cit.*  
[133] KFOURI NETO, Miguel. **Culpa...** *Op. cit.* p. 103.  
[134] *Ibidem.* p. 105.

## Informações Sobre os Autores

*Talita Jaroskievicz Rinaldi*

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-Pr

*Zilda Mara Consalter*

Advogada. Professora de Direito Civil e Metodologia da Pesquisa Jurídica dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Estadual de Ponta Grossa-UEPG. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Obrigacional (<http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhepesq.jsp?pesq=5471268018863867>). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – PR.

(Fonte: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=11316&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11316&n_link=revista_artigos_leitura))

## 5. Sugestões de Leitura:

DANIELA PINTO DE CARVALHO – RI UFBA – Universidade...

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8698/1/DANIELA%20PINTO%20DE%20CARVALHO%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf>

indenização na responsabilidade civil por perda de uma chance, para que, por..... prova da culpa, justamente com a finalidade, ideologicamente legítima, de... imputação subjetivos e objetivos, ação, antijuridicidade e relação pela.... A superação do modelo unicamente pautado na responsabilidade subjetiva decorre.

## Ação de Reparação de Danos - Advogado - Teoria da Perda de Uma Chance PN300

**Por: Alberto Bezerra**

**Código da Petição: PETITION-959**

**Número de páginas: 16**

**Última atualização: 13/02/2015**

### *Sinopse*

Trata-se de Ação de Reparação de Danos, ajuizada em desfavor de profissional liberal(advogado), com suporte na Teoria da Perda de Uma Chance.

Segundo o quadro fático narrado na exordial, a autora trabalhara como empregada em determinada empresa. Tivera rescindido seu contrato de trabalho, sem justa causa. Todavia, não fora paga determinada verba rescisória a qual aquela faria jus.

Em face disso, a autora procurou o réu, para assim obter informações acerca da possibilidade do ingresso de reclamação trabalhista. Esse, na qualidade de advogado especializado na seara trabalhista, comunicara essa viabilidade.

A demanda trabalhista visava obter o pagamento referente ao período de aviso-previo, não trabalhado, com reflexo sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Esse tema já era pacífico no Tribunal Superior do Trabalho, restando inclusive como sumulada (Súmula 305, do TST).

Diante desse quadro, Autor e Réu celebraram contrato de prestação de serviços advocatícios com esse propósito.

Posteriormente, a autora ligara para o réu com o intento de obter informações acerca da demanda. Contudo, para surpresa da daquela, a ação trabalhista ainda não tinha sido ajuizada. Nesse momento o réu prometera que iria ingressar o mais breve possível, reconhecendo inclusive que fora “um lapso de sua parte”.

Passados quinze dias, o réu ligara para a promovente informando-a da data da primeira audiência. Porém, nessa audiência a magistrada da 00ª Vara da Justiça do Trabalho extinguiu o processo. O fundamento fora a prescrição dos direitos almejados pela autora.

Os direitos da promovente, com altíssima probabilidade de recebimento, foram obstados em razão danegligência do réu. É dizer, quando da entrega dos documentos e celebração do pacto de contrato de honorários, ainda não havia surgido a figura da prescrição dos direitos pretendidos.

Para a autora, era inquestionável que a hipótese cuidava-se da clássica Teoria da perda de uma chance.

O quadro fático acima apresentado expõe, claramente, uma negligência do profissional do Direito. Mais ainda, identifica um evento não só possível de acontecer, mas sim muito provável. No caso, o provável recebimento da verba rescisória torna-se mais evidente quando o tema versado já se encontra sumulado no TST.

A pretensão da autora, por isso, fora rechaçada unicamente pela prescrição. Não se adentrou sequer ao âmago da pretensão. Com isso, resulta claro que a negligência do réu foi o único fator decisivo do não recebimento dos valores almejados. Assim, existiu notória culpa desse, emergindo, desse modo, a possibilidade da sua condenação a reparar os danos ocasionados.

Inseriu-se notas de doutrina de Sérgio Savi, Flávio Tartuce e Sílvio de Salvo Venosa.

Acrescentou-se jurisprudência do ano de 2015.

### *Jurisprudência Atualizada desta Petição:*

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS ERRO DO SINDICATO AO NÃO INCLUIR O NOME DA AUTORA NA AÇÃO AJUIZADA EM FACE DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, RELATIVO AO REAJUSTE DOS 62%. DIREITO RECONHECIDO PELA JUSTIÇA PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO DA AUTORA. PROCURAÇÃO OUTORGADA PELA AUTORA CONFIGURA INEGÁVEL CONFIANÇA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS QUE SERIAM PRESTADOS PELO SINDICATO, E QUE, POR IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA, NÃO FOI ABRANGIDO PELA AÇÃO JUDICIAL PROPOSTA. FRUSTRAÇÃO NO RECEBIMENTO DE VALORES QUE FORAM PAGOS AOS DEMAIS AUTORES DA AÇÃO.

Teoria da perda de uma chance- Indenização material devida consistente no valor os reajustes acolhidos pela Justiça Honorários advocatícios contratuais não integram a condenação Reforma da sentença para julgamento de parcial procedência Recurso parcialmente provido (Voto 4352). (TJSP; APL 0136806-87.2010.8.26.0100; Ac. 8107903; São Paulo; Oitava Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Silvério da Silva; Julg. 17/12/2014; DJESP 20/01/2015)

(Fonte: <https://www.peticoesonline.com.br/modelo-peticao/acao-de-reparacao-de-danos-advogado-teoria-da-perda-de-uma-chance-pn300>)

## **Ação de Indenização (Dano Moral, Estético e Material) BC06**

**Por: Alberto Bezerra**

**Código da Petição: PETITION-98**

**Número de páginas: 36**

**Última atualização: 24/10/2015**

## Sinopse

Trata-se de Ação de Indenização por dano moral, material e estético, onde na hipótese o autor da ação sofrera acidente de veículo, sendo o sinistro originado em face de avanço de sinal por parte do promovido.

Sofrera lesão grave, de tal sorte que tivera um pé direito amputado(deformidade física irreversível). Ademais, também tivera que arcar com conserto de seu veículo.

Por conta disto, ajuizou ação de reparação de danos, por conta de dano material, moral e estético.

Quanto ao dano moral e estético, no modelo ofertará considerações quanto à sua cumulação, delimitando, inclusive, notas jurisprudenciais e doutrinárias neste sentido.

Em tópico específico, evidenciou considerações acerca do valor da condenação(pretium doloris).

Pleiteou, em face de decisões do STJ, condenação em danos morais na ordem de 400(quatrocentos) salários mínimos e estéticos no montante de 100(cem) salários mínimos, além dos danos materiais.

Pediu, mais, neste modelo, com fulcro no art. 475-Q do Código de Processo Civil, fosse estabelecida constituição de capital para garantir o pagamento da obrigação, maiormente em face do pedido de pensão mensal vitalícia(incluindo vantagens pessoais e natalinas).

Apesar do autor perceber auxílio do INSS, por conta da invalidez, mostrou considerações da impossibilidade de compensar-se a reparação do dano com supedâneo no direito comum com a do sistema previdenciário ou securitário, em face da autonomia de ambas.

Formulou-se quesitos à perícia(CPC, art. 276).

A ação seguiu o rito sumário (CPC, art. 275, II, “d”) .

Acrescentou-se à peça processual notas de doutrina dos seguintes autores: Arnaldo Rizzardo, Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio de Salvo Venosa e Sérgio Savi.

Foram inseridas notas de jurisprudência do ano de 2015.

## Jurisprudência Atualizada desta Petição:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE ENVOLVENDO EMPRESA DE ÔNIBUS E MOTOCICLETA. DEFORMIDADES PERMANENTES.

1. Cerceamento de defesa. Necessidade de produção de prova oral. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Impossibilidade. Súmula nº 7/stj. 2. Valor da indenização por danos morais e estético. R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), respectivamente. Consonância com os princípios da proporcionalidade e

razoabilidade. 3. Falta de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF. 4. Agravo improvido. (STJ; Ag-REsp 669.133; Proc. 2015/0022869-8; RJ; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 19/03/2015)

(Fonte: <https://www.peticoesonline.com.br/modelo-peticao/acao-de-indenizacao-dano-moral-estetico-e-material-bc06>)