

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A JURISPRUDÊNCIA ATUAL

THE THEORY OF LOSS OF A CHANCE AND CURRENT CASE LAW

¹ Alexandre Elias Pançardes 

² Daniele do Amaral
Souza Cavaliere 

RESUMO | Pelo presente trabalho monográfico, pode-se observar que a Teoria da Perda de uma Chance surgiu na França no âmbito da Responsabilidade Civil, e devido a sua importância começou a se espalhar por todas as partes da Europa e posteriormente ao mundo inteiro. Nesse sentido, diversos doutrinadores, atualmente, explicam sobre a teoria, e defendem que a chance deve ser séria e real, e que a indenização deve ser correspondente a porcentagem de êxito. Ademais, essa teoria não se encaixa nos lucros cessantes e danos emergentes, uma vez que existe a possibilidade e não a certeza do dano esperado. Em seguida, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro aceita e utiliza a teoria da perda de uma chance, sendo assim, existindo diversas jurisprudências que tem como objetivo auxiliar no embasamento das decisões dos tribunais de justiça, como se percebe nesse trabalho. Ressalta-se que a Teoria da Perda de uma Chance dispõe apenas sobre situações e casos concretos, resultando, no dever de indenizar aos casos apresentados.

Palavra-chave: a perda de uma chance, indenização, responsabilidade civil, jurisprudências.

ABSTRACT: *This study examines the Theory of the Loss of a Chance, noting that it originated in France within the realm of civil liability and, due to its significance, spread throughout Europe and subsequently across the globe. Currently, various legal scholars discuss the theory, arguing that the lost chance must be serious and real, and that compensation should correspond to the probability of success. Furthermore, this theory does not fall under the categories of lost profits (*lucros cessantes*) or actual damages (*danos emergentes*), given that the expected harm involves a possibility rather than a certainty. It is also evident that the Brazilian legal system accepts and applies the theory of the loss of a chance; as demonstrated in this study, there is a body of case law that supports court decisions in this regard. It should be noted that the Theory of the Loss of a Chance applies to specific situations and concrete cases, resulting in an obligation to provide compensation in the instances presented.*

Keywords: *loss of a chance, compensation, civil liability, case law.*

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda.

² Professor e pesquisadora do Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal o estudo do tema da Teoria da Perda de uma Chance, bem como sua evolução quanto a aplicabilidade e a forma como é julgada hodiernamente. A importância desse tema recai sobre o fato de ser uma teoria na qual não está descrita de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro, mas que tem reconhecimento e aplicabilidade. Vale ressaltar que este trabalho, pretende contribuir com o aprofundamento e conhecimento do tema, mesmo não se tratando de um tema revolucionário ou inovador na área jurídica.

O presente tema teve como motivação de escolha o interesse pessoal do pesquisador em entender melhor o funcionamento, a aplicabilidade e os julgados da Teoria supramencionada, em conjunto com a intenção de desenvolver novos raciocínios e pensamentos na área do Direito Civil. Pretende-se com a pesquisa estudar o surgimento histórico, a aplicabilidade, demonstrando as teorias desenvolvidas para identificar se há ou não a aplicação da teoria através da análise da probabilidade de êxito e do fato de ter privado alguém de obter certo resultado possível.

Não tem como propósito, influenciar sobre o posicionamento acerca do favorecimento ou não da teoria. Dessa maneira, não estabelecerá um ponto final na discussão do trabalho, visto que o direito é dinâmico. Pretende-se esclarecer a cerca de fatores que rodeiam o tema, em específico como está sendo analisado pelos Tribunais atualmente. A pesquisa foi desenvolvida e estruturada em três capítulos, os quais, possuem ligações, mas apresentam conteúdos distintos, sendo eles: o primeiro, que aborda sobre o surgimento, evolução história, e como chegou no que é a Teoria atualmente; o segundo, atinente ao estudo da aplicabilidade da Teoria; e por último, alusivo ao estudo Jurisprudencial da teoria.

Em relação a metodologia utilizada, cita-se que foi utilizada o método dedutivo na parte da investigação, uma vez que foram utilizadas posições científicas. Ademais, na parte jurisprudencial foi utilizada a lógica dedutiva, pelo mesmo fato acima descrito, juntamente com pesquisas bibliográficas e pesquisas realizadas em sites confiáveis, tais como os sites dos tribunais analisados. Por fim, o pesquisador conclui apresentando pontos conclusivos destacados e explicações finais como objetivo final de conexão de partes do trabalho e de esclarecimentos de partes importantes.

1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Analisaremos a Teoria da Perda de uma Chance a partir de sua origem histórica e de sua evolução no direito comparado e no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se compreender como o instituto se formou, em quais contextos passou a ser aplicado e de que modo se consolidou como tema relevante no âmbito da responsabilidade civil.

1.1 Origem e olhar histórico acerca da teoria da perda de uma chance

A teoria da Perda de uma chance (*la perte d'une chance*) surgiu em um caso que ocorreu em 17 de julho de 1889, e foi julgado pela Corte de Cassação Francesa. O caso, que ficou conhecido como *Chambre de Requêtes* (HIGA, 2011), se tratava de um funcionário que impediu que um procedimento prosseguisse e assim, decorrente da negligência tirou a possibilidade de a autora obter êxito, sendo assim, foi responsabilizado por tal ato.

De acordo com os ensinamentos de Rosenvald, Farias e Neto (2020, p.657), trata-se de um entendimento doutrinário e jurisprudencial do direito francês – *parte d'une chance* –, que coligado ao *Common Law*, conseguiram estabelecer parâmetros para auxiliar na fixação da reparação da perda de uma chance.

Em seguida, outro caso de grande relevância sobre a teoria, foi que no ano de 1932, a corte de Cassação Francesa registrou o primeiro acordão baseado na teoria da perda de uma chance. O caso foi sobre um notório, conhecido como Sr. Grimaldi, que através de suas falhas e de sua conduta dolosa gerou dano ao casal Marnier, impossibilitando-os de adquirir o imóvel que desejavam. Além do mais, o casal teve que custear diversos serviços notariais completamente inúteis. Diante do caso, o Tribunal de Aix entendeu por condenar o Sr. Grimaldi a indenizar o casal.

Ainda no Condado Frances, no ano de 1965, houve um caso que também chamou a atenção, o qual se tratava de um recurso sobre responsabilidade civil de um médico que cometeu erro em um diagnóstico, o que resultou ao paciente a perda da chance de cura da real doença que possuía. Dessa forma, o Tribunal Frances julgou por condenar o médico por seu erro. Após esse julgamento, começaram a surgir outros, como um julgado em 1969, que analisou o caso de um paciente que foi operado sem que houvesse sido realizado exames pré-operatórios, e resultou na morte do paciente em uma operação de apendicite.

Outro caso marcante ocorreu no ano de 1979, que se tratou de um caso de uma senhora que veio a falecer após o fim de uma intervenção cirúrgica, gerada pelo uso de anestesia local a base de xilocaína. O cirurgião foi responsabilizado pelo fato de ter consciência de que a anestesia poderia causar convulsões, sendo assim, deveria ter convocado uma anestesista para acompanhamento da cirurgia. Nesse caso em específico, a responsabilização do médico não ocorreu em decorrência da morte do paciente, e sim pela perda da chance de sobrevivência da paciente.

Entretanto, após seu surgimento na Corte Francesa, a teoria se espalhou para outras cortes da península ibérica, através dos estudos do doutrinador italiano Adriano de Cupis. De acordo com Amaral (2015), este doutrinador foi o responsável por conseguir analisar a chance perdida como dano independente do resultado final, especialmente na área médica. Ademais, Amaral (2015) completa afirmando que foi, juntamente com Adriano de Cupis, Maurizio Bocchiola que fez a ponte entre a teoria da perda de uma chance, a prova do dano alegado e a classificação da chance perdida como lucro cessante ou dano emergente. Desse modo, em 1983, houve o primeiro julgamento realizado pela Corte de Cassação Italiana. Além disso, esta teoria também se expandiu em território inglês e norte-americano, e em 1911, teve outro grande caso de grande repercussão que ocorreu em território britânico.

O caso conhecido como *loss of a chance doctrine*, teve como partes Chaplin e Hicks. De acordo com Higa (2011, p.36), a Sra. Chaplin era atriz e estava a participar de um concurso. O concurso funcionou da seguinte forma: eram 12 prêmios para três anos de contrato como atriz (4 contratos a 5 libras por semana, 4 contratos a 4 libras por semana e 4 contratos a 3 libras por semana). Hicks, então, dividiu o país em 10 distritos, sendo que em cada distrito teriam 5 finalistas. Após a votação popular realizada através dos votos dos leitores periódicos dos jornais distritais, a Sra. Chaplin ficou em 1º lugar de seu distrito. Nesse viés, Sr. Hicks mandou uma carta no dia 06/01/1909 para que ela comparecesse na seleção final no *Aldwich Theatre*, em Londres, as 16h do dia 06/01/1909, para que houvesse a escolha das 12 ganhadoras entre as 50 finalistas. Todavia, a carta foi remetida para o endereço errado e posteriormente foi encaminhada ao endereço correto, mas esse atraso impossibilitou o comparecimento a tempo.

Posteriormente, o Juri entendeu que Sr. Hicks não proporcionou meios razoáveis para dar à Sra. Chaplin uma oportunidade de se apresentar à seleção, e julgou para o promovente a pagar 100 libras a senhora. Todavia, ao adentrar nos Tribunais Brasileiros, houve muitas discussões e divergências sobre sua aceitação, visto que no ordenamento jurídico brasileiro não há previsão específica quanto a este tipo de responsabilidade civil. Entretanto, o Tribunal do Rio Grande do Sul, em 1990, julgou um caso que teve a seguinte ementa:

Responsabilidade civil.médico. Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultado nevoa no olho operado e hipermetropia, responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenizar por perda de uma chance. (apelação civil n:589069996, quinta câmara cível, tribunal de justiça do rs, relator: Ruy Rosado de Aguiar Junior, julgado em 12/06/1990).

Observa-se que a ementa não condena com embasamento na teoria da perda de uma chance, mas houve a apreciação da teoria, quando o Desembargador cita, ao explicar seu voto, que:

É preciso esclarecer, para efeitos de cálculo de indenização, que não se trata de perda de uma chance, a que em certa passagem se referiu o apelante. Na perda de uma chance, não há laço de causalidade entre o resultado e a culpa do agente. (RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, APELAÇÃO CIVIL N: 589069996, JULGADO EM 12/06/1990)

O afastamento da aplicabilidade da teoria no caso mencionado se dá pelo fato de que neste julgado houve prestação de um serviço médico consubstanciado em uma obrigação de meio, isto significa, que o objeto do litígio se daria pela responsabilidade civil clássica e com isso Savi (2012, p.48) aduz que “ao analisar a prova dos autos, o Tribunal chegou à conclusão de que a hipermetropia em grau dois e as cicatrizes na córnea eram consequências diretas e imediatas do erro cometido pelo médico na cirurgia”.

Com esse julgado, a entrada da teoria estaria consolidada nos tribunais pátrios. Todavia, como supramencionado, começou a surgir divergências, o que faz com que há distinções entre acolhimento da teoria ou não entre os magistrados e desembargadores.

2 CONCEITO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA “PERDA DE UMA CHANCE”.

O objetivo é examinar o conceito da Teoria da Perda de uma Chance, destacando seus elementos centrais, sua natureza jurídica e os critérios utilizados para sua caracterização. Além disso, serão abordadas as principais discussões doutrinárias acerca da classificação do instituto e da quantificação da indenização correspondente.

2.1 Compreensão sobre o conceito.

A teoria da perda de uma chance tem seu conceito todo envolto pelo entendimento e significado da palavra “chance”. Nesse sentido, de acordo com o dicionário online de Português, a palavra “chance” tem como significado “situação que, independentemente de qualquer coisa, é favorável para que algo aconteça ou se realize; possibilidade de ocorrer, realizar, tomando-se como exemplo: “há chances de que um temporal tome conta da cidade”.

Todavia, quando se fala sobre a aplicabilidade da teoria de uma chance, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.285) discursa que a “mera possibilidade não é passível de indenização, pois a chance deve ser séria e real para ingressar no domínio do dano ressarcível.”

Nesse diapasão, para que haja a aplicação da teoria é necessária que a chance perdida pela vítima seja séria e real, ou seja, a chance perdida pela vítima deveria ser muito provável de se conseguir alcançar e pelo ato ofensivo do agente essa chance se tornou nula, arruinando a expectativa de obter algum benefício por parte do lesado ou evitar um prejuízo. Ademais, é importante ressaltar que mesmo que a alcançabilidade da chance seja uma mera hipótese, isto é, não é possível afirmar com clareza que seria concretizada, é substituída pela ideia de que se tornou inacessível. Sendo assim, a chamada incerteza contratual ou a certeza da possibilidade se torna a certeza do insucesso. Como leciona Silvio Venosa (2014, p. 326-327), *in verbis*:

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. (...). 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)

Em consonância, Caio Mario da Silva Pereira (2018, p. 41) aduz que “para tal modalidade, o fundamento da reparação por chances é a interrupção do processo de acontecimentos, do qual se esperava um resultado vantajoso ao final”. E outro autor:

Não é qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito do recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente. (SAVI, 2012, p. 45)

Por outra perspectiva, Glenda Gondim (2013, p.84), defende que esta ideia possui um erro. A entrega de um cavalo de corrida em atraso, certo magistrado poderia entender que o cavalo teria 48% de chance de obter o primeiro lugar, enquanto outra pessoa, analisando acredita que o animal teria 52% de chance. Sendo assim, defende que se seguir o entendimento dos 50%, o primeiro julgaria improcedente e o segundo acataria a reparação.

Por todo o exposto, é necessário que exista a chance, e para isso é preciso que ao analisar o caso, consiga perceber que a chance perdida atingiria o resultado final ou evitaria o prejuízo sofrido, isto pelo fato de que se não houver o prejuízo ou se o resultado for atingido estaríamos abordando apenas de uma responsabilidade pelo risco sofrido e não especificamente sobre a chance perdida

Portanto, a chance perdida é configurada pelo fato de o autor não ter possibilidade de atingir seu objetivo e não ter como fazer com que essa possibilidade reestabelecida, ou seja, a perda é irreversível. Além disso, é importante ressaltar que ao ser comprovado a perda e sua irreversibilidade, é preciso analisar a probabilidade que havia de se atingir tal meta almejada, pois caso essa meta almejada já não tinha a possibilidade de ser atingida, não há que se falar em ressarcimento.

2.2 Natureza jurídica do instituto.

Outra questão que gera controvérsia é quanto a natureza jurídica dessa teoria. E quanto a isso Jose Carlos Moreira Alves *apud* Silva (2013 p. 103) afirma que “determinar a natureza jurídica de um instituto é estabelecer o seu enquadramento dentro de uma das categorias dogmáticas admitidas no sistema jurídico”.

Para que haja maior compreensão da natureza jurídica, é importante destacar que há três espécies de danos que são apresentados na doutrina pátria, sendo eles: os danos emergentes, os lucros cessantes e a perda de uma chance. Os danos emergentes são os danos positivos, isto é, a quantia para arcar com os prejuízos efetivamente sofridos. A título de exemplificação, em um acidente de trânsito, o dano emergente seria o valor do conserto do carro e eventuais despesas de hospital. Por sua vez, os lucros cessan-

tes é o valor que o prejudicado deixou de receber decorrente do ato lesivo do autor. Utilizando o mesmo exemplo, caso o motorista que sofreu a batida seja um taxista, o que ele deixar de receber em decorrência do acidente, se encaixa em lucros cessantes e ele será indenizado pela outra parte.

Conforme lesiona Cristiano Vieira Sobral Pinto, dano emergente é aquele que atinge o patrimônio presente da vítima. O lucro cessante atinge o patrimônio futuro da vítima (ganho esperável) impedindo seu crescimento. Por derradeiro, como supracitado, a perda de uma chance se dá pela destruição de uma possibilidade de ganho, mesmo que incerta, mas que tinha a chance de alcançar tal resultado. Observada essa diferenciação, os doutrinadores tentam estabelecer onde se encaixa o dano proveniente da perda de uma chance, uma vez que no ordenamento jurídico pátrio há uma divisão entre dano moral e dano patrimonial. Por conseguinte, existem doutrinadores que julgam o dano resultante da perda de uma chance como uma categoria autônoma.

O civilista Antônio Jeová Santos, em seu livro “Dano Moral Indenizável”, defende que o dano proveniente da perda de uma chance é considerado um dano moral futuro:

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

Já para Savi, concordando com a compreensão do Direito Italiano, acredita que o a perda de uma oportunidade (seria e real) pode gerar responsabilidade tanto moral quanto patrimonial (como dano emergente), e leciona que

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

Entretanto, ao estabelecer que o dano proveniente da perda de uma chance é um dano emergente, Savi abre uma discussão acerca da ligação que estabelece com o nexo causal. Entretanto, o próprio autor propõe uma solução ao afirmar que

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

Ademais, o Direito Francês divide a teoria da perda de uma chance em duas espécies, sendo elas: os casos “clássicos” e os casos de “seara médica”. E em comparação a este modelo, Silva (2013) defende que a natureza jurídica das espécies da perda de uma chance pode ser tanto de dano autônomo, quando se interrompe o processo aleatório, quanto de causalidade parcial do dano final, quando o processo chega ao seu fim. Com isso, acredita que para que seja possível considerar a oportunidade perdida como dano independente, é necessário

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

Além do que lesiona Savi (2013), para que possa considerar a perda de uma chance como dano específico também depende da não aceitação da causalidade parcial, pela doutrina clássica. Sendo assim, é essencial que haja a separação da perda da chance com o dano final, para que assim, o considere como prejuízo independente, atendendo assim os requisitos do dever de indenizar em concordância com o Código Civil Brasileiro.

Nesse diapasão, existe a necessidade de se atentar ao nexos causal liga a conduta do agente e o resultado final, ao afirmar que a chance perdida é uma categoria específica, tal como dano autônomo. O resultado final chega sem que haja um dos requisitos pressupostos do dever de indenizar. Por outro ponto de vista, entende-se como causalidade parcial, e para isso defendem que não segue a *conditio sine qua non*, ou seja, a condição necessária, visto que é preciso que exista uma conduta, um dano e a relação de causa entre a conduta do agente e o resultado lesivo.

Entretanto Silva (2012 p. 46) em sua obra defende que “as novas realidades social, econômica e tecnológica implicam a necessidade de reformas dogmáticas nas antigas instituições” e, assim, entende que deve haver uma relativização do nexos causal em determinadas situações para que assim possa se alcançar a *conditio sine qua non*, e relembra os ensinamentos de Clovis de Couto e Silva para abordar sobre uma crítica em detrimento do Poder Judiciário atual, arguindo que:

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

Ademais, o doutrinador utiliza o artigo 373 §1º do Código de Processo Civil, o qual aborda sobre ônus probatório, para defender seu ponto de vista crítico de que o sistema de presunções é um método de relativização de princípios, *in verbis*:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (BRASIL, Lei n. 13.105. Código de Processo Civil. 2015)

Dessa forma, Silva tira de sua ideia que a perda de uma chance se encaixa em um dano autônomo, visto que apenas estariam utilizando a perda de uma chance para quantificar o liame causal entre a conduta do sujeito ativo e o dano resultante. Por derradeiro, outro ponto importante é sobre a valoração do *quantum* indenizatório, o autor supramencionado utiliza os argumentos do escritor americano John Makdissi e aduz que este valor deve recair em proporcionalidade com o dano ou prejuízo constatado:

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

Todavia, como não há um entendimento doutrinário pacificado quanto a perda de uma chance, e é um instituto relativamente novo no nosso ordenamento jurídico, ainda há grande dificuldade de classificar a natureza jurídica dessa teoria, e como contraponto a Rafael Peteffi da Silva, existem diversos julgados pelo Brasil que entendem que o dano resultante da perda de uma chance pode ser classificado como autônomo, patrimonial e extrapatrimonial. A título de exemplificação, cita-se a apelação civil nº 70067496307 da 9ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, caso que aborda sobre falha no atendimento médico. Neste, os desembargadores Carlos Eduardo Richinitti e Eugenio Facchini, em vênica, a Relatora Iris Helena Medeiros Nogueira concordaram que em face da inexistência do nexo causal, o dano proveniente da perda de uma chance se encaixa no presente rol dos novos danos indenizáveis, não podendo ser classificado como dano moral ou patrimonial.

Dessa forma, há divergência doutrinária quanto a valoração, mas a doutrina majoritária e especializada na perda de uma chance entende que vai depender da natureza jurídica do dano final. Por exemplo, se o dano final for de natureza patrimonial, o dano resultante da perda da chance terá natureza jurídica de dano material, na qualidade de dano emergente. Já, no outro lado da linha, entende-se que se o dano final for de natureza extrapatrimonial, será assim classificada a chance perdida.

Ainda em relação ao *quantum* indenizatório, para Carvalho (2011, p.311), para calcular o valor da indenização por perda de uma chance “tem que ser levado em conta o grau de probabilidade de ter alcançado aquele benefício ou evitado as perdas se o ato ilícito não tivesse ocorrido”.

Sendo assim, o valor deve ser proporcional a possibilidade maior ou menor de se alcançar o resultado esperado, e em concordância Viegas (2012, p.32) entende que o valor da indenização deve ser fixado utilizando o valor total do resultado almejado e um coeficiente de redução proporcional a probabilidade de se alcançar o resultado.

Portanto, o cálculo da indenização é a multiplicação do coeficiente de redução (o qual é baseado na probabilidade que a vítima tinha de alcançar o que queria) e o valor do resultado almejado, o que resultaria na indenização. Para explicar de forma mais coesa e clara, utiliza-se a citação de Higa (2012, p. 135), que afirma que quanto à aplicação do coeficiente redutor

Deve-se, pois, formular um juízo de qual seria o resultado final obtido e minorá-lo conforme a probabilidade dessa hipótese se concretizar. É uma operação singela, a princípio, materializada na equação “PC = RF x P”, na qual “PC” significa o valor da Perda da Chance, “RF”, o Resultado Final esperado, e “P”, a Probabilidade de concretização do resultado final – que será o coeficiente de redução. (HIGA, 2012, p. 135)

Nesse passo, Sergio Savi (2012, p. 31-32) explica que este método de calcular a indenização é o mesmo utilizado pela Corte de Cassação Italiana, na década de 80. E através dessa forma, conclui-se que há dois pontos sendo eles: o valor da chance perdida é obrigatoriamente menor que o valor do resultado final esperado; e que o resultado do cálculo é o valor correspondente ao valor integral da chance, uma vez que aplica o princípio da reparação integral para a Teoria da Perda de uma Chance. Para exemplificar a valoração, tem-se o conhecido julgamento do Recurso Especial n.º 788.459, proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, comumente batizado de caso do “Show do Milhão” e tem a seguinte emenda:

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

Este caso, segundo Savi (2012, p.75), é o *leading case* sobre responsabilidade civil por perda de uma chance. Trata-se de um caso em que a autora da ação participou do programa de televisão chamado “Show do Milhão” transmitido pela emissora SBT (Sistema Brasileiro de Televisão), e que consistia em a participante responder uma série de perguntas onde o prêmio poderia chegar a R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). Caso a autora acertasse todas as perguntas, o prêmio máximo seria passado a ela.

As regras do programa de perguntas e respostas é a seguinte: eram perguntas que abordam sobre conhecimento geral e eram de múltipla escolha com quatro alternativas. A cada acerto, a participante podia optar em parar e receber o prêmio já acumulado, ou prosseguir para responder a próxima pergunta. Além disso, as perguntas teriam o grau de dificuldade mais alto em correspondência com o valor que ela valia.

A participante para ganhar o prêmio máximo tem que responder 16 perguntas sequenciais corretas, sendo que ao responder a 15ª, o valor acumulado é de R\$500.000,00, e o prêmio dobra caso acerte a 16ª. Ressalta-se que a última pergunta possuía condições especiais, tais quais: não tinha auxílio algum; após o enunciado da pergunta, aparecia na tela o desenho de uma maleta com barras de ouro e um cronômetro regressivo de 20 segundos, que ao final, o concorrente optaria por responder ou desistir. Caso optasse por responder, o concorrente poderia ganhar o prêmio máximo, ao acertar a resposta; ou receber simbolicamente o valor de R\$300,00 (trezentos reais) caso errasse. E se caso, optasse por desistir, encerraria sua participação e receberia o valor acumulado de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

No recurso supracitado, a autora respondeu até a 15ª pergunta corretamente e quando chegou a “pergunta do milhão”, teve como enunciado o seguinte: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? 1) 22%; 2) 2%; 3) 4%; 4) 10%”. Ao observar a pergunta, optou por desistir ficando com o valor acumulado, por entender que da forma como foi formulada a pergunta não pode ser respondida de forma correta. Então, ao entender que o programa ágil de má-fé, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não aborda sobre a porcentagem de terra denominada para indígenas, e assim, ajuizou uma ação baseando na teoria da perda de uma chance, e pediu como valor de indenização por dano material e moral, valor de R\$500.000,00, isto por ser o valor que ela deixou de receber em razão da não existência de uma resposta correta. Em primeira instância, o juiz reconheceu a aplicação da teoria da perda de uma chance e julgou pela empresa ré em pagar o montante de R\$500.000,00 para autora, valor este que a autora ganharia caso a pergunta tivesse sido formulada de maneira correta.

Após recurso, o TJBA julgou por negar provimento ao recurso e manter a sentença de primeira instância. Desse modo, a empresa ré apresentou recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça. O STJ utilizando o cálculo indenizatório, reduziu a indenização de R\$500.000,00 para R\$125.000,00, uma vez que a probabilidade de a concorrente responder corretamente à pergunta era de 25%, visto que existiam 4 alternativas. Sendo assim, mesmo que não tenha sido citado na decisão, observa-se que a corte julgadora utilizou o coeficiente redutor para calcular a indenização e colocou o valor da indenização como valor da chance que a participante tinha de acertar. Entretanto, este caso foi um exemplo, onde o coeficiente de redução foi de fácil identificação visto as 4 alternativas (25% cada), mas em outros o coeficiente de redução é difícil de ser encontrado ou até mesmo estará ausente. Dessa maneira, Savi (2012, p.68-69) diz que “a dificuldade de medir a extensão do dano jamais poderá ser utilizada como fundamento para que eventualmente sejam contra a indenização das chances perdidas em nosso ordenamento”.

Higa (2012, p.149) completa sugerindo que na inexistência de um dos elementos da fórmula, deve-se utilizar a “teoria da diferença” para os casos que não for possível determinar com exatidão o coeficiente de redução e sempre tentar o máximo recorrer ao uso de estatísticas para a quantificação da porcentagem de probabilidade quanto esta tiver difícil de constatar.

Todavia, como mencionado anteriormente, a natureza jurídica da chance perdida possui uma relação de simetria com a natureza jurídica do dano final, o que aponta um grande problema quando a natureza jurídica do resultado final é extrapatrimonial.

Nesse viés, o entendimento de Glenda Gondim (2010, p.146), é de que é muito mais complexo mensurar a compensação pecuniária quando a perda da chance tem natureza jurídica de dano moral.

Por conseguinte, a autora, observando as jurisprudências, concluiu que os parâmetros para o arbitramento do dano moral proveniente da perda de uma chance devem ser feitos da mesma forma que o dano moral comum. Afirma, ainda, que o Código Civil Brasileiro se omitiu quanto aos critérios de definição do valor do dano moral, o que de forma correta ficou para os magistrados arbitram esse valor.

Ademais, ao tentar definir os requisitos para fixação do *quantum* indenizatório em caso de dano extrapatrimonial, Glenda Gondim (2010, p.146) destacou que deve analisado à extensão do dano, o grau de culpa do ofensor, e questões ligadas à capacidade econômico-financeira do ofensor e do ofendido, que devem ser razoáveis à chance perdida e não ao resultado final.

Nesse mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.401), também analisa os critérios de extensão do dano e do grau de culpa, e explica que em regra geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa, mas que no caso do dano moral “o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima”.

Além disso, é de extrema importância citar que o valor indenizatório não pode ser desproporcional a ponto de caracterizar-se como um prêmio à vítima, e devem ser consideradas as possibilidades do ofensor em relação a sua capacidade de adimplemento das prestações fixadas.

Por derradeiro, Wald (2011, p.155) afirma que o valor deve ser fixado de forma razoável, devendo o magistrado buscar uma estimativa que permita atender às expectativas da vítima, sem criar ônus excessivo ao ofensor, e evitando que haja enriquecimento sem causa por parte da vítima.

3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA DOUTRINA E NA JUSTIÇA

Neste capítulo, serão estudados os requisitos necessários para a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, bem como sua incidência prática na jurisprudência e na doutrina. A análise buscará demonstrar de que forma os tribunais vêm reconhecendo a teoria, especialmente a partir da verificação da seriedade da chance perdida e da possibilidade concreta de reparação.

3.1 Requisitos da teoria da perda de uma chance

Ainda que a teoria da perda de uma chance não siga a relação de causalidade clássica da reparação civil existente no ordenamento jurídico nacional, isto pelo fato de apenas existir a relação de causa e efeito entre a conduta do sujeito ativo e a chance perdida do sujeito passivo, é preciso que seja cumprido alguns requisitos para que possa haver sua aplicabilidade e caracterização. Dessa forma, a doutrina majoritária entende que são requisitos: a realidade e a seriedade da oportunidade perdida. Outros autores, ainda, complementam afirmando que a atualidade é uma terceira exigência.

Segundo Higa (2012, p. 82), essas obrigações são para que não haja excesso, e afirma que são como “uma espécie de proteção eficaz contra eventuais distorções do conceito”. Quanto a essa terceira

imposição, muitos doutrinadores contrários afirmam que a atualidade prejudica a seriedade da chance ou até mesmo retira a seriedade, uma vez que “quanto mais o momento é distante, mais se torna verossímil que as circunstâncias exteriores, de algum modo, impeçam a concretização das chances”.

Ademais, o doutrinador utiliza o exemplo de uma criança com idade abaixo de dez anos e que recém se matriculou na escolinha de futebol e que após sofreu um acidente, e assim se tornou impossibilitada de se tornar um atleta promissor com diversos contratos milionários. Explica que nesse caso não é razoável que haja a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, visto que no caso a oportunidade está muito distante temporalmente de se concretizar, não sendo possível calcular a chance de que esta criança se tornaria um atleta de alto rendimento exitoso, uma vez que para chegar a este ponto teria que passar por vários obstáculos até atingir a maturidade profissional.

Já os quesitos realidade e seriedade possuem relações entre si, de modo que a realidade antecede a seriedade, estando em uma posição hierárquica superior. A relação entre elas existe pelo fato de que somente com união de ambos é possível dizer que uma chance frustrada economicamente se tornou apreciável.

Nesse sentido, Higa (2012, p. 85) alega que “é possível haver uma chance real que não seja séria, mas não é possível cogitar de uma chance séria que não seja real”, por exemplo, uma pessoa enferma sem chance de melhora, não possui uma chance real e por conseguinte não é séria; por outro viés, uma pessoa que possui um bilhete de loteria possui uma chance real, todavia como a chance é ínfima pelo ponto de vista não é considerada séria.

O Superior Tribunal de Justiça, em seus julgados, tem dado atenção especial a realidade e a seriedade da chance perdida. E ao analisar um caso no qual as instâncias inferiores tinham condenado um médico pela perda da chance do paciente que após uma cirurgia veio a falecer, o STJ afastou a condenação pelo fato de não terem apresentado provas concretas de que o médico agiu de forma negligente e que justificasse pela alegada chance perdida:

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

Em concordância, a ministra Nancy Andrighi, julgou um caso em 2010, em que a alegação era de perda de uma chance de purgar a mora decorrente da não intimação pessoal, conforme determina a lei, após a arrematação de um imóvel em um leilão extrajudicial de imóveis. A ministra entendeu que mesmo determinado pelo nosso ordenamento jurídico, a chance da purgação era remota e inexpressiva:

É possível supor, no entanto, que os recorridos dificilmente purgariam a mora, ainda que houvessem sido intimados pessoalmente para tanto. A sentença proferida pelo Juízo da 1ª vara cível da comarca de Itatiba/SP é bastante elucidativa nesse sentido, pois menciona que 'além de diversas vezes cientificados por avisos de convocação para saldarem prestações em atraso (...), os próprios autores relatam que envidaram tratativas para composição dos débitos junto ao banco, sem êxito. (...) Somente depois de quase um ano e meio decorrido do leilão é que se animaram os autores em perseguir sua anulação' (e-STJ fls. 304 e 307) (BRASIL, 2010, fl.06).

Por derradeiro, após análise da natureza jurídica e dos requisitos para caracterização da perda de uma chance, percebe-se que esta teoria vem ganhando força no estudo da responsabilidade civil como uma modalidade específica de reparação.

3. 2 Aplicabilidade jurídica

Como supramencionado, a teoria da perda de uma chance já está adentrando no ordenamento jurídico através de julgados e já há diversas aparições de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, os quais exigem que o dano seja real, atual e certo. Ademais, em outros julgados, aduzem que o dano proporcionado a vítima tem que ser analisado em uma condição pessoal de concorrência à situação futura esperada.

Nessa mesma linha, o dano causado pela perda de uma chance é analisado como uma reparação divergente dos lucros cessantes e do dano emergente, se tornando uma terceira espécie intermediária entre as duas. Assim, existem diversos casos de exemplificação para que se perceba a aplicabilidade ou não dessa teoria. O primeiro caso, a título de exemplificação, foi um julgado do STJ, em 2018, que se trata de um investidor que teve suas ações vendidas por determinado banco, sem sua previa autorização. No caso, a quarta turma do STJ deu procedente ao autor alegando que ele teria perdido a chance de negociação de suas ações por valor superior ao vendido pelo banco réu. O réu apresentou recurso e, por unanimidade, foi negado.

De acordo com o processo, o investido contratou o banco para ser o intermediário de compra e vendas das ações e que ele pegou empréstimo com o banco para a compra dos quinhões. Alegou que o banco negociou suas ações a preços inferiores ao esperado sem a consulta previa, e que isso o trouxe um prejuízo. O valor reclamado para a indenização foi o preço em que os títulos estavam valendo um ano depois do ocorrido, e que estes estavam bem mais altos. Ao apresentar recurso, o banco alegou que as ações eram garantia do empréstimo tomado pelo correntista, e que em determinado período temporal, o cliente não realizou o pagamento da parcela referente ao empréstimo e tinha utilizado todo o limite de sua conta, e por isso o banco realizou a liquidação das ações para reposição do seu patrimônio, ou seja, do crédito devido pelo correntista.

Outro caso de entendimento do STJ que admite a responsabilidade pela perda de uma chance, é quanto ao recolhimento de células-tronco de crianças. O Caso tratou acerca da ausência de preposto da empresa contratada pelos pais do nascituro, não efetuou o recolhimento das células-tronco embrionárias do cordão umbilical. O fato que se concretiza como perda de uma chance se encaixa uma vez que a única oportunidade possível para realização desse procedimento é no momento do parto. Desse modo, a terceira turma do STJ, através do julgamento do REsp 1.291.247, entendeu que ficou configurado a responsabilidade civil como perda de uma chance, e o ministro e relator Paulo de Tarso Sanseverino explicou que:

É possível que o dano final nunca venha a se implementar, bastando que a pessoa recém-nascida seja plenamente saudável, nunca desenvolvendo qualquer doença tratável com a utilização de células-tronco retiradas do cordão umbilical. O certo, porém, é que perdeu definitivamente a chance de prevenir o tratamento dessas patologias, sendo essa chance perdida o objeto da indenização (SANSEVERINO, Resp 1.291.247)

Sendo assim, observa que além da configuração do dano pela perda de uma chance, eles dispensaram a comprovação do dano final. No ano de 2012, o STJ decidiu e condenou as empresas organizadoras do programa Amazonia – Reality Show, exibido pela empresa de televisão Record, ao pagamento de R\$125.000,00 a um participante, devido ao erro de contagem da pontuação, o que gerou a eliminação de um participante que tinham altas condições de vencer.

O tribunal de origem demonstrou que ficaram configurados os requisitos para reparação por perda de uma chance, tendo em vista a comprovação de erro na contagem de pontos na rodada semifinal da competição, o que tornou a eliminação do autor indevida, e a violação das regras da competição que asseguravam a oportunidade de disputar rodada de desempate. (STJ, 2012)

Por conseguinte, o Ministro Villas Bôas Cueva explicou que a perda de uma chance se fundamenta nos artigos 186 e 927 do Código Civil, os quais determinam a cláusula geral da responsabilidade civil e o dever de reparar em decorrência da prática e com a comprovação de ato ilícito. Afirmou que o erro realizado na contagem dos pontos do programa interrompeu o curso normal dos eventos e impossibilitou que o participante alcançasse seu resultado final esperado.

Por fim, uma importante decisão que formou acórdão proferido pelo TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), quanto a responsabilidade civil do advogado por desídia em ação, que tinha condenado no valor de R\$150.000,00. Trata-se de um caso no qual um escritório de advocacia contratado para exercer a profissão em ação de prestação de contas, e durante 3 anos o escritório ficou inerte sem qualquer intervenção, o que resultou na condenação ao pagamento de R\$1.000.000,00 de reais por parte do cliente. O colegiado teve o entendimento de que a inércia do escritório retirou do cliente a possibilidade de obter prestação jurisdicional mais favorável. Quanto ao cálculo da indenização por danos materiais baseou como fatores o elevado grau de culpa do escritório e a probabilidade de sucesso na ação, e condenou em R\$500.000,00, além de afastar o dano extrapatrimonial.

A ministra Nancy Andrighi destacou que o escritório, após a ciência, deixou o processo tramitar por 3 anos sem nem se habilitarem no processo, não recorreu a decisão proferida em primeira fase da ação de prestação de contas e de apresentar impugnação na segunda fase. Ademais, ressaltou que os autores possuíam documentos que comprovavam a quitação e que com a apresentação desses poderia haver a modificação do resultado do processo. Por derradeiro, afirmou que é reconhecido os danos materiais, mas que quanto aos danos morais não é cabível visto que não é possível verificar ofensa ao direito de personalidade em decorrência da má prestação de serviço advocatícios contratados.

4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS DOS PRINCIPAIS TRIBUNAIS

É importante demonstrar o que acontece na prática e no dia a dia dos tribunais e seus julgados. Com objetivo de demonstrar a utilização da Teoria da Perda de Uma Chance, serão apresentadas jurisprudências comentadas sobre a teoria supramencionada de alguns dos principais e inovadores Tribunais de Justiça

4.1 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Inicialmente, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, abordarei sobre uma jurisprudência do ano de 2017 que trata sobre a responsabilidade de indenizar do advogado, como apresenta o acórdão abaixo transcrito:

Apelação cível. Ação indenizatória por dano moral e material. Discussão acerca da responsabilidade de advogada, já falecida, quando mandatária do autor em reclamação trabalhista julgada extinta sem apreciação do mérito. Sentença que reconheceu o dano moral e afastou o dano material. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Reclamação proposta em 2001. Sentença trabalhista extintiva com base na inépcia da inicial, prolatada após inúmeras etapas processuais, sem oportunizar a emenda prevista no artigo 284 do CPC/1973. Análise da responsabilidade sob o enfoque da perda do prazo para recorrer, destacando-se o fato de que o próprio autor assume não haver concedido nova procuração para a renovação do pleito dentro do prazo prescricional de 02 (dois anos), peculiar da esfera trabalhista. Interrupção da prescrição que ocorre com o simples ajuizamento da reclamação. A prática comum naquela seara é a propositura de ação sem o menor fundamento jurídico, visando única e exclusivamente a interrupção da prescrição para garantir eventuais direitos trabalhistas. Outra prática corriqueira consiste no atuar do causídico em deixar transcorrer o prazo recursal, quando o feito é extinto sem julgamento do mérito, pela possibilidade de renovação da ação (prazo bienal), como também por ser isento do pagamento das custas, tanto no início, quanto no final do processo. Precário acervo probatório dos autos que não demonstra, de forma inequívoca, a culpa da advogada falecida por eventual atuar desidioso enquanto na defesa dos direitos da parte autora em reclamação trabalhista. Improcedência do pedido. Primeiro recurso a que se dá provimento, prejudicado o segundo apelo. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, autos nº 0010801-54.2009.8.19.0066, JULGADO EM 2017)

O Recurso apresentado tem como objetivo a reforma da sentença de primeira instância para majorar o *quantum* reparatório, o qual foi definido em R\$5.000, reais. O apelante utilizou em seu mérito que a falecida advogada, enquanto em atividade profissional, deixou de interpor Recurso ordinário contra a sentença que decretou a extinção em função da jurisprudência firmada no TST, e da Súmula 333 Corte Julgadora Trabalhista. Ademais, afirmou ser uma hipótese de obrigação meio, e citou sobre a verificação de responsabilidade de culpa e de dano do profissional (como preceitua o CDC). Ressalta-se que de forma correta, o advogado do apelante apresentou que a análise do juízo deve apoiar-se sobre a real possibilidade de êxito da ação, e que no caso, foi apenas foi perdido por inércia e omissão da advogada. Outro tema recorrente quando se trata sobre a teoria da perda de uma chance, é o direito médico, e nesse aspecto, o TJRJ tem jurisprudências afirmando a existência da teoria como se observa no Acórdão publicado em 2020, abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. PARTURIENTE. TUBERCULOSE NÃO DIAGNOSTICADA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. Ação de responsabilidade civil na qual a parte Autora pugna pela reparação por danos materiais e morais em decorrência de erro médico que acarretou no falecimento de Rosângela, companheira e mãe dos Autores. Prolatada sentença de improcedência, insurge-se a parte demandante da decisão. Reforma que se impõe. Art. 37, parágrafo 6º da CFRB. Má prestação dos serviços de saúde oferecidos pelo Município do Rio Janeiro demonstrado. Além de não solicitar a realização de simples exames durante o pré-natal, não foi verificado que a parturiente estava com tuberculose, doença de fácil diagnóstico. Em razão da conduta negligente, a mãe e companheira dos Autores ficou desamparada, vindo a óbito pouco tempo depois de dar à luz. Laudo pericial que informa ausência de exame pormenorizado acerca do histórico e condições de saúde da paciente. Registros de que a gestante compareceu diversas vezes ao nosocômio no período de 05/01/12 até junho do mesmo ano, quando veio a óbito. Somente em 29/05/2012, perto da data do parto é que foi cogitada a tuberculose como diagnóstico. Aplicação da teoria da perda de uma chance. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito, mas frustrou a oportunidade de uma cura muito provável. A chance de viver da paciente lhe foi subtraída, e isso basta. A oportunidade de cura ou de gozar de uma sobrevida mais confortável é direito personalíssimo da paciente, fato que não foi observado no caso em análise. Danos morais fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um, uma vez que se coadunam com as peculiaridades do caso concreto e são compatíveis com a reprovabilidade da conduta, extensão do dano sofrido, o sofrimento experimentado e o caráter punitivo pedagógico do instituto. Do mesmo modo, devida a condenação da municipalidade no pensionamento em favor do filho da Autora até a data em que o mesmo completar 24 anos de idade, consoante jurisprudência desta Corte Estadual e do Eg. STJ. RECURSO PROVIDO. (TJ-RJ - APL: 03620766220128190001, Relator: Des(a). DENISE NICOLL SIMÕES, Data de Julgamento: 14/07/2020, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/07/2020).

Observa-se que foi provido o recurso reconhecendo a presença da Teoria da Perda de uma Chance, com a justificativa de que o médico agiu de forma negligente, ao não realizar o exame de tuberculose na parturiente, o que fez com que pouco após a realização do parto, esta viesse a falecer. Além disso, afirmam que não foi a conduta do médico que provocou a doença, mas que sua negligência tirou a oportunidade de cura, isto é, a chance de continuar vivendo. Ao analisar os casos exemplificados e outros demais, o TJRJ tem como costume apresentar jurisprudências com o entendimento de que há a aplicação da teoria da perda de uma chance em processos que versam sobre falha na prestação de serviços, como, erros de advogados, médicos, planos de saúde, planos de ensino, serviços de transporte, serviços públicos entre outros.

4.2 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O Tribunal de SP, possui o maior número de processos em tramitação do mundo, e conta com 25% de todos os processos em julgamento da justiça brasileira, conforme o relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça. Inicialmente, em uma apelação da qual trata de um processo, em que autor alegou que houve o impedimento indevido na progressão de sua carreira de magistério na universidade ao requerer ao Diretor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo procedesse à abertura do certame de um concurso para a promoção na carreira. Houve a negativa do diretor com a justificativa de que o autor não cumpria os requisitos necessários. O órgão julgador proferiu decisão, em 2018, acatando o entendimento autoral e a existência da aplicação da teoria da perda de uma chance, como se demonstra a jurisprudência abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCURSO PARA ASCENSÃO NA CARREIRA DE DOCENTE. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. APLICAÇÃO AO CASO DOS AUTOS. Responsabilidade civil. Autor ceifado do direito de participar de concurso na universidade na qual trabalhava como docente. Impossibilidade de ascender na carreira. Aplicação da teoria da perda de uma chance. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. VÍTIMA QUE PERDE OPORTUNIDADE DE OBTER VANTAGEM. CHANCE QUE DEVE SER SÉRIA, REAL E PROVÁVEL. AFASTADA INDENIZAÇÃO INTEGRAL. CONSIDERAÇÃO QUANTO À PROBABILIDADE DE GANHOS. Teoria da perda de uma chance. Doutrina e jurisprudência. Aplicação nos casos em que a vítima é ceifada da oportunidade de obter a vantagem. Chance que deve ser séria, real e provável. A indenização integral, nesses casos, deve ser afastada. Análise casuística quanto à probabilidade do ganho. AUTOR IMPEDIDO DE PARTICIPAR DE CONCURSO VISANDO À ASCENSÃO NA CARREIRA. DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA ASSECURATÓRIA DO DIREITO À ABERTURA DO CERTAME E DE PARTICIPAÇÃO. APOSENTADORIA. DIREITO À REPARAÇÃO DO PREJUÍZO. CONSIDERAÇÃO DA PROBABILIDADE DA CHANCE. PERCENTUAL DE 50% MANTIDO. DANO MORAL CARACTERIZADO IN RE IPSA. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. O autor foi impedido de participar de certame visando à ascensão na carreira de docente. Decisão proferida em mandado de segurança que assegurou direito líquido e certo de abertura do concurso e de participação. Pretensão indenizatória. Procedência mantida. Dano material. Teoria da perda de uma chance. Reparação integral afastada. Fixado percentual de probabilidade da chance em 50%. Manutenção. Em que pese a ré não ter comprovado outros interessados no concurso, há diversos requisitos para a aprovação no certame. Dies a quo e ad quem da indenização mantidos. Autor que se aposentou em 2006. Dano moral. Caracterização in re ipsa. Autor mestre, doutor, pós-doutor e livre docente que pretendia ascender na carreira na universidade na qual se formou. Evidente o prejuízo moral. Indenização que deve ser arbitrada considerando a perda da chance, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e também as partes litigantes. Majoração para o valor de R\$ 35.000,00. Sucumbência recíproca mantida. Recurso da ré não provido. Apelo do autor provido em parte. (TJ-SP - APL: 10041663020158260100 SP 1004166-30.2015.8.26.0100, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 30/10/2018, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/10/2018)

Continuando na área do direito consumidor, os desembargadores do TJSP decidiram por aplicar a teoria em caso de atraso ou cancelamento de voo internacional de passageiro, caso fosse comprovado que o comparecimento a certos compromissos resultaria no lucro de algum valor significativo. Por exemplo, no caso a seguir, foi comprovado a aplicação, visto que se não fosse cancelado o voo, o passageiro iria a

um evento de informática, o qual lhe daria a quantia de US\$1.000,00 (mil dólares americanos). Nesse viés, o cancelamento fez o passageiro ter a chance de receber esse valor perdida, o que resultou na indenização por parte da companhia aérea. Ademais, ressalta-se que o cancelamento do voo gerou ao passageiro sentimentos maiores do que o mero aborrecimento.

Transporte aéreo internacional de passageiro. Ação de reparação de danos. Cancelamento do voo. Dano moral configurado. Montante da reparação arbitrado com razoabilidade. O dano moral suportado pelo autor é mais do que óbvio. O cancelamento do voo extrapola em muito o mero dissabor cotidiano, e teve aptidão de causar sentimentos de impotência, angústia, indignação, e humilhação no autor. O montante da reparação arbitrado na r. sentença (R\$10.000,00) revela-se adequado, dentro de um critério de prudência e razoabilidade. Dano material. Perda da chance comprovada. O autor comprovou que, caso comparecesse ao evento de informática no estrangeiro, receberia a quantia de US\$1.000,00 (mil dólares americanos). Comprovada a perda da chance, ele faz jus à respectiva indenização. Apelação não provida. (TJ-SP - AC: 10410835720168260506 SP 1041083-57.2016.8.26.0506, Relator: Sandra Galhardo Esteves, Data de Julgamento: 29/05/2019, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/05/2019)

Para demonstrar a consoante decisão acerca dos casos que envolvem profissionais liberais juntamente com a teoria em análise, segue uma decisão na qual houve erro médico (negligência ou imprudência) causado pela demora no resultado do exame, resultando na identificação errônea do quadro do problema, isto é, o que era para ser diagnosticado como broncopneumonia, foi diagnosticado como virose, pelo fato de não ter os exames necessários sido realizados, resultando na indenização proporcional ao dano.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ERRO MÉDICO. DANOS MORAIS. DEMORA NO RESULTADO DOS EXAMES. PERDA DE UMA CHANCE. Pretensão de recebimento de indenização por danos morais, em razão de suposto erro médico (negligência ou imperícia) na demora de apresentação dos exames, o que obsteu o tratamento adequado, ante ter sido diagnosticado equivocadamente caso de virose, quando o correto seria broncopneumonia. Laudo pericial que apontou a dificuldade de diagnóstico correto ante a ausência de exames. Sentença que julgou parcialmente procedente a ação, pela aplicação da teoria da perda de uma chance, arbitrando a indenização no valor de R\$ 30.000,00, que deve ser mantida, pois o diagnóstico e tratamento corretos, feitos precocemente, poderiam evitar o desenlace fatal. Indenização arbitrada que se mostra razoável e proporcional ante esses fundamentos. Sentença mantida e recurso não provido. (TJ-SP - AC: 10330724620158260224 SP 1033072-46.2015.8.26.0224, Relator: Bandeira Lins, Data de Julgamento: 28/11/2019, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/11/2019)

Ademais, outro caso em concordância dos tribunais, são os que abordam sobre a desídia do advogado. Cita-se que o advogado alegou em sua defesa que apenas não apresentou a contestação, pelo fato de que seu então cliente, na época dos fatos, demorou para entregar os documentos (procuração). Os desembargadores julgadores afirmaram que a justificativa do advogado não exclui sua responsabilidade, uma vez que existe previsão legal para em atos de urgência apresentar a contestação sem o instrumento de mandato. Aduziu que cabe indenização por danos morais, pela perda de uma chance, uma vez que a pessoa que contrata um profissional do direito tem como expectativa que ele trabalhe e age através de todas as medidas cabíveis em direito. Também foi possível encontrar jurisprudência sobre perda de uma chance nos tribunais do Estado do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, observa-se que a teoria da perda de uma chance é um dos temas que a responsabilidade civil se ramifica, e que teve sua origem na França, com uma rápida expansão pelo fato dos países necessitarem de regulamentação quanto aos danos indenizáveis.

Observou-se no trabalho toda a evolução histórica e o desenvolvimento da teoria, abordando diversos casos importantes e conhecidos. Ainda no primeiro capítulo de desenvolvimento, abordou sobre a expansão da teoria dentro da Europa até chegar no Brasil, citando o caso do TJRS sobre direito médico.

Também abordou sobre o conceito do que é a chance, sua natureza jurídica, na qual há discordâncias doutrinárias que são explicadas. Após, abordou-se sobre os requisitos necessários, sendo eles: a realidade e a seriedade da oportunidade perdida.

Posteriormente, apresenta-se a aplicabilidade da Teoria analisada, explicando sobre o quantum indenizatório, os requisitos, as análises que são feitas, entre outros fatos que são observados, sempre apresentando diversos casos famosos, ou pelo menos conhecidos, com o intuito de exemplificar tudo que foi dito. Ademais, foram apresentados, diversos casos julgados pelo STJ com a intenção de fortalecer a explicação demonstrada.

Por derradeiro, a parte de mais enfoque do trabalho, o último capítulo, o qual tem como objetivo fazer a análise das jurisprudências de quatro tribunais escolhidos com critérios específicos, tais quais TJRJ, TJSP, TJRS e TJDFT. Ressalta-se que o STJ vem utilizando a Teoria da Perda de uma Chance, mas ainda de forma muito suprimida, sendo assim, vale a análise dos Tribunais de Justiça.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [Constituicao-Compilado \(planalto.gov.br\)](http://Constituicao-Compilado(planalto.gov.br)) . Acesso em 14 de maio de 2023.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Disponível em [L10406compilada \(planalto.gov.br\)](http://L10406compilada(planalto.gov.br)) . Acesso em 14 de maio de 2023.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil**. Disponível em: [L13105 \(planalto.gov.br\)](http://L13105(planalto.gov.br)) . Acesso em 14 de maio de 2023.

BRASIL. STJ. **Recurso Especial Nº788459 – BA**. Recorrente: BF utilidades domésticas LTDA. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Rel. Min. Fernando, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334. Disponível em: [STJ - Recurso Especial: Resp 788459 BA 2005/0172410-9 | Jurisprudência \(jusbrasil.com.br\)](http://STJ - Recurso Especial: Resp 788459 BA 2005/0172410-9 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br)) . Acesso em: 14 de maio de 2023.

BRASIL. STJ. **Rec. Especial Nº. 1.104.665 - RS (2008/0251457-1)**. Recorrente: Antônio Cláudio Marques Castilho. Recorrido: Ivo Fortes dos Santos. Rel: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 09 jun. 2009. Disp. em: www.stj.jus.br .Acesso em 07 de nov. de 2022.

CHANCE. In: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/chance/>. Acesso em: 20 de outubro 2022.

CARVALHO, Daniela Pinto de Carvalho. **Thomas Kuhn e o novo paradigma da responsabilidade civil em busca da reparação da perda de uma chance**. Ciência Jurídica - Ad Litteras et Verba, Brasília, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4 ed. SP: Saraiva, 2014. V.4.

GONÇALVES. Carlos Alberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HIGA. Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2012.

HIGA. Flávio da C. **A Perda de uma chance no direito do trabalho**. São Paulo, 2011.

PEREIRA. Caio M.Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIO DE JANEIRO. TJ do RJ. **Apelação Civil Autos Nº 0010801-54.2009.8.19.0066**. Relator: Desembargador Celso Luiz De Matos Peres, Julgado Em 19/07/2017. Disponível em: [default.aspx \(tjrj.jus.br\)](http://default.aspx(tjrj.jus.br)) . Acesso em 14 de maio de 2023.

RIO DE JANEIRO. TJ do RJ. **Apelação Civil. Autos Nº: 0362076-62.2012.8.19.0001**, Relatora: Desembargadora. Denise Nicoll Simões, Data de Julgamento: 14/07/2020. Disponível em: [Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - Apelação: APL 0362076-62.2012.8.19.0001 | Jurisprudência \(jusbrasil.com.br\)](http://Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - Apelação: APL 0362076-62.2012.8.19.0001 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br)) . Acesso em 14 de maio de 2023.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2001.

SÃO PAULO. TJ de SP. **Apel. Civil Nº: 10041663020158260100**, Rel: Desembargador J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 30/10/2018. Disponível em: [Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação: APL 1004166-30.2015.8.26.0100 SP 1004166-30.2015.8.26.0100 | Jurisprudência \(jusbrasil.com.br\)](http://Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação: APL 1004166-30.2015.8.26.0100 SP 1004166-30.2015.8.26.0100 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br)) . Acesso em 14 de maio de 2023.

SÃO PAULO. TJ de SP. **Apel. Civil Nº: 10410835720168260506**, Rel: Sandra Galhardo Esteves, Data de Julgamento: 29/05/2019. Disponível em: Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível: AC

1041083-57.2016.8.26.0506 SP 1041083-57.2016.8.26.0506 | Jurisprudência (jusbrasil.com.br) . Acesso em 14 de maio de 2023

SAVI, S. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2012.

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

VENOSA, Sílvio de S. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEGAS, Cláudia Maria de Almeida Rabelo Viegas; SILVA, Carlos Brandão Ildefonso; RABELO, César Leandro de Almeida. **A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance nas Relações Jurídicas Cíveis e do Trabalho**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 24, n. 277, jul. 2012.