

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

MARCELLO FARIA DE OLIVEIRA

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE
Uma análise histórica, doutrinária e jurisprudencial do instituto

Brasília

2014

MARCELLO FARIA DE OLIVEIRA

**TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: Uma análise histórica, doutrinária e
jurisprudencial do instituto**

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília, como requisito para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Bruno Rangel Avelino

Brasília

2014

Dedico a presente monografia aos meus avós, Claudio e Izabel, por me criarem como um filho. Não fosse pelo amor e a dedicação deles esse momento não teria chegado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha família, sobretudo à minha avó Izabel e ao meu avô Claudio, por tudo que fizeram por mim ao longo de toda minha vida. Sem eles eu provavelmente não teria chegado onde agora chego.

Agradeço à minha namorada, Marina, por todo apoio que recebi e por ter me aguentado até agora, principalmente nos últimos dias de trabalho, quando nada parecia poder ser mais caótico e complicado.

Agradeço aos meus amigos, tanto os que fiz durante meu período na UnB – os Maridos da Penha – quanto os que já tinha – os Manolos – por terem tornado meu período de faculdade algo inesquecível. Faço menção especial ao Felipe, ao Kevin e à Suzana, por serem os mais presentes e os que mais me apoiaram durante os momentos difíceis.

Agradeço ao Professor Bruno Rangel, por ter aceitado me orientar em cima da hora e tê-lo feito bem, e às demais pessoas que de uma forma ou de outra colaboraram com essa monografia.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar um aspecto da responsabilidade civil ainda relativamente recente no Brasil: a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Pretende-se com essa monografia apresentar o tema, sua história, seu desenvolvimento e sua evolução, tanto no direito comparado quanto no ordenamento jurídico nacional, e demonstrar como deve ocorrer sua correta aplicação. Com isso, busca-se, principalmente, a compreensão acerca do campo de utilização da teoria e o entendimento de sua aplicabilidade prática. Dar-se-á atenção para a problemática do dano e de sua quantificação em ramos diversos do direito civil para que se possa chegar a uma conclusão a respeito da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nas diferentes áreas possíveis. Para tanto, a presente monografia apresenta um breve resumo acerca da evolução da teoria da responsabilidade civil como um todo, para depois apresentar a evolução da teoria da perda de uma chance na doutrina e jurisprudência estrangeiras, sobretudo na França e nos Estados Unidos. Em seguida, apresenta-se como a teoria foi desenvolvida no Brasil, os aspectos doutrinários, os conceitos importantes e algumas aplicações específicas. Por fim, trata-se da jurisprudência nacional e da forma com que a teoria tem se difundido dentro do país.

Palavras-chave: Perda de uma chance. Responsabilidade civil. Direito civil.

ABSTRACT

The following project intends to study a relatively new Law theory: the loss of a chance theory. Within the following work, it'll be presented the theory's history, its development and its evolution, both within the Brazilian Law and within other countries' judicial system, so that it can be demonstrated how the theory should be correctly applied. Moreover, the present work will study the circumstances in which the loss of a chance theory should be applied and to which cases it should apply. In order to do that, the following project will study the theory's precedents evolution, as well as its own, in the Justice system of foreign countries, especially France and the United States. Later, it will be shown how the theory developed in Brazil, the internal Justice system discussions, the important concepts and some specific applications of the theory. Finally, there will be a case study that will try to show how the theory is being applied and spreading throughout the Brazilian courts.

Keywords: Loss of a chance. Civil Law. Civil responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO ESTRANGEIRO	10
1.1 A PROGRESSÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
1.2 O SURGIMENTO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.....	15
1.2.1 O surgimento e desenvolvimento da teoria da perda de uma chance na França	15
1.2.2 A perda de uma chance na <i>common Law</i> e no direito norte-americano.....	20
2. A PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL	23
2.1 A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA	23
2.2 CONCEITO.....	27
2.2.1 Chance real e séria	29
2.2.2 A quantificação das chances perdidas	33
2.3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS MÉDICOS	36
2.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NA PERDA DE UMA CHANCE	43
2.5 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DE FAMÍLIA ...	46
3. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NOS CASOS DE PERDA DE UMA CHANCE.....	50
3.1 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ANTES DO CASO “SHOW DO MILHÃO”	52
3.2 O CASO “SHOW DO MILHÃO”	56
3.3 OUTROS CASOS RELEVANTES DE PERDA DE UMA CHANCE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	60
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a teoria da perda de uma chance, instituto da responsabilidade civil que se desenvolveu na Europa durante a segunda metade do século XX, sendo discutida pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro na década de 90. Busca-se aqui entender como a teoria se desenvolveu, encontrou espaço no Direito nacional e qual seria sua correta aplicação. Não obstante, também se pretende analisar mais detalhadamente a questão da aplicação em pontos específicos do direito civil para trabalhar a problemática das possíveis diferentes aplicações dentro do direito, de modo a saber se existem diferenças entre as aplicações ou se a utilização da teoria é igual em todos os aspectos.

Para melhor análise do instituto, será analisada a evolução histórica e o desenvolvimento da responsabilidade civil e de suas respectivas teorias. Posteriormente, será feita a análise da teoria da perda de uma chance na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, sobretudo os casos das cortes francesas e norte-americanas, de forma a entender um pouco melhor como a teoria é utilizada fora do país.

De forma simplificada, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance começa a ser estudada na França, ao final do século XIX, sendo propriamente desenvolvida a partir da década de 60 do século XX. A teoria também se desenvolveria nos países da *common Law*, como Inglaterra e Estados Unidos. A compreensão do surgimento e do desenvolvimento da teoria nesses países é importante para própria compreensão do assunto.

Mais adiante, será analisada a temática dentro da doutrina brasileira. Nesse momento será conceituada a teoria da perda de uma chance e serão explicados seus pré-requisitos e os fatores relevantes à sua aplicação. Aqui também serão estudadas algumas aplicações específicas da teoria da perda de uma chance que podem ter mais relevância ou por causarem certos questionamentos.

Esses fatores mostram-se importantes por propiciarem próprio conhecimento acerca do funcionamento do instituto. Assim, o estudo do conceito e dos principais elementos constitutivos da teoria, quais sejam chance real e séria e quantificação da chance perdida, é de grande relevância para a total aceção da teoria a ser estudada.

Não obstante, a análise das aplicações específicas da perda de uma chance servirá para trabalhar a problemática das possíveis diferenças de aplicação e de entendimento dos requisitos da teoria. Pretende-se com isso chegar a uma conclusão acerca da possibilidade de haver diferenças na utilização da teoria da perda de uma chance ou se seria essa uma teoria estática e fixa.

Por fim, proceder-se-á à análise da aplicabilidade e da aceitação da teoria da perda de uma chance dentro do ordenamento jurídico nacional, fazendo um breve estudo de caso e explicando em cada caso como que determinados elementos se apresentam para, assim, compreender como o Direito brasileiro entende que deve ser a aplicação da teoria e em que casos ela se aplica dentro do território nacional.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO ESTRANGEIRO

A teoria da perda de uma chance consiste em uma nova modalidade de responsabilidade civil ou, ao menos, em uma nova forma de interpretar e entender a responsabilidade civil. A teoria surge na Europa, mais especificamente na França do final do século XIX, em caso enfrentado pela Corte de Cassação, propagando-se posteriormente para a Inglaterra e outros países da *commonwealth*, a partir de caso enfrentado em 1911 pelos tribunais ingleses, antes de se espalhar pelo restante da Europa e do mundo, eventualmente chegando ao Brasil, ainda que de forma muito tímida.

Para melhor compreensão da teoria, de sua definição e aplicação, o presente capítulo se destinará à explicação da progressão histórica da responsabilidade civil, em que a teoria da perda de uma chance se insere e de onde ela surge, e do surgimento da teoria na França e nos países da *common Law*, que muito trataram sobre o assunto.

1.1 A progressão histórica da responsabilidade civil

No início da civilização, o principal método de obtenção de reparação pelos atos que causassem prejuízos a uma pessoa consistia na vingança, possivelmente o mais básico dos mecanismos de autotutela.

Em tal época, por não haver qualquer lei ou norma que regulamentasse essa prática, era consideravelmente comum que a medida tomada contra o ofensor fosse desproporcional e/ou cruel. Também não era raro que as medidas excedessem a pessoa do agressor e alcançasse pessoas de sua família.

Esse quadro teve suas primeiras mudanças com o aparecimento das primeiras leis e normas de que se tem notícia, tal como o Código de Hammurabi. Esses primeiros aparatos normativos impunham limites à punição que poderia ser aplicada aos agressores, porém, normalmente, os regulamentos dispostos se calcavam na pena de Talião, conhecida pela famosa máxima “olho por olho, dente por dente”.

Necessário ver, ainda, que nesse momento a única exigência necessária para que houvesse aplicação de pena a um indivíduo era a existência de dano causado por ele. Aqui, ainda

não se fala de culpa do agente, sendo ela um fator completamente desnecessário à aplicação das penas e punições.

Nesse sentido, cumpre mencionar o disposto por Carlos Roberto Gonçalves em seu manual sobre responsabilidade civil:

Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, 'forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal'.

Se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha à vindita imediata, posteriormente regulamentada, e que resultou na pena de talião, do 'olho por olho, dente por dente'. (GONÇALVES, 2010, p. 24-25)

Esse período seria superado a partir do momento em que o Estado passa a possibilitar a composição aos particulares. Nessa época, a vítima propunha o pagamento de determinada quantia em dinheiro para reparação de seu prejuízo e ficava a critério do ofensor decidir entre o pagamento da quantia elencada pela vítima ou sofrer o mal que a vítima poderia lhe causar.

Posteriormente essa possibilidade de escolha seria abolida e ao ofensor só caberia a possibilidade de reparação pelo dano causado através de compensação financeira. Dessa forma existe o fim da autotutela, da justiça feita com as próprias mãos. É justamente nesse momento em que surge a Lei das XII Tábuas, que previa a reparação através de indenização econômica pelo dano econômico causado por um agente a outrem.

Aqui já se caminhava de encontro à responsabilidade civil de forma mais parecida com a que existe hoje. Entretanto, é somente com o surgimento da *Lex Aquilia de damno*, por volta de 250 a.c., que se esboçam os contornos da responsabilidade civil atual, sobretudo da teoria da responsabilidade civil subjetiva.

A *Lex Aquilia* fez com que o Estado trouxesse para si o dever de punir aqueles que causavam danos a outrem, impondo a eles a obrigação de indenizar as vítimas mediante reparação pecuniária. Aqui já não se admite mais que se fale de possibilidade de a vítima se vingar do agente que lhe causou o dano.

A lei também foi de fundamental importância por ter traçado a noção de culpa como necessidade para se operar a responsabilização do agente. Se não houvesse culpa do agente, não haveria que se falar em obrigação de reparação. A *Lex Aquilia* também foi responsável por estabelecer as bases da responsabilidade extracontratual ao criar uma forma de reparação do prejuízo com base na definição de seu valor.

Sobre o assunto, vale mencionar os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

A *Lex Aquilia* de damno veio cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia* de damno estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia, mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e a penal. (DINIZ, 2010, p.11)

Outro marco de grande importância para a responsabilidade civil aconteceria na Idade Média, com a separação da ideia de dolo e de culpa *stricto sensu*, frutos da crescente influência da doutrina francesa na matéria da responsabilidade civil. Também é finalmente nesse período que começa a haver o rompimento da responsabilidade penal com a responsabilidade civil.

Como mencionado anteriormente, a doutrina francesa foi – e ainda é – uma das mais influentes com relação à matéria aqui discutida. Entre os aspectos mais importantes trazidos por referida doutrina é o Código Civil Francês de 1804, também conhecido como Código Napoleão, responsável por ocasionar uma maior difusão da responsabilidade civil dentro dos demais ordenamentos.

Nestes termos, vale mencionar novamente Carlos Roberto Gonçalves:

O direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românticas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade

civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.

Era a generalização do princípio aquiliano: in lege Aquilia et levíssima culpa venit, ou seja, ainda que levíssima, obriga a indenizar. A noção da culpa in abstracto e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código Napoleão, inspirando a redação dos arts. 1.382 e 1.383. A responsabilidade civil se funda na culpa – foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo. (GONÇALVES, 2010, p.26)

Como se pode ver a partir da elucidação acima, a doutrina francesa, sobretudo com o Código Napoleão, presta-se a refinar e aperfeiçoar aquilo que apareceu pela primeira vez com a *Lex Aquilia*. Isso dá origem à responsabilidade civil subjetiva, ou seja, a responsabilidade civil baseada na necessidade da existência e comprovação de culpa por parte do agente causador do dano, da forma que temos hoje.

Entretanto, ainda que a responsabilidade civil subjetiva fosse, na maioria das vezes, a forma mais justa de se fazer com que o dano fosse reparado, muitas vezes a comprovação da culpa se provava demasiadamente custosa ou difícil de realizar. Por conta disso, acontecia de a vítima não ter seu dano ressarcido. O crescimento do número de ações indenizatórias e a complexidade que elas tomavam também não colaboravam com esse cenário, fazendo com que críticas fossem geradas à teoria subjetiva, que parecia não mais atender ao seu propósito.

É em resposta a esses problemas que o Código Napoleão previa a possibilidade de inversão do ônus probatório para algumas questões específicas, como situação em que o filho causava dano a outrem. Nesse caso, caberia ao pai prova que o filho não tinha culpa, não cabendo à vítima a necessidade de provar tal fator. Essa inversão de ônus da prova ficou conhecida como a teoria da culpa presumida e ela destinava-se à maior facilidade na satisfação dos direitos dos indivíduos em questões de difícil comprovação.

A inversão do ônus da prova proporcionada pela teoria da culpa presumida, todavia, ainda não era o suficiente para abarcar algumas situações controversas e de dificuldade probatória. Isso fez com que surgisse, a partir da segunda metade do século XIX e novamente na França, a teoria da responsabilidade civil objetiva ou teoria do risco.

A teoria mencionada acima tem duas divisões: a teoria do risco proveito e a teoria do risco criado. A primeira determina que se alguém tira proveito ou vantagem de um fato que causa dano a outrem, esse alguém é obrigado a reparar aquela pessoa a quem causou o prejuízo. Já a segunda teoria funda-se na ideia de que se o sujeito pratica uma atividade que possa causar dano a outra pessoa, ela é obrigada a indenizar a vítima prejudicada caso haja efetivamente o dano.

Aqui já é possível ver uma separação considerável com relação à teoria da responsabilidade civil subjetiva. Aqui já não há mais a necessidade de comprovação nem de existência de culpa, sendo suficiente a presença denexo causal e dano. Ela não se confunde com a teoria da presunção de culpa justamente pela não necessidade de existência da culpa do agente que causa o dano, mas sim de um risco que tenha sido explorado ou causado e que tenha causado danos.

Um exemplo de responsabilidade objetiva é o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. O texto determina que as pessoas jurídicas de direito público e as privadas que prestam serviços públicos responderão pelos danos causados por seus agentes. Não há qualquer previsão de necessidade de comprovação de culpa no mencionado dispositivo constitucional.

As duas teorias modernas principais acerca da responsabilidade civil, quais sejam a da responsabilidade civil subjetiva e a da responsabilidade civil objetiva, foram adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. A principal delas parece ser a teoria da responsabilidade subjetiva, de forma que a necessidade de comprovação de atitude culposa ainda existe na maioria dos casos, mas a presunção da culpa e a responsabilidade calcada no risco são recepcionadas em pontos específicos do aparelhamento normativo brasileiro.

Necessário notar, contudo, que independentemente da escolha da teoria pelo legislador, a responsabilidade civil como um todo tem o objetivo de proporcionar à vítima o ressarcimento e a reparação do prejuízo que lhe foi causado, ao mesmo tempo em que busca por fim aos meios privados de acertos de contas, como a vingança, e às medidas e atitudes desproporcionais que poderiam ser tomadas.

Assim, a responsabilidade civil caracteriza-se por ser verdadeiro meio de promoção de justiça, uma vez que se presta à reparação de danos patrimoniais ou morais, sem

que para isso se imponha um encargo demasiadamente pesado tanto à parte lesada quanto à parte causadora do dano, de forma a restabelecer o equilíbrio sem que qualquer dos lados saia prejudicado em razão disso.

1.2 O surgimento da teoria da perda de uma chance

Conforme mencionado no início do presente capítulo, a teoria da perda de uma chance surge na Europa, sendo o primeiro caso relacionado ao assunto datado do final do século XIX, quando a Corte de Cassação Francesa decide pela primeira vez, após intensas discussões doutrinárias, indenizar o autor de uma demanda por conta da atuação de um oficial que fez com que o autor perdesse todas as chances de ter êxito na causa durante seu procedimento (SILVA, 2013).

A teoria da perda de uma chance ainda encontraria aplicação no sistema da *common Law*, mais especificamente no ano de 1911 e na Inglaterra. No caso, conhecido como *Chaplin v. Hicks*, a autora era uma das 50 finalistas de um concurso de beleza, concorrendo a 12 prêmios, assim como as demais candidatas. O réu a teria impedido de participar da fase final do concurso e, por conta disso, um dos juízes de apelação entendeu que ela teria vinte e cinco por cento (25%) de chance de ganhar um dos prêmios (SILVA, 2013).

A temática da indenização pela chance perdida, no entanto, só viria a efetivamente se desenvolver a partir da segunda metade do século XX, sobretudo na França e em alguns países da *common Law*, que serão estudados separadamente a seguir, antes de chegar ao ordenamento jurídico brasileiro, que será tratado no capítulo 2.

1.2.1 O surgimento e desenvolvimento da teoria da perda de uma chance na França

Após o primeiro caso ocorrido na França no século XIX, descrito acima, a situação viria a se repetir novamente somente na década de 1960, mais especificamente no ano de 1964. O primeiro caso sobre o assunto analisado no século XX foi apreciado pela 1ª Câmara da Corte de Cassação. Ao contrário do caso ocorrido anteriormente, no entanto, esse se tratava de um caso médico. Nesse sentido, vale citar Miguel Kfuri Neto apud Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum:

O julgado que inaugurou a jurisprudência francesa adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris,

de 17/7/1964, sobre fato ocorrido no ano de 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves consequências (invalidez) do menor não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. A Corte de Cassação assentou que: 'Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade'. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma 'chance' de agir de modo diverso - e condenou-o a uma indenização de 65.000 francos. (KFOURI NETO apud SCHONBLUM, 2009, p. 94)

Aqui é interessante se atentar principalmente ao fato de que, como coloca o autor, não era possível estabelecer um nexo causal direto entre o erro do médico e as consequências sofridas pelo menor. Até então, como visto no subitem anterior desse capítulo, sempre se havia exigido a necessidade de nexo causal claro, direto e evidente entre o ilícito praticado pelo agente e o dano ou entre o risco criado pelo agente e o dano.

A partir do julgado acima, a doutrina e jurisprudência francesas passaram a aceitar a ideia de que não era necessária a presença de certeza e de sua comprovação para que a vítima pudesse ser indenizada, podendo haver indenização em casos em que se mostrassem presentes alta probabilidade de a vítima auferir uma vantagem ou, ao menos, evitar uma perda se uma ação tivesse sido tomada de forma diferente ou não tivesse sido tomada. Aqui, existe uma valorização maior do prejuízo sofrido, do dano, que dos outros pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, culpa e nexo causal.

Surge, então, a defesa da indenização pela perda de uma chance de se obter determinado resultado vantajoso ou de se evitar um dano, ideia que seria, a princípio, muito utilizada nos casos médicos, o que a daria o nome de *perte d'une chance de survie ou guérison* (perda de uma chance de cura ou de sobrevivência).

Esse não foi, todavia, o único caso que foi decidido por perda de uma chance na França durante a década de 1960. No ano de 1969, a corte francesa julgou outro caso, ainda de caráter médico, em que a teoria foi aplicada. Em referido julgado, um paciente que sofria de apendicite foi submetido a procedimento cirúrgico e faleceu após sua realização. Menciona-se, contudo, que o paciente não foi submetido aos exames pré-operatórios necessários, que poderiam ter-lhe dado uma maior chance de sobrevivência, pois dariam maior segurança aos médicos que realizaram a cirurgia. Nesse caso, a fixação da indenização se deu não com base na morte do indivíduo, mas em razão da não realização dos exames pré-operatórios, pois teria sido a ausência deles que teria retirado do paciente a chance de sobreviver.

Posteriormente, as cortes francesas passaram a aplicar a teoria da perda de uma chance em matérias não necessariamente relacionadas à responsabilidade civil médica. Nos anos que sucederam as duas decisões supracitadas, a Corte de Cassação Francesa também apreciou diversos casos de perda de uma chance em jogos de azar, competição esportiva, falha de atuação de advogado, quebra de dever de informar, entre outras (SILVA, 2013).

Em especial, é possível mencionar caso julgado pelas cortes francesas em que uma viúva ingressou com ação contra o responsável pela morte de seu marido porque, não fosse pela morte dele, ela auferiria condições de vida melhores. A justificativa da autora para tal ação era o fato de que o marido era um brilhante médico residente e o réu já havia sido condenado pela morte de seu marido. A Corte de Cassação responsabilizou o réu com base na teoria da perda de uma chance (SILVA, 2013). Vê-se aqui um caso em que houve a responsabilização por perda de chance de auferir valores futuros e não muito certos.

Mostra-se oportuno dizer, contudo, que a doutrina francesa não é perfeitamente unânime com relação à aplicação da responsabilização pela teoria da perda de uma chance. Como exemplo disso, pode-se mencionar o fato de que boa parte da doutrina francesa não vê com bons olhos a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos médicos, ainda que eles tenham sido os primeiros paradigmas da teoria (SILVA, 2013).

Porém, isso não constitui fator impeditivo para que os tribunais franceses continuem a aplicar a teoria com considerável frequência, mesmo em matérias relacionadas à área médica, não sendo raro encontrar acórdãos nesse sentido. Cita-se, como exemplo, caso decidido pela Corte de Cassação francesa em 2010, em que uma criança e seus pais foram indenizadas pela perda de uma chance de se evitar sequelas neurológicas apresentadas após o parto (SILVA, 2013).

Saindo do seara médica, que foi a maior fonte de exemplos até agora, ainda é possível citar casos de concessão de indenização por perda de uma chance em casos em que foi impedida participação de pessoas em competições, como dois velejadores franceses que foram impedidos de participar das etapas classificatórias para as Olimpíadas de Los Angeles em 1984. Também pode ser citado dentro do mesmo tema caso em que cavalo de corrida sofreu acidente

enquanto era transportado e o transportador teve de indenizar o proprietário do animal pela perda de uma chance de auferir lucros na competição em que o cavalo participaria (SILVA, 2013).

São inúmeros os casos de aplicação da teoria da perda de uma chance na jurisprudência francesa, ainda que haja considerável debate doutrinário, de forma que seria contra produtivo listar todos os campos de aplicação da teoria. Ainda assim, um último assunto que merece certa atenção e que será tratado novamente no presente trabalho, mas sob a ótica nacional, é a perda de uma chance em matéria contenciosa.

Como mencionado anteriormente, o primeiro caso de aplicação de perda de uma chance ocorreu justamente por conta de falha de atuação de oficial de justiça. Essa é uma das áreas mais fáceis para um magistrado auferir a perda de uma chance e, conseqüentemente, uma das mais seguras para aplicação da teoria da perda de uma chance. Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva:

Um dos prováveis motivos para essa aceitação mais facilitada é o fato de o juiz não depender de laudos externos para basear o seu convencimento, ou seja, o próprio magistrado atua como *expert*. Assim, toda vez que acontecer um erro de um advogado, oficial de justiça, escrivão ou de qualquer profissional que atua no sentido de dar normal seguimento às demandas judiciais, não será estranho à função do juiz avaliar quais as chances perdidas pela vítima (SILVA, 2013, p. 166).

A facilidade de se auferir a possibilidade da demanda, contudo, não quer dizer que qualquer erro cometido por advogado ou membro da justiça dê ensejo à reparação por chance de perda. A pessoa que ajuíza uma ação em face de advogado que perdeu prazo recursal por negligência não teria direito a indenização se o recurso a ser interposto não tivesse qualquer chance de ser bem sucedido. O mesmo poderia ser dito de um caso em que a jurisprudência não fosse uníssona no momento de resolver o caso.

Acerca dos pontos supramencionados, é válido mencionar caso em que foi ajuizada ação por empresário contra advogado porque ele teria perdido prazo prescricional para entrar com uma ação de indenização contra transportadora que teria danificado mercadoria enviada. Apesar de se ter constatado que o advogado realmente teria agido com negligência, também foi notado que o autor da ação não possuía provas suficientes para que sua pretensão de indenização por dano de mercadoria fosse aceita, de forma que nada coube ao advogado indenizar (SILVA, 2013).

Novamente sobre o assunto, cumpre mencionar Rafael Peteffi da Silva:

Nota-se, então, que a simples comprovação da falha do advogado não é suficiente para a concessão da reparação, sendo necessária a prova da seriedade das chances perdidas. Nesse sentido, em 18 de fevereiro de 1997, a Corte de Cassação julgou improcedente uma demanda contra um oficial de justiça que não havia realizado uma penhora em tempo hábil, tendo em vista que o crédito que deveria ser objeto de referida penhora era muitíssimo difícil de ser cobrado (SILVA, 2013, p. 167).

O tipo de atuação do magistrado nesses casos, além da óbvia função de julgá-los, é similar à de um perito, já que seu conhecimento sobre o assunto é vasto e considerável, uma vez que é inerente à atividade por eles praticada. Por ser o juiz capaz de mensurar a probabilidade de uma causa ser bem sucedida e de provavelmente ter melhor conhecimento acerca da jurisprudência na época em que a ação deveria ter corrido, fica consideravelmente mais fácil para que possam tomar uma correta decisão sobre o assunto.

De forma a encerrar esse subitem, mostra-se interessante anotar os pensamentos de Sérgio Savi acerca da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico francês:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda de uma chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance (SAVI, 2012, p.3).

Tendo por base a breve exposição acima, parece inegável a importância que a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência francesa tiveram para o desenvolvimento da temática da perda de uma chance. É principalmente a partir dela que se espalha e se desenvolve o estudo da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Por influência francesa, um dos principais expoentes no que diz respeito à responsabilidade civil, a teoria da perda de uma chance se difundiu por outros países do mundo, chegando aos países da *common Law*, que também fizeram boa e relevante aplicação da teoria, que é o que será estudado a seguir.

1.2.2 A perda de uma chance na *common Law* e no direito norte-americano

A teoria da perda de uma chance também encontrou espaço dentro do sistema jurídico da *common Law*, como visto nos momentos iniciais desse item, ainda que esse sistema jurídico se diferencie bastante do sistema romano-germânico.

Antes de passar a comentar sobre como a teoria da perda de uma chance se apresenta nos países do sistema da *common Law* é necessário se atentar ao fato de que não há nesses países uma cláusula ou dispositivo geral que trate especificamente da responsabilidade civil. Na *common Law*, a responsabilidade civil se apresenta de forma casuística, ainda que países como a Inglaterra e os Estados Unidos – principais países analisados nesse trecho do trabalho – tratem-na de forma sistemática (SILVA, 2013).

O *leading case* para a análise da teoria da perda de uma chance no direito inglês parece ser o caso *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*. O caso, que versava acerca da possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em caso médico na Inglaterra, apresentou importante argumentação acerca da matéria naquele país. Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva:

Os votos de Lorde Bridge e Lorde Ackner deixam claro que, nas hipóteses em que o processo aleatório foi até o final, a única opção é utilizar o método “tudo ou nada” de verificação de causalidade, isto é, ou prova-se que a conduta do réu foi uma das causas concorrentes para a causação do dano, ou o autor não logra efetuar tal prova e, como consequência, suporta sozinho todo o prejuízo.

Em contraponto ao caso *Hotson*, Lorde Ackner relembra o primeiro caso de responsabilidade civil pela perda de uma chance, no direito inglês. A propósito, em *Hicks v. Chaplin* a vítima havia perdido um concurso de beleza, pois foi impedida de participar da etapa final devido à conduta culposa da ré. Nos casos em que o processo aleatório é interrompido antes do fim, o magistrado inglês vislumbra a utilização de uma noção ortodoxa da causalidade, restringindo a discussão ao campo da quantificação dos danos (SILVA, 2013, p. 179).

Nota-se aqui que para a teoria da perda de uma chance poder ser aplicada pelos ingleses existe pelo menos a exigência de que as chances perdidas pelos autores prejudicados sejam espécies autônomas de dano.

As cortes canadenses, mormente as da região francófona de Quebec, também apresentam decisões muito parecidas à decisão do caso referido acima. Como exemplo, vale mencionar o caso *Lawson v. La Ferrière*, julgado pela Cour D’Appel, que adotou posicionamento

similar àquele tomado pela doutrina francesa – marcadamente contrária à aplicação da perda de uma chance aos casos médicos – e negou a reparação em caso de perda de uma chance em razão de responsabilidade civil médica (SILVA, 2013).

Rafael Peteffi da Silva, mencionando Tory Weigand, explica que a teoria da perda de uma chance não encontra aceitação no que diz respeito aos casos da seara médica na maioria dos países da *commonwealth* e que as decisões da Suprema Corte de países como Inglaterra e Canadá refletem bem essa situação (SILVA, 2013).

A teoria parece encontrar considerável aceitação, contudo, nos casos envolvendo perda econômica. Inclusive, é interessante notar que os primeiros casos em que a teoria da perda de uma chance foram aplicadas nos países da *Commonwealth* versavam justamente sobre danos causados por má-atuação de advogados, de forma consideravelmente semelhante ao primeiro caso apreciado pela Corte de Cassações da França, ainda no século XIX.

Nos países da *commonwealth*, então, é possível ver certo distanciamento da aplicação da teoria da perda de uma chance da jurisprudência francesa. Apesar de haver casos de aceitação da teoria em determinados aspectos, como o caso da mulher que foi impedida de participar de um concurso de beleza e auferir lucros em decorrência de tanto, a teoria da perda de uma chance não parece ser muito bem aceita nos casos que dizem respeito a erros médicos ou responsabilidade civil médica de forma geral. Ironicamente, ainda é interessante perceber que esses países adotam posicionamento similar ao da doutrina francesa, que em grande parte rejeita a própria jurisprudência.

A jurisprudência norte-americana, todavia, é menos uníssona com relação a essa matéria, contudo. Isso se deve, principalmente, ao pacto federativo americano, dando a cada um dos estados considerável autonomia, de forma que a corte de cada estado tem liberdade para decidir da forma que lhe parecer mais adequada. Não há aqui, mesmo sendo um país que adota a *common Law*, uma uniformidade tão grande quanto é possível encontrar nos outros países que adotam o mesmo sistema e foram brevemente tratados acima. Assim, o caso norte-americano pode ser um pouco diferente dos demais.

Para facilitar um pouco, parece interessante analisar aquilo que é consensual em todo território norte-americano. Aqui se percebe um fato muito curioso e interessante, que vai de

encontro a tudo que foi falado até o momento sobre os demais países que aplicam e utilizam a *common Law*: as cortes americanas apreciam e julgam favoravelmente casos de responsabilidade civil médica, ao passo em que as causas relativas à má-atuação na advocacia, como perda de prazos e negligência, são rejeitadas e não encontram muito espaço. É exatamente o contrário do que acontece nos demais países da *common Law* e do defendido pela doutrina francesa (FISHER apud SILVA, 2013).

A questão se mostra ainda mais peculiar quando levado em consideração o fato de que tanto a jurisprudência norte-americana quanto sua doutrina não apresentam justificativas ou motivações fortes para a defesa de tal posição. Dessa forma, cabe mais uma vez reproduzir os ensinamentos de Rafael Peteffi da Silva:

John Goldberg assevera que a aceitação da teoria da perda de uma chance implica uma menor certeza em relação à prova dos requisitos da responsabilidade civil. Todos os efeitos negativos que tal diminuição de certeza poderia acarretar somente seriam justificados quando o bem jurídico protegido fosse a saúde humana. Nesta seara, seria muito perigoso permitir que os médicos não sofressem qualquer tipo de punição quando retiradas chances de sobrevivência (SILVA, 2013, p. 183).

Ainda sobre o estranho posicionamento adotado pelas cortes norte-americanas vale notar dois casos da Suprema Corte de Washington. O primeiro deles, o caso *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*, considerado um dos casos mais relevantes sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance na área médica, em que foi concedida indenização em razão de erro médico.

O segundo caso é o caso *Daugert v. Pappas*, julgado pela mesma corte dois anos depois. Ao contrário do primeiro caso, contudo, esse versava sobre erro cometido por advogado, que não havia ajuizado recurso de apelação. Ao contrário do caso acima, no entanto, o autor não logrou êxito em sua ação. A partir das palavras de Polly Lord, Rafael Peteffi da Silva explica que se verifica uma analogia perfeita entre os elementos dos dois casos, de forma que é de se estranhar que eles possuam resultados diferentes (SILVA, 2013).

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a jurisprudência norte-americana se aproxima da jurisprudência francesa no aspecto relativo à possibilidade de indenização por perda de uma chance na seara médica, fato pouquíssimo aceito em outros países, ela também se afasta por não aceitar quase nenhuma outra hipótese de perda de uma chance.

2. A PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL

Vencido todos os aspectos históricos da evolução das teorias da responsabilidade civil e da teoria da responsabilidade civil pela chance perdida, é possível passar à análise de aspectos mais concretos acerca do assunto. Dessa forma, no presente capítulo serão analisados fatores como conceito, pressupostos e relação com demais aspectos da responsabilidade civil de um ponto de vista doutrinário.

2.1 A posição doutrinária

Conforme já mencionado algumas vezes ao decorrer da presente monografia, a teoria da perda de uma chance ainda é muito recente no ordenamento jurídico brasileiro e, sendo assim, não encontra tanto material quanto outros aspectos já consolidados do Direito.

Ainda assim, menciona Savi que, no decorrer dos últimos oito anos, o tema tem crescido em termos de relevância dentro da doutrina nacional. Ainda que seja de forma superficial, o crescimento é importante para sua maior difusão e melhor aplicabilidade dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Alguns autores, ainda que não mencionem diretamente a teoria em suas respectivas obras, parecem recepcioná-la ao tratar de determinados assuntos, como a responsabilidade civil do advogado, em que as indenizações pela perda de uma chance parecem ser mais constantes, como visto no estudo do direito estrangeiro feito anteriormente.

A título de exemplo, Sergio Savi menciona a postura adotada por Agostinho Alvim acerca do assunto mencionado. Apesar de o autor não falar expressamente da teoria da perda de uma chance, a forma com que ele trata da perda de prazo por parte de advogado aproxima-se da forma tratada pela teoria da chance perdida. Nas palavras do próprio Sergio Savi:

Agostinho Alvim, ao tratar de perda de prazo por parte do advogado para a interposição do recurso de apelação contra sentença prejudicial aos interesses do seu constituinte, afirma que seria impossível prova que, acaso interposto, o recurso teria logrado provimento.

Todavia, mesmo não sendo possível fazer esta prova, Agostinho Alvim reconhece, assim como o faz a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, a existência de um dano diverso da perda da causa, consistente na perda de uma chance de ver a matéria reexaminada pelo Tribunal, dano este passível de prova de certeza e de quantificação (SAVI, 2012, p. 37).

Ainda de acordo com Savi, Agostinho Alvim ainda viria a tratar depois de típico caso de perda de uma chance, consistente na hipótese de determinada pessoa participar de competição em que apresentaria um animal raro e concorreria a prêmio. Por descuido do responsável pelo tratamento do animal, esse vem a morrer, retirando a possibilidade de seu dono ganhar o concurso (SAVI, 2012).

Aqui Agostinho Alvim veria um dano além da morte do animal, que seria justamente a perda da possibilidade de ganhar o concurso, o que daria ao animal um valor de comércio aumentado. Nas palavras de Alvim apud Savi: “esse a mais, que ele valia, entrava como elemento ativo no patrimônio de seu dono. De modo que, se o que se pede é esse *a mais*, e não prêmio, não se está no terreno da fantasia e sim do real” (ALVIM apud SAVI, 2012).

Esse valor adicional mencionado por Agostinho Alvim a que o proprietário faria jus consiste na probabilidade de o animal ser vitorioso na competição. Ao reconhecer a possibilidade de reparação desse valor, o autor também acata, ainda que não nesses termos, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. O referido valor a mais não seria algo hipotético, mas um fator certo que daria ensejo à reparação caso algum evento o diminuísse ou retirasse (SAVI, 2012).

Esse aspecto serve para mostrar que a teoria da perda de uma chance, de fato, já chegou ao ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo que alguns autores não façam menção expressa à teoria, a forma com que alguns assuntos são tratados mostra que já existe certa aplicação dela difundida na prática nacional.

Existem outros doutrinadores, no entanto, que já tratam expressamente do assunto em suas obras. É o caso, por exemplo, de Silvio de Salvo Venosa, que trata da teoria na parte responsabilidade civil do advogado e dedica parte do capítulo de dano e reparação ao assunto, e de Sergio Cavalieri Filho, que dedica um subitem no capítulo de responsabilidade extracontratual subjetiva para tanto. Além de tais autores, ainda é possível mencionar que Aguiar Dias, Carvalho Santos, Antônio Jeová dos Santos, Sergio Novais Dias, entre outros autores, também dedicam parte de suas obras sobre responsabilidade civil para o assunto (SAVI, 2012).

Dessa forma, parece claro que a doutrina brasileira aceita a teoria da perda de uma chance. Isso não quer dizer, porém, que o assunto é tratado da mesma forma por todos e que o

assunto é visto de forma unânime. Existem certas divergências acerca do assunto que merecem ser analisadas, que é o que será feito a seguir.

A principal divergência doutrinária acerca da teoria da perda de uma chance no Brasil parece ser quanto à natureza jurídica que a perda de uma chance possui. Ao passo que alguns autores a consideram como dano emergente, outros a consideram como lucros cessantes, havendo, ainda, autores que tratam da perda de uma chance como dano moral ou como uma modalidade própria de dano.

Entre os que consideram a perda de uma chance como dano emergente parece válido mencionar Sergio Savi e Agostinho Alvim, ainda que o último não faça menções diretas à teoria da perda de uma chance em suas obras. Esses autores tratam a chance de ganhar alguma coisa, de auferir lucro mediante determinada circunstância, como um valor inerente àquilo que poderia gerar o lucro. Assim, voltando à hipótese do cavalo que concorre a um prêmio e tem chances de ganhá-lo, o valor do mencionado animal não é apenas o valor de um cavalo, mas o valor de um cavalo acrescido ao valor que a probabilidade de ganhar a competição lhe confere.

Dessa forma, ao pleitear uma indenização por dano material pela perda de uma chance, o que se teria perdido não seria uma competição, como no caso acima, mas a possibilidade de ganhá-la. O ressarcimento, portanto, teria que acontecer com base na referida possibilidade, que consiste em um dano que certamente foi sofrido, e não em relação aos valores que poderiam ser ganhos, que constituiriam meramente um dano hipotético. Nesse sentido, interessa mencionar o que Sergio Cavalieri Filho diz sobre o assunto:

Sérgio Savi, em excelente monografia sobre o tema (*Responsabilidade civil por perda de uma chance*, Atlas, 2006), baseado em Adriano DeCupis, conclui que a perda de chance deve ser considerada em nosso ordenamento jurídico *uma subespécie de dano emergente*. Sustenta que a chance deve ser considerada uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão e que, ao se inserir a perda de uma chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão **prejudicial**) ... Assim, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem. Isto é, faz-se uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo. Ao assim proceder; a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo (ob. cit., p. 102) (CAVALIERI FILHO. 2012, p. 84).

Para outra parte da doutrina, contudo, a perda de uma chance aparece de forma assemelhada aos lucros cessantes. É o caso, por exemplo, de Aguiar Dias e de Carvalho Santos. O grande problema dessa vertente de pensamento, contudo, é o fato de ela esbarrar na necessidade de comprovação do dano, ainda que relativo, já que para tanto seria necessário haver alguma comprovação de prejuízo. Essa parece ser, contudo, a forma que a jurisprudência brasileira, por vezes, acaba tratando do assunto. Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

Em muitas situações, ao ser concedida a indenização por lucros cessantes, os tribunais indenizam, ainda que em nosso país não se refiram ordinariamente à expressão, à *perda de oportunidade* ou *perda de chance*, frequentemente citada na doutrina estrangeira: atleta profissional, por exemplo, que se torna incapacitado para o esporte por ato culposo deve ser indenizado pelo que presumivelmente ganharia na continuidade de sua carreira (VENOSA, 2014, p. 325).

Existem, ainda, autores que trabalham a perda de uma chance como dano moral, como o faz Sérgio Novais Dias. Para esse autor, a perda de uma chance ainda teria caráter de lucro cessante, mas a mera chance perdida, em possibilidade em que não haveria condições de lograr êxito, seria dotada de caráter extrapatrimonial e, por essa razão, os danos seriam melhores caracterizados como morais. Assim, vale mencionar Sergio Novais Dias apud Sergio Savi:

É claro que toda vez que o advogado deixa de recorrer o cliente perde a chance de ver a questão reexaminada pela instância superior. Contudo, nas situações em que, pela matéria discutida, não havia probabilidade de sucesso, não se pode cogitar de dano patrimonial causado pelo advogado, porque o prejuízo material sofrido pelo cliente não terá decorrido da falta do recurso, pois este, sem chances de êxito, nenhuma alteração par melhor ensejaria em favor do cliente. *Neste caso, o dano que se pode considerar, embora nem sempre ocorra, é extrapatrimonial, ou dano moral, consistente na frustração decorrente de não ver a pretensão reexaminada por um órgão jurisdicional superior* (DIAS apud SAVI, 2012, p. 43-44).

Por fim, existem autores que defendem que a teoria da perda de uma chance não estaria inclusa em danos emergentes, lucros cessantes ou danos morais, mas seria uma modalidade própria de dano. É o caso, por exemplo, de Rafael Peteffi da Silva.

Mais especificamente para este último autor, haveria uma dualidade na forma com que a teoria da perda de uma chance é tratada. Ele chega a essa conclusão porque haveria momentos em que a teoria seria ora utilizada como categoria de dano específico e ora como recurso à causalidade parcial (SILVA, 2013).

Nesse sentido, é válido reproduzir as palavras do autor:

[...], entende-se que a correta sistematização atual da teoria da perda de uma chance encerra duas categorias. A primeira embasada em um conceito específico de dano. A segunda, por outro lado, estaria respaldada no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final. Imperioso ressaltar que os casos da seara médica, como enfoca François Chaba, podem ser observados nas duas categorias da teoria da perda de uma chance, não se apresentando como objeto exclusivo da segunda aplicação (SILVA, 2013 p. 106).

Apesar das evidentes diferenças doutrinárias quanto à classificação da perda de uma chance baseado em sua natureza jurídica, é certo que todos os autores mencionados aceitam a teoria quando se trata de chance real e séria. Nessas hipóteses, a chance passaria a ter valor econômico e haveria possibilidade de indenização em razão de tanto (SAVI, 2012).

Não só isso, como a jurisprudência nacional, como será visto em momento posterior, parece aplicar a teoria sem quaisquer problemas quanto à natureza jurídica. Portanto, é válido concluir que a teoria da perda de uma chance é perfeitamente aceita no ordenamento jurídico nacional, ainda que havendo determinadas divergências e desencontros quanto a alguns aspectos.

2.2 Conceito

Expostos todos os fatos acima, parece ser possível e necessário finalmente apresentar uma definição sobre o que seria a teoria da perda de uma chance. De forma geral, é possível dizer que a teoria da perda de uma chance se caracteriza pela perda de uma oportunidade em virtude de ato ou comportamento tomado por terceiros que retira a chance de a pessoa auferir lucros ou evitar prejuízos. Ou seja, a responsabilidade civil pela perda de uma chance ocorre quando uma pessoa perde oportunidade de ter condições futuras melhores, seja através de um ganho, seja através da possibilidade de não ter se prejudicado.

Para melhor elucidar o assunto, mostra-se oportuno trazer o conceito apresentado por Sergio Cavalieri Filho:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 81).

Necessário ver, porém, que para que ocorra a responsabilidade civil pela perda de uma chance não basta apenas que uma chance tenha sido perdida, puro e simplesmente. Isso se explica porque nem toda chance desperdiçada necessariamente implicaria em êxito ou mesmo em

um resultado positivo. Apenas a título de exemplo, caso uma pessoa, por erro de terceiro, não conseguisse apostar em sorteio da Mega-Sena, não faria ela jus a indenização por perda de uma chance, visto a ínfima chance de ser bem sucedido.

A chance perdida deve resultar em prejuízo material ou imaterial do fato não consumado. É preciso se tratar de uma chance real e séria, que deverá ser analisada caso a caso para verificar se realmente houve um prejuízo, se o resultado esperado pelo autor da ação era provável, ou se o caso trata de mera especulação. Conforme menciona o artigo 403 do Código Civil, só se incluem nas perdas e danos os prejuízos efetivos sofridos pela parte. Sobre o assunto, vale mencionar o que explica Sílvio de Salvo Venosa:

Se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. A “chance” deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade, *um prognóstico de certeza*, segundo avaliamos. Por exemplo, a probabilidade de o cavalo obter vitórias e de o recurso não interposto ser bem-sucedido, nas hipóteses levantadas anteriormente. Ou a probabilidade de o corredor maratonista vencer, estando em primeiro lugar da prova, tendo sido obstado por um espectador. O julgador deverá estabelecer se a possibilidade perdida constituiu uma probabilidade concreta, mas essa apreciação não se funda no ganho ou na perda porque a frustração é aspecto próprio e caracterizador da “chance”

A oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade. Quando nossos tribunais indenizam a morte de filho menor com pensão para os pais até quando este atingiria 25 anos idade, por exemplo, é porque presumem que nessa idade se casaria, constituiria família própria e deixaria casa paterna, não mais concorrendo para as despesas do lar. Essa modalidade de reparação de dano é aplicação da teoria da perda de uma chance. Sempre que se adota um raciocínio deste nível, há elementos de certeza e elementos de probabilidade no julgamento (VENOSA, 2014, p. 326-327).

A partir disso, nota-se que não podem todas as chances perdidas ser vistas da mesma forma. O magistrado ao analisar os casos deverá examinar com o devido cuidado se a possibilidade tratada constitui chance real, um resultado provável, ou se trata apenas de uma hipótese ou uma chance remota. As chances e as probabilidades de eventos esperados se concretizarem variam consideravelmente, de forma que não cabe dar à chance de um cavalo de hípica bem treinado ganhar uma importante competição o mesmo peso da chance de um pangaré ganhar o mesmo evento.

Outro fator importante a ser levado em consideração no momento de se apreciar uma causa de perda de uma chance é o fato de que não se deverá indenizar aquilo que foi perdido, como seria próprio das ações de lucros cessantes. Aqui, o que verdadeiramente se

indeniza é a chance perdida de se obter um resultado ou de se evitar um determinado prejuízo, na proporção daquela chance de gerar resultados positivos. Ou seja, nas palavras de Sérgio Cavalieri, “[a] indenização [...] deve ser pela *perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem*” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 82).

Mediante os pré-requisitos explicados acima fica clara como a atuação do juiz é importante para a correta aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Isso porque caberá ao magistrado determinar, no caso concreto, se a chance é real ou se é meramente hipotética. Sendo real e séria, ainda caberá estudar a chance que existia de o autor ser bem sucedido se sua chance não houvesse sido retirada e, por fim, fixar a indenização com base nessas informações.

Esse processo pode ser relativamente simples em algumas situações, como no caso de responsabilidade civil por perda de uma chance em caso que o advogado perde prazo recursal, em que o juiz poderá auferir a possibilidade de sucesso da pretensão com certa facilidade. Entretanto, em outros casos pode ser consideravelmente difícil essa medição, seja por conta da especificidade do assunto, que faz com que o julgador o desconheça, seja por conta de elevado grau de subjetividade apresentado pelo assunto.

Mesmo assim, a responsabilidade civil pela perda de uma chance tem encontrado aceitação e difusão cada vez maiores dentro da doutrina e da jurisprudência nacional. Visando entender um pouco melhor as aplicações da teoria da perda de uma chance empregadas no ordenamento jurídico brasileiro as hipóteses mais recorrentes serão tratadas a seguir e, quando for pertinente, procurar-se-á traçar algum paralelo com a doutrina e jurisprudência estrangeira. Para melhor entendimento desses requisitos, parece válido uma análise separada deles, o que será feito abaixo.

2.2.1 Chance real e séria

Antes de passar à análise de outros aspectos alcançados pela teoria da perda de uma chance, mostra-se necessário certo esclarecimento sobre o elemento da chance. Como visto acima, um dos mais importantes fatores para que possa ocorrer a responsabilidade civil pela perda de uma chance é a presença de chance real e séria de se auferir lucros ou evitar prejuízos.

Esse, no entanto, é um conceito que pode parecer bastante subjetivo, de forma que se mostra relevante uma maior explanação sobre o tema.

Usualmente, a observação de seriedade e realidade das chances perdidas é o critério utilizado pelos tribunais para aplicação da teoria da perda de uma chance. É através dessa observação que são separados os danos potenciais e prováveis dos danos meramente hipotéticos e especulativos, que não devem ser indenizados. Por conta disso, mostra-se oportuna a análise de como os tribunais fazem essa operação através de breve estudo de casos (SILVA, 2013).

Todas as cortes já mencionadas no presente trabalho que aceitam a teoria da perda de uma chance dão considerável relevância à análise da seriedade da chance. Nas palavras de Philippe Le Tourneau apud Rafael Peteffi da Silva “a verificação da seriedade das chances é uma questão de grau e não de natureza” (LE TORNEAU apud SILVA, 2013).

Dizer que a questão da seriedade da chance depende do grau e não de sua natureza significa atrelar a chance à probabilidade de que tal fato fosse ocorrer. Esse fato parece ser consensual nas cortes estrangeiras, mas a probabilidade e a certeza necessárias para se configurar uma chance séria variam em cada caso.

Nas cortes norte-americanas, por exemplo, existe uma valorização muito grande da quantificação da chance para que ela possa ocorrer. Apesar de não haver um limite rígido para a seriedade das chances, mostra-se imperioso que a chance seja devidamente quantificada. Muitos autores acreditam que esse seria um dos problemas para a aplicação da perda de uma chance em casos não médicos naquele país. Nesse sentido, menciona-se Bryson B. Moore apud Rafael Peteffi da Silva:

A major problem with extending the doctrine to other fields is the greater difficulty in ascertaining the percentage chance lost. This should concern courts desiring to apply the doctrine to these other fields but should not keep them from adopting the doctrine in medical malpractice cases in which experts can accurately calculate such percentages (MOORE, 1996, apud SILVA, 2013, p. 140).

Ainda sobre o caso norte-americano, interessa notar relevante fator acerca da aplicação da perda de uma chance naquele país. Para as cortes norte-americanas, a retirada de uma chance superior a 50% (cinquenta por cento) de sobrevivência, por exemplo, configuram nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado obtido. Dessa forma, só há de se falar em perda de uma chance quando a chance retirar for menor que 50% (cinquenta por cento). É a

política conhecida como “*more likely than not*” (mais provável que sim do que não, em tradução livre) (SILVA, 2013).

Política oposta é aquela tomada pela Corte de Cassação italiana para aplicação da teoria. De acordo com a jurisprudência italiana, o mínimo necessário para se falar em perda de uma chance seria de 50% (cinquenta por cento), não havendo possibilidade de indenização em hipóteses em que as chances fossem menores do que tal valor. (SAVI, 2012)

Apesar de ser uma forma interessante de definir a chance séria para indenização por perda de uma chance, ela não se mostra nada razoável. Isso porque, em primeiro lugar, haveria necessidade de comprovação desse percentual mínima, o que muitas vezes é consideravelmente difícil. Não obstante, isso retiraria qualquer possibilidade de indenização em que o autor possuísse uma clara chance menor que 50% (cinquenta por cento), como em caso em que participasse de concurso com outros dois candidatos, caso em que teria aproximadamente 33% (trinta e três por cento) de chances. Esse entendimento ainda seria afastado pelos juristas italianos, que defendem que a perda de uma chance não está ligada a elementos percentuais. (SILVA, 2013)

Esses parecem ser os posicionamentos que mais se atentam ao valor percentual, à chance clara e aferível. Válido dizer que essa limitação da perda de uma chance aos casos em que se prove a percentagem de chance de sucesso acaba por limitar o rol de aplicação da teoria da perda de uma chance nesses países, como no explicado caso norte-americano.

Outros países, contudo, fazem a análise da chance perdida de forma razoavelmente diferente. É o caso da França, por exemplo, onde os tribunais, ao fazerem análise da seriedade da chance e do grau de sucesso não se atentam às questões percentuais de forma tão rígida.

Um dos reflexos da desnecessidade de comprovação e medição de valor percentual consiste no acesso aos tribunais franceses de uma quantidade muito maior de casos de chances perdidas, indo desde casos médicos e de erro de atuação de advogado, até casos da seara empresarial, de jogos de azar e de apostas. Isso não quer dizer, contudo, que existe menor seriedade ou rigor ao tratar do assunto.

O que se aúfere em países como a França para caracterização ou não da perda de uma chance é a certeza e efetiva existência da chance. Sendo o evento pleiteado demasiadamente aleatório não haveria possibilidade de se falar, efetivamente, de perda de uma chance. Nesse caso, é possível citar caso da Corte de Cassação francesa em que não foi conferida indenização a título de perda de uma chance a um cliente de corretora de valores por gestão incompetente e fraudulenta de carteira de ações. A Corte de Cassação entendeu que a excessiva imprevisibilidade do mercado de ações não faria com que a chance perdida fosse certa, de modo que não poderia haver indenização (SILVA, 2013).

Necessário mencionar, ainda, que a jurisprudência francesa analisa com ainda maior rigor os casos de danos futuros, ou seja, aqueles danos que somente se concretizam depois de decisão do magistrado. Como exemplo, é possível mencionar outro caso julgado pela Corte de Cassação, em que criança de nove anos pleiteava indenização por perda de uma chance de auferir profissão remunerada. O autor havia sofrido acidente que lhe impossibilitou de realizar certas atividades manuais e, por isso, o prejudicou em sua vida escolar. Por incapacidade de provar o dano futuro, a Corte de Cassação afastou a possibilidade de indenização (SILVA, 2013).

O posicionamento adotado no ordenamento jurídico brasileiro acerca do assunto é razoavelmente parecido com o francês e segue aproximadamente nas mesmas linhas. Nesse sentido, interessante notar o enunciado da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal transcrito por Rafael Peteffi da Silva:

Enunciado 443: “Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos (SILVA, Rafael Peteffi. 2013, p. 142).

Como se vê do enunciado acima, não existe qualquer necessidade de apreciação ou medição de percentuais para que se opere a teoria da perda de uma chance no Brasil. Esse assunto será melhor tratado no capítulo 3 do presente trabalho, quando será analisada a jurisprudência brasileira.

2.2.2 A quantificação das chances perdidas

Outro importante fator a ser levado em consideração acerca da perda de uma chance é a quantificação da chance perdida pela vítima e a forma ideal de se proceder à reparação em casos em que seja aceito o uso da teoria.

A indenização nos casos de perda de uma chance nunca deve ser com relação ao dano integral sofrido pela vítima, mas sim com relação à chance perdida e à probabilidade de que ela se concretizaria. Isso decorre do fato de que não é possível estabelecer nexos causal entre a conduta que deu fim às chances que a vítima tinha e o prejuízo por ela sofrido. Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva: “[c]aso o agente tenha retirado as chances da vítima de não perder um braço, as chances perdidas representarão apenas uma porcentagem do valor que seria concedido se houvesse nexos causal entre a ação do agente e a efetiva perda do braço” (SILVA, 2013, p.143).

O fato de a indenização conferida não ser igual ao valor integral que a vítima poderia ter ganhado ou poderia não ter perdido não quer dizer, contudo, que a reparação do dano pela perda de uma chance não seja uma reparação integral do prejuízo sofrido. O dano que se repara é o dano integral decorrente da chance perdida, que não deve ser confundido com o possível lucro total. Menciona Rafael Peteffi da Silva:

[I]sso não quer dizer que o dano pela perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral; pelo contrário, a indenização concedida sempre repara de forma integral as chances perdidas, pois a perda de uma chance é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida (SILVA, 2013, p. 144).

Entretanto, ainda que o dano da perda de uma chance seja um dano diferente e autônomo com relação ao dano integral, os dois acabam se relacionando e o dano da chance perdida usualmente é dado em função do dano integral. Para melhor ilustrar a situação, é possível imaginar o caso em que uma pessoa é impedida de participar de uma competição com outros três concorrentes para obter a soma de R\$6.000,00 (seis mil reais). Nesse caso, não fosse o fato impeditivo de sua participação, ela teria uma chance de 25% (vinte e cinco por cento) de receber o dinheiro. Assim, o dano da chance perdida seria 25% (vinte e cinco por cento) de R\$6.000,00 (seis mil reais), o que daria R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Esse entendimento é compartilhado pela jurisprudência norte-americana. Cita-se como exemplo o caso *Falcon v. Memorial Hospital*, em que a Suprema Corte de Michigan julgou

o caso de uma mulher que faleceu após o parto em razão de uma embolia. Apesar de a análise dos peritos constatarem a imprevisibilidade do caso e mencionarem a não responsabilização do médico, também foi constatado que em 37,5% (trinta e sete e meio por cento) dos casos a pessoa poderia sobreviver com atendimento médico necessário. Assim, o tribunal calculou o dano da chance perdida com base nos 37,5% (trinta e sete e meio por cento) mencionados (SILVA, 2013).

Pode haver, ainda, casos em que mais de um fator aleatório influencie na chance de determinado resultado ser alcançado. Nesses casos, o que deve ser feito é calcular a chance de os dois resultados positivos ocorrerem simultaneamente, ou seja, multiplicar as chances de um evento ocorrer pelas chances de o outro evento ocorrerem.

Rafael Peteffi da Silva, para explicar caso em que incide mais de uma variável, cita exemplo dado por Joseph King Jr. de um caso médico em que na primeira consulta o médico deixasse de realizar exame complementar essencial ao paciente com base em seu quadro de saúde. Tempos depois, descobre-se que o paciente tem câncer e está em estado terminal, de forma que se o exame tivesse sido feito anteriormente e descoberto a presença da doença, sua chance de sobrevivência seria de 55%. Porém, a chance de o exame detectar o câncer não era integral, mas sim de 85%. Dessa forma, para se chegar ao dano da chance perdida multiplica-se 0,55 (55% de chance de sobreviver ao câncer) por 0,85 (85% de chance de o exame detectar o câncer), chegando-se ao resultado de 0,4675, ou 46,75% (quarenta e seis vírgula setenta e cinco por cento) de chance. (SILVA, 2013).

Sergio Savi, ao realizar estudo sobre como o assunto se desenvolveu na Itália – onde, lembra-se, é considerada chance real e séria aquela que demonstra mais de 50% (cinquenta por cento) de chance de acontecer – chega à seguinte fórmula utilizada pela Corte di Cassazione:

$$VI = VRF \times Y$$

em que VI significa o valor da indenização da chance perdida, VRF representa o valor do resultado final e Y o percentual de probabilidade de obtenção do resultado final (SAVI, 2012). É interessante reparar que a fórmula apresentada por Savi é muitíssimo semelhante à forma de cálculo empregada no direito norte-americano.

Apesar das propostas acima serem as mais utilizadas para se quantificar a chance perdida, Paul Speaker propõe uma fórmula diferente, sobretudo para os casos em que se verifique a perda de uma chance coletiva. Para entender a fórmula proposta por Paul Speaker, mostra-se interessante analisar o caso *Hameed v. International Assn. Of Bridge, Structural, and Ornamental Iron Workers*.

O caso versa sobre prática discriminatória contra negros, que possuíam chances consideravelmente menores de serem contratados pela empresa do que caucasianos. Enquanto a taxa destes era de 33,6% (trinta e três vírgula seis por cento), a daqueles era de 10,9% (dez vírgula nove por cento), o que fez com que o tribunal concluísse que, entre o período de 1965 a 1973, 45 (quarenta e cinco) trabalhadores negros não pudessem ser contratados. Diante da incapacidade de identificar quais seriam os 45 (quarenta e cinco) trabalhadores discriminados dentro do universo de 180 (cento e oitenta) trabalhadores negros que não foram admitidos, o tribunal concedeu a cada um deles uma indenização de 25% (vinte e cinco por cento), que é o resultado alcançado quando da divisão de 45 (quarenta e cinco) por 180 (cento e oitenta). O resultado é diferente do resultado quando apenas se subtrai as chances no primeiro momento e as chances depois da conduta do réu (SILVA, 2013).

O caso acima leva Paul Speaker a criar uma fórmula diferente para a análise da perda de uma chance em que o processo aleatório tenha chegado ao final, típico dos casos médicos. Aqui, vale a transcrição da explicação feita pro Rafael Peteffi da Silva para melhor entendimento sobre o assunto: “se a chance de a pessoa evitar o dano final pode ser representada por ‘X’, mas após a conduta do réu essa chance diminuída passa a ser representada por ‘Y’, observa-se que a verdadeira chance perdida é igual a ‘X’ menos ‘Y’, dividido por 1 menos ‘Y’” (SILVA, 2013, p. 150-151).

. A explicação leva à seguinte fórmula:

$$\frac{X - Y}{1 - Y}$$

A nova fórmula é justificada por Paul Speaker pelo fato de que, nos casos com em que o procedimento aleatório já chegou ao seu final, é possível separar o grupo que efetivamente sofreu o dano final do grupo que não foi prejudicado e indenizar somente ao grupo que sofreu os

prejuízos. De acordo com Paul Speaker, o método tradicional – explicado anteriormente a esse método – leva em conta as chances de todos que no momento em que a chance foi perdida, levando em consideração, inclusive, os que posteriormente não foram prejudicados. Usando a fórmula acima, na visão do autor, chegar-se-ia a um resultado mais justo e a uma chance mais próxima da realidade (SILVA, 2013).

Necessário ver, contudo, que ainda que a fórmula apresentado por Paul Speaker seja interessante e lógica, ela não se adéqua à maioria dos casos vistos na jurisprudência fora dos Estados Unidos. Isso porque, como mencionado, a teoria se aplica sobremaneira aos casos em que o processo aleatório já chegou ao final e aos casos coletivos. Os casos mais comuns da jurisprudência francesa, conhecida como os casos “clássicos”, quais sejam os de aposta, concurso e erro de advogado, por exemplo, não veriam validade nesse método, já que o processo aleatório nesses casos é interrompido antes que se resulte em um resultado final, parecendo mais razoável, nesses casos, a aplicação da fórmula defendida por Sergio Savi e pela Corte di Cassazione da Itália.

Os métodos utilizados acima servem para conferir um entendimento um pouco melhor acerca de como se dá a quantificação do dano na teoria da perda de uma chance, ainda que de forma um pouco abstrata. A aplicação prática será vista novamente no capítulo 3, quando forem tratados os casos julgados pelos tribunais brasileiros.

2.3 A aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos médicos

Conforme explicado no primeiro capítulo do presente trabalho, mais especificamente no subitem que tratava sobre o surgimento da perda de uma chance em terras francesas, entre os primeiros casos decididos usando a teoria da perda de uma chance estavam o de responsabilidade civil médica.

Mesmo que anteriormente tenha havido menção acerca da forma que o assunto fora tratado no direito alienígena, é importante retomar o assunto quando se trata da doutrina nacional, visto a relevância que ele possui. Essa relevância se dá, sobretudo, porque quando se trata de responsabilidade civil médica, trata-se da vida e da saúde de pessoas e não apenas de aspectos patrimoniais, como ocorre com boa parte do direito civil.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance no âmbito médico está presente nas ocasiões em que, mesmo diante da incerteza acerca da recuperação de um determinado indivíduo de uma moléstia, seja possível constatar que não foram despendidas todas as medidas para que o paciente pudesse se recuperar, ainda que parcialmente. Ou seja, a culpa, nesse caso, seria decorrente de o paciente não ter tido todas as chances possíveis de se recuperar da doença que o acometia (SOUZA, 2007).

Grácia Cristina Moreira do Rosário, em texto tratando acerca da perda de uma chance de cura – outro nome dado à teoria da perda de uma chance em casos médicos – elenca, ainda, a possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance em razão da não informação do paciente acerca de suas condições. Ela menciona que:

A obrigação de informar o paciente se faz cada vez mais presente. O médico não pode omitir informação ao doente quando o seu silêncio pode acarretar consequências sobre a saúde ou quando a sua abstenção priva o paciente de uma possibilidade de escolha sobre o tratamento ou sobre a operação. A obrigação de informação sobre os riscos dos atos médicos, diagnósticos ou terapêuticos cabe ao médico, bem como a comprovação de que a informação foi bem dada. A informação deve ser exaustiva, incluindo o conjunto de riscos, qualquer que seja a sua frequência, desde o momento que se torne risco grave (ROSÁRIO, 2009).

Em qualquer dessas hipóteses, importante fator a ser levado em consideração, assim como em todo tipo de responsabilização por responsabilidade civil, é a presença de nexo de causalidade entre a chance perdida e o prejuízo, o resultado negativo a que o paciente foi submetido. Assim, só parece razoável falar em perda de uma chance de cura quando a oportunidade perdida por conta de ato ilícito era real e séria. A simples perda de uma esperança ou hipótese de cura não são suficientes para ensejar uma indenização por conta de oportunidade perdida.

Dessa forma, não cabe falar em indenização por perda de uma chance de cura ou sobrevivência quando um hospital, ao admitir um paciente moribundo, concluir que não existem chances de sobrevivência de paciência e nada for feito. Aqui, verifica-se que a morte não guarda qualquer nexo causal, integral ou parcial, com a decisão tomada pelo hospital de não agir. Assim, não existe porque falar em responsabilização pela morte do sujeito.

No entanto, o mesmo não poderia ser dito se um hospital recebesse um paciente com uma enfermidade e, diante do quadro de saúde apresentado pelo paciente, não tomasse atitude que poderia ter permitido que a moléstia tivesse evolução diferente.

Um fator interessante a se notar acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance é o debate presente acerca da possibilidade de sua aplicação. Como já mencionado, os primeiros casos ocorridos na França versavam justamente sobre a teoria da perda de uma chance na seara médica.

Ainda que esse tenha sido o caso e que a jurisprudência francesa historicamente tenha aceitado a perda de uma chance em casos médicos consideravelmente bem e a aplique até os dias de hoje, a própria doutrina francesa apresenta grande relutância quanto ao assunto. Na verdade, conforme se depreende do que é explicado por Rafael Peteffi da Silva em sua obra, o posicionamento doutrinário francês sempre pareceu ser contrário ao posicionamento dos tribunais do próprio país, fato realmente curioso. (SILVA, 2013)

Posicionamento parecido com o dos tribunais franceses é o adotado pelas cortes norte-americanas. Ainda que seja considerada a grande liberdade que cada tribunal norte-americano possui face aos outros, o entendimento no sentido de aceitar a perda de uma chance nos casos médicos é quase uníssono. Necessário ressaltar, ainda, que os casos médicos estão entre as poucas ocasiões em que se admite a perda de uma chance nos Estados Unidos, haja vista a maior facilidade de medição de probabilidade de êxito.

Entretanto, o posicionamento adotado pela doutrina francesa majoritária é justamente o contrário da própria jurisprudência. Para que melhor seja explicada a situação, é interessante que sejam analisados dois julgados de cortes francesas que versavam sobre a temática.

O primeiro caso consiste em um julgado de 1965, no qual um menino de oito anos teria sofrido um acidente e machucado o braço. Ele foi levado a um hospital, onde um médico constatou fratura de seu braço e procedeu ao seu tratamento. Entretanto, posteriormente, por conta de queixa de dores da criança, foram constatados problemas no cotovelo, que deixariam seu braço com permanentes deficiências de movimento. Os peritos concluíram que o diagnóstico

equivocado do menino teria gerado as sequelas, contudo a Corte de Cassação entendeu que só haviam sido retiradas algumas chances de cura (SILVA, 2013).

O segundo caso ocorreu no ano seguinte, em 1966, quando a Corte de Apelação de Paris julgou caso em que uma mulher, após dar à luz um bebê, foi acometida de forte hemorragia que levaria à sua morte. A Corte entendeu que o médico havia sido negligente por deixá-la sem assistência. Ainda assim, não houve condenação integral, já que os peritos constataram que mesmo com assistência adequada, 20% dos pacientes com aquele quadro médico falecem. Dessa forma, houve condenação do médico por perda de 80% das chances de cura da paciente. (SILVA, 2013)

Os casos em questão apresentam uma diferença considerável com relação aos demais casos trabalhados até o momento. Em todos os demais casos tratando da teoria da perda de uma chance, analisava-se um futuro incerto e um resultado aleatório que não poderia ser previsto com toda certeza. Aqui, no entanto, trata-se de um caso que já ocorreu, de um prejuízo evidente e que já pode ser notado. Nesse sentido, vale mencionar as palavras de Rafael Peteffi da Silva:

Os autores que respaldam essa posição doutrinária fundam suas críticas na impossibilidade de se perquirirem as chances perdidas após o término do processo aleatório. Assim, a análise das chances perdidas não será mais uma suposição em direção ao futuro e a um evento aleatório cujo resultado nunca se saberá, mas uma análise de fatos já ocorridos, pois é absolutamente certo que o paciente restou inválido ou morto. O escopo dessa doutrina é estabelecer a diferença e “denunciar a confusão feita entre a separação retrospectiva da perda de uma possibilidade pretérita e incerta de causar um dano e a reparação de uma perda para o futuro”. (SILVA, 2013, p. 84)

O que se discute então, na verdade, não é a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos médicos, mas sim de sua aplicação nos casos médicos com resultados certos, que são os casos médicos usualmente tratados e abrangidos pela teoria ora apresentada.

Verifica-se que nos demais casos, como a possibilidade de indenização por perda de uma chance em razão de advogado que perdeu o prazo recursal, existe uma incerteza quanto ao resultado. Os casos médicos tratados acima, contudo, assemelhar-se-iam a uma hipótese em que um sujeito perde uma causa judicial e, indignado, propõe ação contra seu advogado porque se

ele tivesse utilizado uma argumentação diferente em sua causa, o resultado poderia ter sido diferente.

O que parece se buscar com os casos de perda de uma chance de cura ou sobrevivência é a indenização parcial através de um nexo de causalidade proporcional e que não se pode verificar com toda certeza. De acordo com o entendimento da doutrina francesa, a dúvida do juiz quanto à possibilidade de o dano ter sido de fato causado por determinado motivo não podem servir como razões para a estipulação de uma indenização parcial ou mitigada com base na probabilidade auferida por um perito.

Posicionamento igual a esse é aquele adotado pelos demais países que utilizam o sistema da *common Law* – à exceção dos Estados Unidos, já tratados acima. Sobre esse assunto, interessa ver o caso *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, julgado pela *House of Lords* da Inglaterra. O caso trata de um menino que caiu de uma altura de quatro metros e foi levado a um hospital, onde não foram realizados os exames indicados. Cinco dias depois, ele volta ao hospital devido a fortes dores, ocasião em que finalmente são realizados os exames e constatada fratura que causou necrose femural. (SILVA, 2013)

De acordo com os autores da ação, a necrose foi causada pelo exame tardio do acidente, que fez com que os vasos sanguíneos rompidos na queda fossem obstruídos em razão da demora do diagnóstico. Entretanto, em exame pericial, foi constatado que havia chance de 75% (setenta e cinco por cento) de que os vasos tivessem rompidos no momento da queda, causando a necrose. Dessa forma, o juiz de primeiro grau condenou o hospital a indenizar o autor em razão dos 25% (vinte e cinco por cento) de chance restantes (SILVA, 2013).

A decisão foi mantida no segundo grau antes de ser cassada pela *House of Lords*. A razão para tal cassação era o fato de que o rompimento dos vasos sanguíneos era um fato passado que caberia ao autor provar. Ficou assegurado que era necessária a prova de causalidade de que o diagnóstico teria concorrido para o resultado final para que houvesse ensejo à reparação de danos (SILVA, 2013).

Sobre esse julgado, interessante notar os dizeres de Rafael Peteffi da Silva:

O caso *Hotson* representa um processo determinístico, já que no primeiro diagnóstico equivocado (início do processo aleatório) a vítima já apresentava um número

determinado de vasos sanguíneos, suficientes ou não para evitar a futura necrose. Assim, a vítima já tinha zero (0%) de chances de evitar a necrose, ou tinha cem por cento (100%) de chances e o dano foi causado pela falha médica. A probabilidade de vinte e cinco por cento (25%) de evitar o dano “é simplesmente uma estimativa baseada na ignorância dos fatos existentes”. Como bem afirmou Stephen Perry, “a redução de 25% de chances para 0% não foi uma ocorrência que passou do mundo físico (SILVA, 2013, p. 91-92).

Por óbvio, existem posições contrárias à doutrina majoritária elucidada acima que merecem destaque para total compreensão do assunto tratado. No sistema da *common Law* merece atenção o colocado por Joseph King Jr. Destaca-se aqui as palavras de King Jr. apud Silva quanto ao caso Hotson, recém tratado:

Primeiramente, essa argumentação ignora a realidade de que as perspectivas da vítima no caso Chaplin também poderiam estar preordenadas no momento da quebra de contrato (momento em que a vítima foi impossibilitada de continuar participando no concurso). Todas as características das concorrentes e dos juízes, e os eventos que os moldariam, já estavam em cena. Todas as outras forças práticas que poderiam influenciar o resultado estava presumidamente em ação. Na prática, entretanto, elas estavam escondidas porque os jurados, como o resto da humanidade, ressentem-se de onisciência. Assim, talvez não exista realmente diferença conceitual entre situações percebidas com eventos completos e eventos que nunca ocorreram (KING JR., 1998, apud SILVA, 2013, p. 96).

Para Joseph King Jr. o problema se encontra no fato de que o conhecimento tanto no caso Hotson quanto no caso Chaplin (mencionado no começo do item 1.2) é o fato de que ambos apresentam conhecimentos imperfeitos e incompletos acerca do assunto.

Ainda de acordo com o autor, o principal aspecto a ser levado em consideração não era a questão de o processo aleatório ter sido interrompido ou estar em andamento, mas sim o fato de que em ambas as situações foi a conduta do réu que levou o magistrado a ter que apreciar a situação imponderável criada por conhecimento imperfeito. Dessa forma, nos dois casos, teria ocorrido a perda da vantagem ou do resultado esperado e ninguém seria capaz de prever como a situação ocorreria se não fosse a atitude do réu (KING JR., 1998, apud SILVA, 2013).

Idealmente, dever-se-ia enfocar o dano como a perda de oportunidade de deixar que os processos aleatórios atingissem seus devidos resultados em um curso natural, não como uma literalmente a perda de uma chance (SILVA, 2013).

Linha de pensamento um pouco diferente, no entanto, adota o francês François Chaba. O autor, apesar de asseverar diversas críticas à perda de uma chance nos casos médicos,

ainda estabelece pontos em que a responsabilidade civil pela perda de uma chance ainda poderia acontecer na seara médica.

Na visão do autor, parece que isso ocorresse seriam necessários dois requisitos. O primeiro deles consiste em uma vítima que já esteja enferma e não goze de perfeita saúde, correndo risco de morte ou de deficiência permanente. O segundo requisito consiste no fato de que a conduta do réu deve retirar toda e qualquer possibilidade de se alcançar a cura para a situação em que a vítima já se encontrava (SILVA, 2013).

Vencida essa discussão, mostra-se oportuno mencionar que a jurisprudência brasileira, até o presente momento, foi no sentido de aceitar a teoria da responsabilidade civil médica, de forma similar como é feito pela jurisprudência francesa, o que será visto e trabalhado com mais detalhes no capítulo 3, quando houver análise da jurisprudência nacional acerca da perda de uma chance.

Não obstante, ainda é necessário verificar que na perda de uma chance de cura ou de sobrevivência existem algumas diferenças consideráveis quanto à sua aplicação que não são verificadas na perda de uma chance aplicada a outros casos.

O primeiro fator a ser levado em consideração é o tipo de dano sofrido pela vítima. Enquanto na maior parte dos casos comuns de teoria da perda de uma chance, os chamados casos “clássicos”, existe um dano patrimonial quase que óbvio, o dano que aqui se apresenta não é desse mesmo tipo. Aqui, trata-se de um prejuízo consideravelmente mais delicado, qual seja o da perda da vida de uma pessoa ou o agravamento de um estado de saúde. Ainda que não se possa aferir diretamente um dano material, claramente existe um prejuízo à dignidade do paciente e à sua vida.

Outro aspecto em que a perda de uma chance de sobrevivência ou de cura se diferencia das demais aplicações da teoria é o já mencionado fato de que o evento aleatório já ocorreu. Em quase todas as outras áreas de aplicação há a perda da chance de ter os dados lançados. Na perda de uma chance aplicada à seara médica, na maioria das vezes, já houve o lançamento dos dados, mas algum fator além da sorte impediu que o resultado alcançado fosse favorável. Como mencionado, esse é o principal cerne da discussão elucidada acima.

As diferenças mencionadas acima levam a outra disparidade: a quantificação do dano na perda de uma chance médica. Como disposto no subitem 2.2.2, a quantificação da indenização a ser percebida pela perda de uma chance normalmente é calculada como uma porcentagem ou uma parte do valor integral a ser recebido. Entretanto, como aqui não se trata de dano patrimonial, essa quantificação parece ser consideravelmente mais difícil. Afinal, quanto possivelmente poderia valer uma vida ou a cura para uma enfermidade permanente? Não existe solução fácil para esse questionamento e tampouco é tranquila a definição de quanto valeria parte disso. São aspectos extrapatrimoniais de difícil aferição. A quantificação do dano, então, parece mais próxima da definição do dano moral do que do da perda de uma chance efetivamente.

Vê-se, assim, que a perda de uma chance de sobrevivência ou de cura, apesar de constituir alguns dos casos mais antigos da teoria, possui uma aplicação diferenciada e, talvez, até mesmo mais problemática da teoria da perda de uma chance. No entanto, apesar de ser um dos assuntos mais debatidos pelos estudiosos da teoria, é difícil negar que é um tópico que possui razoável aceitação dentro da jurisprudência de alguns países, incluindo o Brasil.

2.4 A responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance

Conforme mencionado no primeiro capítulo da presente monografia, ao analisar o direito alienígena quanto à perda de uma chance, foi visto que alguns ordenamentos jurídicos, como o francês e o inglês, admitem a utilização da responsabilidade civil pela perda de uma chance no âmbito contencioso. O Brasil adota posicionamento similar ao dos mencionados países, de forma que vale tecer alguns comentários sobre o assunto.

No ordenamento jurídico brasileiro, a maior parte das causas de perda de uma chance se dá em razão de recurso não interposto ou em face de advogado que, por negligência, não propõe ação, de forma a proporcionar a consumação do prazo prescricional. Tais fatores sozinhos, no entanto, não são suficientes para ensejar reparação por perda de uma chance, sendo necessários outros fatores, que serão explicados a seguir.

A perda de uma chance na atividade do advogado acontece de forma muito semelhante a como se opera a teoria geral da responsabilidade civil dentro da atividade da

advocacia. Existem diferenças, contudo, quanto ao nexo de causalidade e quanto à quantificação do dano que merecem certa atenção.

Por óbvio que sem causalidade não há que se falar em reparação por responsabilidade civil, em que a perda de uma chance está inclusa, não importa qual seja sua forma. Dessa forma, é essencial que se mostre o nexo de causalidade entre o ato ilícito praticado pelo advogado e o prejuízo auferido pelo seu cliente. O prejuízo, no entanto, não é o dano final sofrido pelo cliente, mas o dano proporcionado pela chance perdida. Tentar estabelecer o nexo causal entre o dano final e o ato ilícito envolveria uma nova análise do processo perdido por parte do magistrado, criando uma situação de julgamento dentro de um julgamento (ASSIS JR, 2013).

Outro requisito necessário, como a qualquer ação de perda de uma chance, é a chance real e séria. Aceitar qualquer outro tipo de chance que não essa significaria banalizar o instituto da responsabilidade civil. A chance séria e real na possibilidade de perda de uma chance por conduta de advogado se traduz na possibilidade de a pretensão interrompida pelo advogado lograr êxito.

Dessa forma, para que se possa falar em chance real e séria e, conseqüentemente, perda de uma chance dentro da atividade do advogado é necessário se atentar a alguns detalhes importantes, tais como a prescrição e a decadência, a jurisprudência majoritária no momento de interposição da ação ou do recurso, a viabilidade do pedido, entre outros fatores que poderiam influenciar na possibilidade de êxito do cliente.

Esses requisitos talvez estejam entre os de mais fácil avaliação para caracterização da chance real e séria. Isso se explica por conta do maior entendimento que os magistrados possuem do assunto e o melhor acesso que possuem a esse tipo de assunto e de matéria, de forma que é muito mais fácil para o juiz determinar se um recurso seria bem sucedido do que seria avaliar a possibilidade de um cavalo ganhar determinada corrida.

Não obstante, é com base na probabilidade de o recurso ou ação que gera a chance perdida lograr êxito que se deve estabelecer a base para indenização pela perda de uma chance. O valor será sempre inferior ao valor total da pretensão, porquanto não há hipótese de garantir que, interposto recurso ou proposta ação, o resultado certamente seria favorável. Nesses termos, interessante notar o posicionamento de Sergio Savi sobre o tema:

[A] indenização da perda da chance jamais poderá ser igual ao benefício que a vítima obterá se não tivesse perdido a chance e tivesse conseguido o resultado útil esperado. Ou seja [...] a quantificação da indenização da perda da chance não poderia equivaler ao benefício que o cliente auferiria com o provimento do recurso que deveria ter sido interposto pelo advogado negligente. Por não haver certeza acerca da vitória no recurso, a indenização da chance perdida *será sempre inferior* ao valor do resultado útil esperado (SAVI, 2012, p. 67).

Interessante notar, por fim, um posicionamento trazido por Luis Carlos de Assis Jr. ao tratar do mesmo assunto ora abordado no que diz respeito às súmulas vinculantes. Defende o autor que, por conta do efeito vinculativo que essas cláusulas possuem, nas causas que tiverem uma decisão contrária a súmula vinculante o advogado terá o dever de recorrer da decisão, buscando a sua reforma. Caso tal fato não ocorra, em razão do elevado grau de certeza conferido por uma súmula vinculante, estar-se-ia diante de hipótese de lucro cessante, não de perda de uma chance (ASSIR JR. 2013).

É o que também explica Sergio Savi:

[N]a vigência do sistema de súmula vinculante será possível, em alguns casos concretos, condenar o advogado, que perde um prazo para a interposição de um recurso, ao pagamento de **lucros cessantes, ao invés de condená-lo ao pagamento de indenização pela perda de uma chance**. Isto porque, sabendo-se de antemão qual é a posição do Supremo Tribunal Federal acerca de determinada matéria e estando o Tribunal de origem vinculado àquele posicionamento, é razoável acreditar que o cliente do advogado negligente obterá uma decisão naquele sentido. [grifo próprio] (SAVI, 2012, p. 66).

Ressalta-se, mais uma vez, que a indenização integral será a título de lucros cessantes, não de perda de uma chance. A explicação para tanto decorre da certeza de que o recurso interposto ou a ação proposta lograria êxito, certeza que não existe nas possibilidades de perda de uma chance, em que se evidencia, apenas, uma probabilidade de que o evento se concretizaria no futuro. Assim, por se tratar de certeza, muito mais apropriado que a possibilidade seja tratada como lucro cessante, por se encaixar perfeitamente dentro da definição de tal instituto da responsabilidade civil. Alguns casos concretos de perda de uma chance em atividade advocatícia serão tratados no capítulo 3 da presente monografia.

Os casos de teoria da perda de uma chance no âmbito da advocacia constituem aqueles chamados casos “clássicos” de perda de uma chance e, sem dúvidas, estão entre os mais recorrentes dentro da aplicação da teoria. De forma geral, os casos em muito se assemelham aos demais casos apresentados ao longo da presente monografia, à exceção dos casos médicos. Ainda assim, parece cabível uma rápida discussão quanto à quantificação do dano.

Conforme repetido exaustivamente ao longo do trabalho, a quantificação nunca poderá ser no valor integral do que se esperava ganhar, pois isso significaria lucros cessantes, não perda de uma chance. Assim, a chance perdida é calculada como uma parte do valor integral que se esperava ganhar, o que é perfeitamente razoável.

O problema que se coloca, no entanto, é definir a parte do valor integral. Isso ocorre porque o Direito, por óbvio, não é ciência exata e, na maior parte dos casos, não trabalha com porcentagens ou valores fixados. Dessa forma, mesmo que seja possível aferir que existe uma grande possibilidade de a chance ter se concretizado, ainda é um pouco difícil definir o real valor a ser indenizado. Afinal, em termos matemáticos, um recurso que, se interposto, adotasse a opinião majoritária da jurisprudência teria qual valor percentual? É uma questão de caráter bem subjetivo.

Mesmo que assim o seja, no entanto, é fato que a perda de uma chance no âmbito da advocacia é majoritariamente aceita e constitui um dos casos mais básicos de responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil. Não obstante, ainda é possível concluir que a quantificação se dá com base em uma parte do valor integral, a ser definida pelo juiz ao analisar aspectos inerentes à possível atitude que seria tomada pelo advogado, não sendo, assim, completamente aleatório.

2.5 A aplicação da teoria da perda de uma chance no direito de família

Assunto nem sempre tratado, mas que ainda assim merece atenção é a possibilidade da utilização da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no âmbito do direito familiar. Isso porque mesmo dentro desse campo, é possível que determinadas condutas impliquem na possibilidade de subtrair de alguém oportunidades futuras de obter situações favoráveis.

Parece repetitivo, mas é necessário ver que para a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no âmbito do direito de família existe necessidade de se apreciar os pressupostos comuns da responsabilidade civil, quais sejam culpa, dano e nexo de causalidade, da mesma forma que esses aspectos se mostraram necessários em outras searas de possível aplicação da teoria.

Aqui, novamente, cabe falar que a chance para a aplicação da teoria da perda de uma chance deve ser real e séria, não havendo possibilidade de seu uso quando se tratar de meras hipóteses. No caso específico da teoria da perda de uma chance, a seriedade da oportunidade parece estar muito mais ligada à probabilidade de a chance se concretizar do que à natureza da referida oportunidade, sendo séria e real aquela possibilidade que proporciona à vítima condições sérias e efetivas de realização da situação esperada (FARIAS, 2009).

Portanto, mais uma vez se mostra essencial a atuação do magistrado no caso concreto, já que caberá a ele determinar se a chance era real e séria ao fazer o juízo acerca da probabilidade da oportunidade suscitada pela suposta vítima de se concretizar. Não sendo provável a oportunidade, não será possível sua reparação.

Vê-se até aqui que não existe muita diferença entre a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance em âmbito geral e de seu uso no direito de família. Ainda assim, é importante destacar a possibilidade da perda de uma chance nesse âmbito do direito e analisar situações em que essa teoria pode ocorrer.

Assim, vale mencionar as hipóteses trazidas por Cristiano Chaves de Farias:

Em interessante obra escrita com o traço multireferencial sincrético decorrente da simbiose entre a Psicanálise e as Ciências Jurídicas, Fernanda Otoni de Barros faz menção, dentre outros, a um caso que serve, perfeitamente, à provocação quanto à incidência da perda de uma chance. Trata-se de situação na qual uma mãe delibera por não revelar ao genitor a sua gravidez, optando por casar com outro homem, com quem, também, mantinha relacionamento afetivo. Somente anos após o matrimônio revela a situação aos interessados, quando, segundo a narrativa, já estavam alinhados todos os elementos caracterizadores da paternidade sócio-afetiva entre o pai registral e a criança. Assim, restava frustrada a vontade do genitor em assumir a condição de pai, em todos os sentidos, em face da peculiaridade do caso e do melhor interesse da criança.

Outra situação ilustrativa da aplicação da tese pode ser imaginada, na mesma seara filiatória, com a possível ocorrência de um aborto sem a informação ou o consentimento do outro genitor, frustrando a concretização da paternidade (FARIAS, 2009, p 94-95).

Os casos descritos acima não são hipóteses comuns, mas ainda são casos de possível ocorrência, que servem para ilustrar que existe a possibilidade de ocorrência da perda de uma chance dentro do direito familiar.

Todavia, é necessário se atentar ao fato de que o rol de casos de direito de família que podem ser apreciados é limitado pela própria natureza desse ramo do direito civil. Isso ocorre

porque alguns elementos próprios do vínculo familiar afastam a incidência direta da responsabilidade civil. Menciona Cristiano Chaves de Farias que, justamente por conta disso, há a necessidade da incidência de ato ilícito para que os fatores relativos à responsabilidade civil, no que se inclui a teoria da perda de uma chance. A violação de um dever decorrente de norma de família não seria suficiente, por si só, para ser considerado, efetivamente, como dano (FARIAS, 2009).

Dessa forma, é necessário que se afaste do âmbito de incidência de aplicação da teoria da perda de uma chance causas relacionadas a aspectos afetivos, tais como carinho, amor e atenção. Apesar de serem aspectos que podem, de fato, proporcionar o fim de um relacionamento, a falta de amor entre um casal ou uma eventual frustração sexual não são considerados atos ilícitos, de maneira que não parece correta qualquer tipo de indenização por esses fatores.

No mesmo sentido, parece igualmente incorreto que o fim de um casamento ou de um noivado seja motivo para reparação a título de perda de uma chance. Isso porque, em primeiro lugar, nenhum desses fatos constitui ato ilícito. Não obstante, ainda que não houvesse necessidade de existência de ato ilícito para que houvesse possibilidade de indenizar em casos de direito de família, o fim de um casamento não encerra um lucro ou a possibilidade de se ganhar alguma coisa. Nesses termos, vale mencionar Cristiano Chaves de Farias mais uma vez:

É que em tais situações não se vislumbra a frustração de uma vantagem futura (a propósito, qual seria o “benefício”, patrimonial ou não, em ser casado?), mas sim um mero exercício de um direito constitucionalmente assegurado, como garantia fundamental inclusive, que é a *liberdade*. Casar – assim como não permanecer casado – constitui a simples projeção da garantia de liberdade de autodeterminação (afetiva), sendo ato de livre escolha, razão pela qual a simples ruptura de esponsais não constitui, por si só, um dano indenizável ou a frustração de uma chance futura (FARIAS, 2009, p. 95-96).

Assim, vê-se que as possibilidades de utilização da teoria da perda de uma chance no direito de família existem, mas que essas não são ilimitadas, devendo as hipóteses de perda uma chance se resumirem a questões em que as chances são reais e sérias e que a perda delas seja proveniente de ato ilícito. Portanto, ainda que exista certa semelhança com relação à aplicação evidenciada nos casos clássicos, aqui existe um critério maior que deve ser observado quando da aplicação da teoria, pois as matérias de direito de família que podem ser vistas pela teoria da perda de uma chance constituem rol menos abrangente que o visto nos demais âmbitos.

Outro aspecto em que pode haver diferença quanto aos casos “clássicos” de aplicação da perda de uma chance é a quantificação do dano. Aqui, tal como acontece nos casos médicos, o dano pode não ser exclusivamente patrimonial ou ser apenas extrapatrimonial. Isso porque, muitas vezes, a matéria tratada em direito de família não trata de relações monetárias. Diante dessas hipóteses, a quantificação mostra-se um pouco mais complicada e, assim como no caso da perda de uma chance em âmbito médico, assemelhar-se-ia à quantificação dos danos morais. Necessário ver, no entanto, que se houvesse dano patrimonial, esse deveria obedecer ao critério de não ser equivalente ao valor integral e de ser uma parte dele proporcional à chance.

Ainda que com leve diferenças, contudo, parece razoável que se admita a aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos envolvendo direito de família, desde que se atente aos critérios mais rígidos que esse ramo do Direito pressupõe. Sendo a matéria possível de ser julgada à luz da teoria da perda de uma chance, ela deverá obedecer aos mesmos elementos obrigatórios da matéria.

3. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NOS CASOS DE PERDA DE UMA CHANCE

Uma vez que foi devidamente explicada a teoria da perda de uma chance, destrinchado seus requisitos e apresentados algumas hipóteses específicas e razoavelmente recorrentes de sua aplicação, mostra-se necessário que seja visto como os tribunais brasileiros têm aplicado a teoria na prática.

Antes de passar à própria análise da jurisprudência, no entanto, é interessante notar que nos últimos anos houve um considerável crescimento do número de causas julgadas e decididas pelos tribunais brasileiros envolvendo a teoria da perda de uma chance, sobretudo nos estados das regiões Sul e Sudeste do país, praticamente não havendo qualquer linha jurisprudencial que adote posição contrária à sua adoção. Menciona-se, no entanto, que alguns tribunais brasileiros ainda não têm qualquer contato com a teoria, de forma que não se pode dizer que é uma teoria de aplicação geral, ampla e irrestrita (SILVA, 2013). Nesse sentido, também vale citar o mencionado por Sergio Savi ao tratar de sua pesquisa:

Em 2009 e 2012, atualizamos a pesquisa de jurisprudência para a publicação das segunda e terceira edições. Para nossa alegria, constatamos que o tema ganhou enorme popularidade nos tribunais brasileiros. Hoje em dia, há dezenas de decisões a respeito do assunto em praticamente todos os Tribunais de Justiça do país (SAVI, 2012. p. 47).

Os primeiros casos analisados e aceitos pela justiça brasileira acerca da perda de uma chance datam da década de 1990. Esses processos provinham, em sua maior parte, do Rio Grande do Sul, mais especificamente por meio da atuação do desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Nesse sentido, parece válido a transcrição de um de seus primeiros julgados acerca do assunto, em 1991.

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Professor François Chabas: “Portanto, o prejuízo não é perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la” (*La perte d’une chance em droit français*, conferência da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 23.5.90). Por isso, não impressiona o argumento longamente expendido nas razões de recurso sobre a impossibilidade jurídica de a autora ver reconhecido seu direito à pensão previdenciária pela morte do marido, uma vez que esse não era segurado do Instituto. O argumento tem dois defeitos: em primeiro, mostra que o réu está agindo sobre os próprios atos, isto é, tendo proposto ação fundada na alegação de um certo direito, não pode justificar sua omissão de informar e de diligenciar, lembrando a inexistência do mesmo direito. A ninguém é dado *venire contra factum proprium*; em segundo, porque a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda da chance, dentro do instituto de responsabilidade civil

(RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 591064837. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 29 de agosto de 1991).

Apesar de ser um dos primeiros casos em que é reconhecida a aplicação da teoria da perda de uma chance em âmbito nacional, também é importante verificar que aqui não houve fixação das premissas a serem observadas para liquidação da sentença (SAVI, 2012).

Interessante notar, ainda, que no ano anterior ao do julgamento do caso acima, de onde se extraiu a citação, Ruy Rosado de Aguiar Júnior já tinha enfrentado caso em também se alegava a perda de uma chance, mas ao contrário do caso narrado, nesse primeiro caso não houve reconhecimento de chance perdida no caso concreto.

Apesar do pioneirismo de Ruy Rosado de Aguiar Júnior e da presença de alguns casos isolados que versassem sobre a teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, seria somente depois de muitos anos que a teoria seria efetivamente consolidada dentro do ordenamento jurídico nacional.

Nesse sentido, é interessante mostrar os dados apontados por Sergio Savi quando da realização de suas primeiras pesquisas acerca do assunto no Brasil:

A primeira etapa da pesquisa foi realizada em março de 2002. Naquela oportunidade foram encontrados sobre o tema 14 (quatorze) acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1 (um) acórdão no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e 4 (quatro) acórdãos no Superior Tribunal de Justiça (SAVI, 2012, p. 47).

A maior atenção à teoria da perda de uma chance viria somente com um caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça conhecido como caso “Show do Milhão”, que será analisado em breve, mesmo que antes houvesse processos que tratassem do assunto.

Os casos tratados antes do exame do caso “Show do Milhão”, contudo, apresentavam algumas discrepâncias com relação à aplicação encontrada nos tribunais estrangeiros, mencionada em diversos momentos durante a presente monografia e, por isso, serão alvos de breve análise, para que se possa chegar à questão da correta ou ideal aplicação da teoria da perda de uma chance.

3.1 A jurisprudência brasileira antes do caso “Show do Milhão”

Conforme mencionado, mesmo antes do *leading case* brasileiro, qual seja o caso Show do Milhão, havia casos que tratavam da teoria da perda de uma chance dentro da jurisprudência brasileira, como os casos analisados por Ruy Rosado de Aguiar Junior, já relatado. Ainda que assim o fosse, a aplicação diferia em pontos relevantes com relação à aplicação atual e àquela empregada pela jurisprudência estrangeira.

Um dos primeiros fatos a serem constatados aqui é a caracterização da oportunidade perdida como dano moral apenas ou como um agregador do dano moral. Como menciona Sergio Savi:

Em muitas ocasiões a questão da existência de uma chance séria e real foi enfrentada adequadamente pelos Tribunais. Todavia, ao decidirem acerca das consequências da frustração da oportunidade, diversos tribunais entenderam que a vítima somente poderia ter sofrido danos morais (SAVI, 2012, p. 50).

Nesse sentido, é possível mencionar alguns julgados do começo da década passada que adotam esse posicionamento, como:

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO PELOS FISCAIS DAS NORMAS DO MANUAL DE INSTRUÇÕES. EXTRAVIO DA PROVA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL. Demonstrada a falha na aplicação de prova prática de datilografia em concurso público pela inobservância das regras do Manual de Instruções para Fiscalização, segundo as quais deveriam ser recolhidas todas as cinco folhas entregues ao candidato, cabia à Administração Pública comprovar que este não as restituiria. Na falta desta prova, é de se presumir que a prova restou extraviada por culpa da Administração. Hipótese em que restou demonstrada a violação ao princípio da acessibilidade aos cargos públicos com a perda da chance concreta de lograr aprovação de ser nomeado. Embargos acolhidos. Votos vencidos (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Embargos Infringentes n. 598.164.077, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Relatora Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 06 de novembro de 1998).

O caso acima trata de hipótese clássica de perda de uma chance, qual seja a impossibilidade de participação ou continuação em concurso. Apesar de ser interessante o fato de o caso admitir expressamente a utilização da teoria da perda de uma chance no caso concreto, parece estranho sua admissão enquanto dano moral.

O mesmo viria a acontecer nos casos clássicos de perda de uma chance por responsabilidade de advogado, como nos casos a seguir:

MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE PERDA DE PRAZO. DANOS MORAIS

JULGADOS PROCEDENTES. 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. Conjunto probatório contrário à tese do Apelante. É certo que o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda de prazo caracteriza a negligência profissional. Da análise quanto à existência de nexos de causalidade entre a conduta do Apelante e o resultado prejudicial à Apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de ver apreciado seu recurso à sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista, pelo ato do seu mandatário, o qual se comprometera ao seu fiel cumprimento, inserido que está, no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra a qual irressignou-se o mandante. Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside seu prejuízo. Estabelecidas a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2003.001.19138, 14ª Câmara Cível, Relator Desembargador Ferdinando do Nascimento, julgado em 07 de outubro de 2003).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. NEGLIGÊNCIA NA ATUAÇÃO PROFISSIONAL. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA SÓ APÓS O DECURSO DE PRAZO DE PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, ENTRETANTO, DE AVALIAR O DIREITO DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CHANCE DE VER O PLEITO EXAMINADO PELO JUDICIÁRIO, MODALIDADE DE DANO MORAL. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO (SÃO PAULO. 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 8ª Câmara. Apelação Cível n. 680.655-1, Relator José Arnaldo da Costa Telles, julgado em 23 de outubro de 1996).

Aqui, novamente, é interessante ver o reconhecimento da perda de uma chance no âmbito da atividade advocatícia, um caso clássico presente na jurisprudência de quase todos os países descritos no presente trabalho. Ainda assim, a classificação do dano como dano moral é de causar certa estranheza.

É possível citar muitos outros casos anteriores ao caso “Show do Milhão” que trabalham a perda de uma chance da mesma forma que os demonstrados acima, mas citar uma quantidade maior de julgados não se mostra tão interessante para os fins desse trabalho quanto a análise deles.

Os três julgados acima têm em comum, além do reconhecimento da aplicação da teoria da perda de uma chance, a sua classificação como dano moral, modalidade de dano moral ou agregador de dano moral. Ou seja, de acordo com os acórdãos supramencionados a perda de uma chance consistiria apenas em dano extrapatrimonial.

Apesar de haver a possibilidade de se agregar dano moral em determinadas hipóteses de perda de uma chance, a maioria dos autores, como descrito no item 2.1, posiciona-se

de forma a admitir a perda de uma chance como dano emergente, como lucros cessantes ou como modalidade própria de dano material. Dessa forma, a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos descritos, apesar de importante por a aceitarem, não constitui a forma mais adequada de caracterização da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Sobre esse tópico, importante ressaltar o mencionado por Sergio Savi:

[N]ão há dúvidas de que, em determinados casos, a perda da chance, além de causar dano material, poderá, *também*, ser considerada um “agregador” do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano causado pela perda de chance como sendo um dano *exclusivamente* moral. Até porque [...] a frustração de uma oportunidade séria e real de incremento no patrimônio pode causar danos de natureza patrimonial, que se enquadram como uma subespécie de dano emergente (SAVI, 2012, p. 57).

A classificação da teoria da perda de uma chance como modalidade de danos morais ou agregadora de danos morais não parece ser o único problema presente com a aplicação da teoria da perda de uma chance pela jurisprudência nacional anterior ao caso “Show do Milhão”.

Ao tratar da jurisprudência nacional, Sergio Savi, além do ponto já suscitado acima, ainda aponta para problemas quanto a dois dos aspectos mais importantes da responsabilidade civil pela perda de uma chance, quais sejam a determinação da probabilidade de a chance ser real e séria e a quantificação da chance perdida.

Com relação à aferição da seriedade e probabilidade da chance perdida, é interessante analisar o seguinte caso:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. CESSAÇÃO DE DESCONTO AUTOMÁTICO DE PRÊMIO DE SEGURO. CANCELAMENTO DO CONTRATO PELA SEGURADORA. PERDA DE UMA CHANCE CARACTERIZADA. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA ACOLHIDA. A certeza quanto à existência do dano, presente ou futura, exigida como requisito de sua reparabilidade, não deve ser enfocada de forma absoluta, pois entre o dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, situa-se a denominada “perda de uma chance”, assim entendida a frustração da expectativa séria de evitar uma perda. SENTENÇA RETOMADA. APELO PROVIDO (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 598.460.244, Relatora Desembargadora Mara Larsen Chechi, julgado em 28 de abril de 1999).

No caso acima, o autor da ação tinha contratado seguro de vida, cujos prêmios eram pagos através de débito automático em conta corrente, que eram realizados pelo banco réu. Ocorre que, apesar de haver saldo disponível na conta corrente, o banco réu deixou de realizar o débito das parcelas de três meses, culminando no cancelamento do seguro (SAVI, 2012).

De acordo com o Tribunal, o autor viu sua expectativa de cobertura de risco frustrada e essa frustração só poderia ser traduzida monetariamente “pela medida do prejuízo inerente à contratação de um novo seguro, que decorre da imposição de um período de carência equivalente a três prestações de seguro corrigidas” (SAVI, 2012).

No caso acima retratado não há que se falar em perda de uma chance. Ainda que o acórdão cite a teoria, não é possível verificar qualquer chance ou oportunidade que tenha sido perdida. O que se perdeu, na verdade, foi o seguro de vida, que foi cancelado. Não há qualquer chance perdida a ser indenizada, mas sim o dano emergente proveniente do cancelamento do seguro ocasionado pela negligência da instituição bancária. Dessa forma, há que se falar em dano emergente, e não em responsabilidade civil por perda de uma chance (SAVI, 2012).

Assim como os casos que tratam da teoria da perda de uma chance como dano moral, é possível citar outros casos em que a aferição da chance, para verificação de se tratar de chance séria e real, não foi corretamente realizada. Entretanto, novamente, não se mostra interessante repetir muitas decisões com sentido igual ou parecido apenas para demonstração de um ponto determinado.

Cabe ainda, no entanto, analisar ao menos um caso em que ocorreu uma quantificação equivocada de dano, a fim de que se entenda um pouco melhor a forma correta de aplicação da teoria da perda de uma chance. Para tanto, vale citar caso de responsabilidade civil por perda de uma chance em atividade advocatícia:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO.

Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de uma chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CCB/1916. APELO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70.005.473.061. 9ª Câmara Cível, Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 10 de dezembro de 2003).

No caso descrito acima, a advogada perdeu prazo para interposição de apelação contra sentença desfavorável ao cliente que defendia. Em face disso, o Tribunal acertadamente

reconheceu a perda de uma chance. Entretanto, houve erro na quantificação do valor a ser indenizado.

O acórdão do caso acima determinou que a ré indenizasse o autor tudo aquilo que auferiria se o recurso tivesse sido interposto corretamente e tivesse sido provido. Ou seja, a determinação foi para que houvesse a indenização não pelo valor da chance perdida, mas pelo valor total que a vítima deixou de receber.

Conforme mencionado no subitem 2.2.2 e no item 2.4, a indenização nunca será no valor total da chance perdida. Se houvesse esse tipo de indenização, não haveria que se falar em perda de uma chance, mas sim em lucros cessantes, por ser nessa modalidade de danos materiais que efetivamente existe a certeza de dano futuro. A reparação proveniente da perda de uma chance deve ser equivalente à probabilidade de a oportunidade perdida lograr êxito, por mais difícil que seja essa aferição.

Isso não quer dizer que, até então, a forma com que a jurisprudência brasileira aplicava a teoria da perda de uma chance era sempre equivocada ou sempre apresentava erros. Pelo contrário, é possível encontrar julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ou do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que tratam do tema de forma perfeita, ainda que para negá-los. Entretanto, é importante notar que a aplicação da teoria não era a mais correta possível e que, ainda que fosse admitida a sua utilização, ela muitas vezes carecia de melhor exame dos aspectos intrínsecos a essa modalidade de responsabilidade civil.

A teoria receberia maior atenção após o julgamento do caso “Show do Milhão”, no final de 2005. A partir de então, o número de julgados da teoria cresce consideravelmente e a aplicação vai se tornando cada vez mais correta e próxima da utilizada pelos tribunais estrangeiros. É o que se verá a seguir.

3.2 O caso “Show do Milhão”

Talvez o caso mais famoso e conhecido acerca da teoria da perda uma chance seja o caso conhecido com caso “Show do Milhão”, julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 08 de novembro de 2005. A notoriedade aqui se justifica em razão de ser um dos primeiros processos da jurisprudência brasileira a efetivamente aceitar a teoria da perda de uma chance, que até então não era diretamente tratado.

O caso trata de perda de uma chance ocorrida no programa de televisão do SBT conhecido como “Show do Milhão”. Nesse programa, o participante respondia a sucessivas perguntas, sendo que essas apresentavam grau de dificuldade crescente. Ao acertar uma pergunta, o participante garantia uma determinada quantia em dinheiro e passava à pergunta seguinte.

A cada pergunta certa, o participante assegurava para si uma quantia de dinheiro maior, podendo auferir valor até R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). Entretanto, se o participante errasse a pergunta, ele era eliminado e fazia jus somente à metade do valor da última pergunta que havia respondido corretamente, sendo a única exceção a essa regra a derradeira pergunta de um milhão de reais, ocasião em que se o candidato errasse só receber R\$300,00 (trezentos reais). Dessa forma, antes de responder cada nova pergunta, era dada ao participante a oportunidade não responder e manter a quantia de dinheiro que já tinha assegurado.

No presente caso, a autora, Sra. Ana Lucia S. F. Mattos, já contava com a quantia de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), restando-lhe apenas a última pergunta, que valia um milhão de reais. Após formulada a última pergunta, a autora optou por não responder e manter a quantia de dinheiro que auferia até aquele momento.

A situação, a princípio, não apresenta nenhuma irregularidade. Contudo, após o programa foi constatado que não havia resposta correta para a pergunta formulada. Isso ocorre porque a questão mencionava um índice que, de acordo com ela, estaria indicado na Constituição Federal de 1988, porém o índice que se verificava, na verdade, era indicado pela Enciclopédia Barsa, fazendo com que nenhuma das respostas apresentadas à pergunta estivesse efetivamente correta.

Diante disso, foi proposta ação pleiteando a indenização no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), que corresponde à diferença entre o valor que recebeu e o valor que teria recebido caso tivesse acertado a pergunta. A ação foi bem sucedida no primeiro e no segundo grau, fazendo com que a patrocinadora do programa interpusesse Recurso Especial, que teve sua admissão negada, e, posteriormente, propusesse Agravo de Instrumento em Recurso Especial, vindo a ser analisado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Até o momento de interposição do Recurso Especial, o juízo de primeiro e de segundo grau haviam garantido à autora a indenização total, no valor de R\$500.000,00

(quinhentos mil reais), provavelmente por considerarem e tratarem o caso como sendo de lucros cessantes.

Mediante tudo que já foi explicado anteriormente, contudo, o caso não poderia ser considerado como um caso típico de lucros cessantes, posto que para configurar os lucros cessantes é necessário que o resultado, sob condições normais, fosse certo. O que se vê aqui, entretanto, é a possibilidade de a autora ter ganhado R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) a mais do que ela ganhou.

Dessa forma, muito acertado o entendimento do Ministro Fernando Gonçalves, relator do caso em questão, ao entender que, mediante as circunstâncias do programa, quais sejam, progressiva dificuldade das perguntas e elevada carga emocional, não existia certeza acerca do lucro, ao mesmo tempo em que ainda existia possibilidade e, portanto, houve clara perda de oportunidade de ganhar a quantia de dinheiro que valia a questão.

Nesse sentido, vale transcrever parte do voto do ministro relator para melhor entender a questão.

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

Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais).

Destarte, não há *como* concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar *com* questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras

reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9. 4ª Turma Cível. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 08 de novembro de 2005).

Muito acertada e correta a decisão do ministro em não reconhecer a certeza do ganho de um milhão de reais, mas ainda assim reconhecer que a possibilidade de ela auferir algum lucro era certa. A partir dessa análise, houve a conclusão de que a chance de que tratava o caso não era meramente hipotética, mas sim uma questão séria e real que, mesmo que ela não tivesse conhecimento algum sobre o tema da pergunta a ser respondida, ainda poderia vir a render-lhe o dinheiro esperado.

A forma que se deu a quantificação da perda de uma chance também parece ter se amoldado ao que foi descrito no subitem 2.2.2, quando foi tratada justamente a questão da quantificação da perda de uma chance. Partindo do pressuposto de que, ainda que a autora não soubesse nada ela ainda teria uma chance em quatro de acertar a pergunta e ganhar R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) a mais do que ganhou, ou seja, de que ela tinha 25% (vinte e cinco por cento) de chance de ganhar um milhão de reais, o ministro decidiu que a autora faria jus a 25% (vinte e cinco por cento) do valor a mais que poderia ter ganhado. Dessa forma, restou indenização de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Há, no entanto, quem se posicione contra a forma com que foi quantificado a perda de uma chance. Nesses termos, vale citar Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum:

Desprezaram, portanto, os julgadores qualquer fator existente (conhecimento acumulado, mérito de ter chegado naquela fase do programa, etc.) que diferenciasse a participante da última fase de outro concorrente, de uma criança ou de um animal adestrado, capaz de escolher uma alternativa (ou apontar uma resposta). Entende-se que o mais adequado seria – em adoção à teoria da perda da chance – reconhecer a possibilidade (oportunidade) de acerto e, por ser esta maior do que a fórmula matemática de 1 para 4, indenizar a demandante no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil Reais), equivalente a 50% (cinquenta por cento) das chances de acertar a questão. (SCHONBLUM, 2009, p. 99).

Apesar de ser interessante o posicionamento do autor sobre essa questão ao apontar o fato de que foi desconsiderada a inteligência e/ou a capacidade da autora, qualquer outra solução para a quantificação parece demasiadamente subjetiva. É difícil, para não dizer impossível, medir elementos como inteligência e capacidade de responder corretamente uma

pergunta que foi feita para ser difícil através dos autos de um processo. Qualquer posicionamento no sentido de tentar definir esse aspecto seria mera especulação e poderia causar grave injustiça a qualquer uma das partes. Dessa forma o entendimento preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça no voto acima parece adequado para a situação em tela, ainda que uma indenização um pouco acima desse percentual mínimo ainda fosse razoável.

Necessário se atentar à importância que possui o caso explicado acima. É ele que ratifica o entendimento de que a teoria da perda de uma chance é válida no Brasil e é a partir de tal decisão, também, que o volume de processos envolvendo a temática passa a crescer no território nacional. Ela também é um perfeito exemplo de como a teoria da perda de uma chance deve ser aplicada, com perfeita aferição da chance para saber se ela era de fato real e séria e quantificação da indenização em moldes que, ainda que discutíveis, são, no mínimo, aceitáveis e corretos.

3.3 Outros casos relevantes de perda de uma chance no Superior Tribunal de Justiça

Desde o julgamento do caso “Show do Milhão, visto acima, vários outros casos que tratavam do mesmo assunto chegaram ao STJ. Aqui será feita a análise de alguns desses processos, para se destacar alguns aspectos determinados sobre eles.

O primeiro caso digno de destaque é o Recurso Especial 1.079.1850-MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11 de novembro de 2008. A importância do caso se dá, principalmente, por identificar a possibilidade de a perda de uma chance gerar danos extrapatrimoniais e patrimoniais. Isso é de suma importância quando se leva em consideração os acordãos do item 3.1 que tratam da perda de uma chance apenas como modalidade de dano moral ou agregadora de dano moral. Nesse sentido, sua ementa:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7. STJ. APLICAÇÃO.

A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem processual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde

que tal chance seja real e séria. Não se trata, portanto, de reparar a perda 'de uma simples esperança subjetiva', nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

A perda de uma chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da súmula 7, STJ.

Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STJ. Recurso Especial não conhecido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.079.1850-MG. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 11 de novembro de 2008).

Apenas de ler a ementa já existem fatores consideravelmente relevantes que devem ser considerados nesse caso. De início, importa atentar à exigência feita pelo Tribunal de que a chance fosse real e séria e não meramente uma esperança subjetiva. Conforme explicado ao longo de todo o trabalho, esse é um dos itens essenciais para a concretização da chance perdida. Outro importante fator a se considerar é a determinação expressa de que a reparação não visa conferir à vítima todo o valor que lhe foi retirado. A importância desses fatores é justificada ao retomarmos os julgados dos itens 3.1, em que a chance é aferida de forma errada e em que a quantificação da chance perdida mais se assemelha aos lucros cessantes que à teoria da perda de uma chance.

Válido, também, mencionar que esse é um típico caso de responsabilidade civil proveniente de atividade advocatícia. Nesse caso, ao contrário de outros citados, o Tribunal teve um posicionamento muito correto ao atrelar a chance perdida à possibilidade de o evento se concretizar e em dizer que a reparação deveria ser com base na possibilidade e não mediante o valor integral, de forma a se posicionar de acordo com o que foi expresso no item 2.4.

Ainda assim, o principal fator a se levar em consideração no julgado acima é o fato de admitir que a teoria da perda de uma chance pode gerar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Como mencionado antes, vários julgados anteriores de tribunais estaduais identificavam a perda de uma chance como hipótese de dano exclusivamente moral. A tomada de posição feita pelo Superior Tribunal de Justiça no caso acima faz com que ele se coloque em

consonância com os casos “clássicos” da perda de uma chance e com a jurisprudência estrangeira, diversas vezes explicada ao longo desse trabalho (SAVI, 2012).

Um segundo caso que vale analisar é o Recurso Especial n. 1.220.911-RS, de relatoria do Ministro Castro Meira, da Segunda Turma, julgado em 17 de março de 2011. O caso, que versa sobre aprovação em concurso público, ajuda a sedimentar no ordenamento jurídico nacional alguns dos aspectos relevantes da teoria da perda de uma chance tratados no trabalho e demonstra, juntamente a outros casos, que a aplicação da teoria no Brasil caminha na mesma direção da jurisprudência estrangeira. Abaixo sua ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDAO A *QUO* BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 07/STJ.

1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual pretende o agravante ser indenizado pela União, em face dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da sua reprovação no exame psicotécnico, com a consequente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal.
2. O agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, compreendendo os seguintes exames: psicotécnico (considerando a inexistência de resultado válido), médicos, capacidade física e motricidade; e, ainda, a segunda etapa, de caráter eliminatório – Curso de Formação.
3. A pretensão não encontra amparo na “teoria da perda de uma chance” (*perte d’une chance*) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: “se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada” (Programa de Responsabilidade Civil, 4. Ed., São Paulo: Malheiros, p. 92)
4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos.
5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente “nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 91-92)
6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de

prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

7. Agravo regimental não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.220.911-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 17 de março de 2011).

Apesar de ser um caso em que se nega a pretensão pela perda de uma chance, vários dos fatores elencados já na ementa são interessantes de se notar. O primeiro deles é o fato de, novamente, condicionar a indenização pela perda de uma chance a chances sérias e reais. Mais que isso, houve perfeita análise realizada pelo magistrado que o levou a concluir que se tratava de mera hipótese. Ao se levar em consideração o fato de que ainda havia quatro etapas do concurso a serem realizadas, sem qualquer outra informação, parece difícil não caracterizar a chance como remota ou com pouca certeza de sua concretização.

Não obstante, o Tribunal ainda se atentou a outro fato de grande relevância para a questão: o de que não haveria dano porque o autor não pretendia investir no cargo de policial rodoviário federal. Ora, se não havia intenção de usufruir dos possíveis benefícios a serem aproveitados com eventual aprovação no concurso, não há que se falar em prejuízo e, sem dano, não existe qualquer possibilidade de qualquer modalidade de responsabilidade civil.

Outro caso que merece atenção é o REsp 1.254.141/PR, também de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado ao final de 2012 pelo Superior Tribunal de Justiça, que trata sobre a responsabilidade civil por perda de uma chance nos casos médicos. Abaixo segue sua ementa, que já diz muito a respeito do assunto:

Direito civil. Câncer. Tratamento inadequado. Redução das possibilidades de cura. Óbito. Imputação de culpa ao médico. Possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Redução proporcional da indenização. Recurso especial parcialmente provido.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, no qual o agente frustra a vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

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

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

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

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.254.141/PR, (2011/0078939-4), Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 04 de dezembro de 2012).

O caso trazido acima trata de vários aspectos interessantes abordados no decorrer da presente monografia. Primeiramente, há que se falar sobre o tema de que trata o acórdão, qual seja, a responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica. Percebe-se, já na ementa, um posicionamento muito semelhante ao da jurisprudência francesa e americana, reconhecendo a possibilidade de indenização da perda de uma chance no âmbito médico. Interessa notar, ainda, que mesmo nessa esfera a Ministra Nancy Andrighi considerou o dano provindo da perda de uma chance como um dano autônomo.

Outro fator consideravelmente relevante é notar a questão da quantificação do dano, momento em que é claramente definida a impossibilidade de se reparar a título de indenização por perda de uma chance o dano integral. Esse aspecto da decisão também se mostra de acordo com elementos já dispostos e explanados anteriormente, no sentido de que, por ser um dano autônomo, ele não deverá ser confundido com o prejuízo integral percebido.

Como é possível notar, todos os casos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça mencionados acima, já supervenientes ao caso “Show do Milhão”, tratam da teoria da perda de uma chance de uma forma muito mais próxima à forma com que é tratada a teoria nas cortes estrangeiras, principalmente as francesas. Isso decorre, principalmente, do reconhecimento da chance perdida como um dano autônomo, do cuidado com a aferição da chance para indicar se se trata de chance real e séria e em razão da forma de quantificação do dano, que já não é mais o valor integral perdido.

Isso, claro, não quer dizer que não possam existir erros de julgamento sobre a perda de uma chance dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Com uma quantidade cada vez maior de casos sobre o assunto chegando aos tribunais brasileiros parece impossível que erros não sejam cometidos, sobretudo quando se considera que até mesmo em matérias antigas e já consolidadas os magistrados ainda erram. No entanto, isso indica com clareza que a teoria foi bem recebida pelos tribunais brasileiros e que tanto a jurisprudência quanto a doutrina tendem a aprimorar seu entendimento sobre o assunto cada vez mais, principalmente com o que é possível inferir dos julgados dos últimos oito anos.

Conclusão

A indenização decorrente da chance perdida foi, por muito tempo, completamente ignorada pelo Direito, uma vez que era impossível comprovar o nexo causal entre o prejuízo que a vítima sofria e a conduta que apenas a retirou a possibilidade de auferir uma vantagem ou evitar um determinado dano.

Entretanto, a partir do desenvolvimento da teoria na jurisprudência e na teoria francesa, principalmente, a chance perdida passou a encontrar tutela dentro do direito. Para tanto, houve solidificação do entendimento de que a chance perdida, quando séria e real, caracteriza um dano autônomo e, mesmo que não seja possível aferir o nexo causal entre o prejuízo final e o ato ilícito, ainda é possível perceber a causalidade entre o ilícito e a oportunidade perdida.

Esse desenvolvimento foi de considerável relevância para o direito, pois a partir dele tornou-se inviável que certos atos ilícitos, como a negligência de uma banca examinadora de concurso público ou o descuido de um advogado que não observa o prazo de prescrição, sejam aceitos pelo simples fato de não haver possibilidade de provar nexo de causalidade entre o ato negligente e o prejuízo.

Ressalta-se, contudo, que para a correta aplicação da teoria da perda de uma chance, certos fatores devem ser observados. Apesar de toda a controvérsia envolvendo a aplicação da teoria a alguns campos ou sobre como seria sua classificação, o consenso é de que é necessária a observância da chance real e séria e, quando essa se mostra presente, é preciso se atentar à quantificação da chance perdida, que nunca deverá ser igual a todo o prejuízo suportado.

A chance real e séria, como visto, é aquela que é possível notar a probabilidade do evento se concretizar. Muitas vezes, o evento não precisa ter uma probabilidade altíssima de chances de acontecer, mas ela tem que estar presente e ser possível de notar. Alguns países, quanto a esse quesito, preferem trabalhar somente com as chances que podem ser medidas – caso dos Estados Unidos – enquanto outros não exigem tanto – caso da França.

A quantificação, por sua vez, é o valor a ser indenizado e parece haver consenso no sentido de que ele nunca deve ser igual ao valor total que a vítima deixou de ganhar, pois isso constituiria lucros cessantes, não perda de uma chance. Ainda assim, também parece ser

entendimento geral o de que o valor a ser indenizado é uma parte proporcional à probabilidade de o evento ter se concretizado se a oportunidade não fosse perdida.

Os elementos acima destacados, contudo, apesar de serem parte essencial da correta aplicação da teoria da perda de uma chance podem apresentar diferenças no momento de sua aplicação.

Os casos médicos, principalmente, se destacam por serem consideravelmente diferentes dos casos “clássicos” em que a teoria da perda de uma chance é mais utilizada. A diferença ocorre, principalmente, porque o evento aleatório já ocorreu, o que gera intensa discussão na doutrina estrangeira. Não obstante, é necessário ver que o dano causado, aqui, é de caráter extrapatrimonial na quase totalidade dos casos. Como mencionado, isso impõe uma diferença no momento de quantificar a indenização.

A mesma diferença também pode ser vista nos casos de perda de uma chance em matéria de direito de família. Aqui, também, pode ser que os casos versem sobre direito não patrimonial, o que gera dificuldades no momento da quantificação da chance perdida. Nesses casos, por não haver um valor integral que possa ser aferido, a quantificação não tem qualquer base sólida e, por isso, parece razoável dizer que existe semelhança entre ela e a quantificação operada nos danos morais, ocasião em que o dano é valorado, em sua maior parte, pelo juiz da causa.

Vale mencionar ainda que nos casos de direito de família existe um requisito a ser observado quanto à matéria, já que não é qualquer matéria desse ramo do Direito que pode ser analisada pelas teorias da responsabilidade civil, área em que a teoria da perda de uma chance está inserida.

Ainda na questão relacionada à quantificação do dano, verifica-se que, mesmo nos casos clássicos, pode haver uma dificuldade quanto ao seu cálculo. Isso decorre da eventual impossibilidade de aferição de uma porcentagem matemática que possa incidir sobre o valor total da causa para se chegar à indenização mais justa, como ocorreu no caso “Show do Milhão”. Esse tipo de dificuldade se mostra presente, por exemplo, na questão dos casos de perda de uma chance no âmbito da advocacia em que, ainda que os danos sejam patrimoniais, não existe um

parâmetro preciso, matemático, para se calcular a chance e, conseqüentemente, a quantificação da indenização.

Dessa forma, há de se notar que a forma com que ocorre a perda de uma chance nas diversas áreas do direito, apesar de uniforme em alguns aspectos, como a presença da chance real e séria, pode apresentar diversas variáveis, como a quantificação, mencionada acima. Isso não quer dizer, contudo, que as matérias e os julgados que fujam um pouco de aspectos clássicos não constituam casos de perda de uma chance. Na verdade, isso indica que a teoria é flexível com relação a alguns aspectos, o que deve ser observado para sua correta aplicação.

A teoria chega ao Brasil na década de 1990, o que, se comparado com outros países que também a adotam, é bastante tardio. Ainda assim, apesar de um começo lento e de, a princípio, haver pouco interesse, a teoria da perda de uma chance se desenvolveu bem no direito brasileiro, principalmente a partir do final de 2005.

Nesse sentido, é interessante notar que o desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Brasil foi marcado por uma quantidade razoável de tropeços quanto à sua correta aplicação ao longo dos anos.

Na jurisprudência brasileira, foi possível notar alguns equívocos no momento da aplicação da teoria da perda de uma chance. Remetendo ao último capítulo trabalhado, a teoria chegou a ser caracterizada como modalidade de dano moral, sem identificação de possibilidade de causar dano patrimonial em diversos momentos, contrariando praticamente todo o disposto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Alguns erros também puderam ser notados quando da aferição da chance séria e real, havendo casos em que um evento já concretizado foi caracterizado como chance, e quanto à quantificação do dano, sendo essa, algumas vezes, integral, o que não pode ocorrer dentro da teoria da perda de uma chance.

Entretanto, é interessante ver que a aplicação da teoria da perda de uma chance amadureceu consideravelmente desde o *leading case* brasileiro, o caso “Show do Milhão”, em 2005. Desde então, a jurisprudência brasileira tem se atentado mais à teoria e o número de casos que versam sobre o assunto cresceu consideravelmente. Em rápida pesquisa pelo termo “perda de uma chance” realizada no site www.jusbrasil.com.br, um dos mais utilizados para pesquisa

jurisprudencial, foi constatada a existência de mais de 5.500 (cinco mil e quinhentos) acórdãos que tratam sobre o assunto.

Nota-se, por fim, que com o crescimento do número de casos que tratam sobre a possibilidade da perda de uma chance no Brasil os quesitos para sua aplicação têm sido observados melhor. Isso faz com que a jurisprudência brasileira, em diversos aspectos, caminhe ao encontro da jurisprudência estrangeira, principalmente a francesa, e, mais que isso, em direção a uma aplicação cada vez mais correta e precisa da teoria, com observância maior dos fatores necessários para a sua aplicação e desenvolvimento de melhores formas para apreciação de tais elementos.

Com a sedimentação dos critérios essenciais da teoria da perda de uma chance em julgados do Superior Tribunal de Justiça e com um número cada vez maior de processos sendo julgados, parece inevitável a conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro aceitou a perda de uma chance e que sua aplicação só tende a aumentar e melhorar no futuro, talvez eventualmente se tornando tão comum e corriqueiro quanto aspectos da responsabilidade civil como os lucros cessantes ou os danos emergentes.

Referências bibliográficas

ASSIS JR. Luis Carlos de. A responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. In. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. v. 12. n. 85 – set-out/2013, p. 9-21

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788.459 - BA (2005/0172410-9. Quarta Turma Cível. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 08 de novembro de 2005

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.079.1850-MG. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 11 de novembro de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.220.911-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 17 de março de 2011

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.254.141/PR, (2011/0078939-4), Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado em 04 de dezembro de 2012

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação. In: **Revista forense**, v. 105, n. 406, p. 87-102, nov./dez. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 5 ed . São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2003.001.19138, 14ª Câmara Cível, Relator Desembargador Ferdinando do Nascimento, julgado em 07 de outubro de 2003

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 591064837. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 29 de agosto de 1991

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 591064837. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 29 de agosto de 1991

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 598.460.244, Nona Câmara Cível, Relatora Desembargadora Mara Larsen Chechi, julgado em 28 de abril de 1999.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70.005.473.061. 9ª Câmara Cível, Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 10 de dezembro de 2003

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. A perda da chance de cura. In: **Revista de Direito**, n. 81, 2009. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/respo_civil/a_perda_da_chance_d_e_cura.pdf>. Acesso em 23 de novembro de 2014

SÃO PAULO. 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Apelação Cível n. 680.655-1, 8ª Câmara. Relator José Arnaldo da Costa Telles, julgado em 23 de outubro de 1996

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. A teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável: Pode uma pergunta mal formulada valer 1 milhão? **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 48, p. 88-102. 2009.

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

SOUZA, Neri Tadeu Camara. Erro médico e perda de uma chance. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 43, jul 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4155>. Acessado em 2 de dezembro de 2014 às 17h24min.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 14ª Ed. São Paulo> Atlas, 2014.