

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



**Responsabilidade Civil pela perda de uma  
chance: estudo comparativo jurisprudencial  
entre o direito brasileiro e o português**

RENATA DO NASCIMENTO E SILVA

**DISSERTAÇÃO**

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

LISBOA, OUTUBRO DE 2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



**Responsabilidade Civil pela perda de uma  
chance: estudo comparativo jurisprudencial  
entre o direito brasileiro e o português**

RENATA DO NASCIMENTO E SILVA

Dissertação apresentada por **Renata do Nascimento e Silva**, no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Pedro Romano Martinez, como requisito para obtenção do grau de Mestre.

LISBOA, OUTUBRO DE 2016

# Resumo

O presente trabalho tem como escopo o estudo da responsabilidade civil pela perda de uma chance, sobretudo diante da evolução do instituto na sociedade pós-moderna, onde a vítima passa a ter papel de destaque.

Nossas pesquisas iniciam com o desenvolvimento da responsabilidade civil ao longo do tempo, passando principalmente pelas divergências relativas às teorias que abarcam o nexo de causalidade, relacionando, ainda, seus pontos de contato e de conflito com a perda de chance.

Após referida contextualização, tracejamos algumas linhas acerca da evolução histórica da perda de uma chance propriamente dita, com enfoque nos Direitos Francês e Italiano, berços da teoria.

Em seguida, nos debruçamos sobre os elementos que compõem a perda de uma chance, ressaltando as divergências estabelecidas, tanto doutrinária como jurisprudencialmente, acerca de eventual relativização dos conceitos ortodoxos sobre o nexo de causalidade ou decorrentes de alargamento do conceito de dano.

Chamamos a atenção para a diferença estabelecida entre a perda de uma chance dita clássica e a perda de uma chance na seara médica (perda da chance de cura e/ou de sobrevivência), não descurando dos demais campos de aplicação da teoria que reputamos importante mencionar (perda de chance nas relações familiares e trabalhistas).

Destacamos a dificuldade no tocante aos critérios utilizados para a fixação da indenização decorrente do dano de perda de chance e a celeuma existente no tocante à sua natureza jurídica.

O estudo aborda primordialmente a análise dos pensamentos dos julgadores brasileiros e portugueses, na medida em que sabemos que a vida conforma o Direito.

Por fim, apresentamos nosso contributo à teoria, com a finalidade de, aliados àqueles que entendem necessário o instituto, buscarmos, sempre, o mínimo de eficiência reparatória às vítimas de danos que, em outros momentos

da história, não eram sequer, lembradas.

**Palavras-chave:** Responsabilidade. Perda. Chance. Jurisprudência. Brasil. Portugal.

## **ABSTRACT**

This work aims at studying the civil liability for loss of a chance, especially on the development of the institute in postmodern society, where the victim has acquired a prominent role.

The first part of this research will discuss the development of the civil liability over time, emphasizing, mainly, the deviation on theory that includes the causation, as well as your points of contact and conflict with the loss of chance.

In addition, it will expound a few lines about the historical evolution of the loss of a chance itself, based on French and Italian Rights, considered the cradle of the theory.

Furthermore, it will show the elements that compound the loss of a chance, highlighting the differences established, both doctrinal and jurisdictional, about possible relativization of the orthodox concepts of causation or resulting from extending the concept of damage. Moreover, it would draw the attention the difference established between the loss of a chance known as classical and the loss of a chance in the medical aspect (loss of chance of cure and / or survival), not forgetting the other fields of application of the theory that it is important to mention (loss of chance in family and labor relations).

This work also highlights the difficulties regarding to the criteria used for compensation resulting from the loss of chance of damage and the conflict regarded to its legal nature. This study primarily deals with the analysis of the thoughts of Brazilian and Portuguese judges, to the extend that life shapes the law.

Finally, it will present the contribution to the theory, with those who understand the need of the institute, in order to seek, always, the minimum

efficiency reparation for victims of damage, who at other times in history, were not even remembered.

**Key-Words:** Responsibility. Loss. Chance. Jurisprudence. Brazil. Portugal.

# SUMÁRIO

1 – Introdução .....	8
2 – Enfoque Jurisprudencial do tema .....	15
3 - Evolução da Responsabilidade Civil .....	19
3.1 – Do Dano .....	28
3.2 – Da Classificação do Dano e sua relação com a perda de chance -	30
4 – Escorço histórico da teoria	
4.1 – França .....	33
4.2 – Itália .....	44
4.3 – Espanha .....	48
4.4 - Outros Ordenamentos .....	49
5 – Sobre o nexu causal .....	55
5.1 – Teorias	
5.1.1 – Equivalência das condições .....	55
5.1.2 – Causalidade adequada .....	57
5.1.3 – Causalidade direta e imediata .....	64
5.1.4 – Causalidade alternativa .....	71
5.1.5 – Causalidade parcial .....	73
5.1.6 – Causalidade presumida .....	78
6 – Conceituação da Teoria da Perda de Chance .....	79
6.1 – Chance e Risco .....	90
6.2 – Perda de uma chance clássica .....	101
6.3 - Perda de uma chance na seara médica .....	106
6.3.1 – Perda da chance pelo descumprimento do dever de informação (consentimento informado) .....	119
6.3.2 – Críticas à aplicação da teoria na seara médica .....	129

6.4 - Chances reais e sérias -----	135
6.5 – Quantificação das chances perdidas -----	148
7- Perda de chance e sua intersecção com o Direito de Família -----	157
8 - Perda de chance e sua intersecção com o Direito do Trabalho -----	180
9 - Natureza jurídica -----	189
9.1 – Dano Emergente -----	189
9.2 – Lucro Cessante -----	191
9.3 - Dano Moral -----	201
9.4 - Categoria Autônoma de Dano -----	204
10. Aceitação da Teoria nos Sistemas Jurídicos Brasileiro e Português ----	208
11.Considerações Finais -----	212
12.Bibliografia -----	216

# 1 - Introdução

A chance, a probabilidade, a oportunidade, o acaso, a incerteza e a álea, expressões aqui utilizadas como sinônimas, não passam, em verdade, de demonstrações do incógnito, do desconhecido, de qualquer coisa que foge do pleno entendimento mundano.

A humanidade, quando se depara com a álea, enfrenta-a de duas maneiras: negando-a ou assimilando-a.

Nega-a com a desconstrução do desconhecido, buscando, na maioria das vezes por meio da ciência, transmudar a situação do obscuro para o factível, para o palpável, para o certo, para um caminho de luz.

Como exemplo podemos citar a evolução da ciência que, com a descoberta de vacinas, de métodos de prevenção e de medidas de higiene pública erradicou uma infinidade de doenças; com a agricultura e suas técnicas de irrigação, adubos e pesticidas aumentou a capacidade produtiva e eliminou, igualmente, as pragas que acometiam e comprometiam determinadas culturas e plantações.

Todavia, não podemos ser ingênuos e utópicos a ponto de acreditar que sempre ultrapassaremos a barreira do desconhecido alcançando êxito na busca incessante pelo saber.

A título de exemplo, a síndrome da imunodeficiência adquirida, também conhecida como Aids, cujos primeiros casos ocorreram nos anos de 1977 e 1978, nos Estados Unidos da América, Haiti e África Central<sup>1</sup>, os quais foram descobertos e definidos como Aids em 1982, causando o que parecia ser um infundável número de mortes, assustando e alarmando a população mundial nas décadas de 80 e 90, ainda não foi erradicada. Não obstante, o diagnóstico que era verdadeira sentença de morte, hoje é recebido com medicamentos antirretrovirais, surgidos na década de 80 para impedir a multiplicação do vírus no organismo, os quais, associados à obediência às recomendações médicas e a uma vida saudável e equilibrada, não mais ameaça a vida das pessoas.

---

<sup>1</sup> Disponível em <<http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-aids>> Acesso em: 28.abril.2016.

Por outro lado, em pleno século XXI<sup>2</sup>, vemos as nossas vidas reféns de um mosquito - *Aedes aegypti* – transmissor da doença infecciosa chamada dengue, palavra de origem espanhola e que quer dizer melindre, manha, em efetiva referência ao estado de moleza e prostração que acomete a pessoa contaminada pelo arbovírus (abreviatura do inglês de *arthropod-bornv*írus, vírus oriundo dos artrópodos) e que, infelizmente, em muitos casos, repita-se, em pleno século XXI, levam à morte. A doença tem incidência principalmente em áreas tropicais e subtropicais do mundo, com alto percentual de incidência no Brasil, razão pela qual a utilizamos como exemplo referencial.<sup>3</sup>

Em face dessa perene existência de pontos de obscuridade (a par do crescimento, reconheçamos, ocorrente em verdadeira progressão geométrica do conhecimento), a razão humana busca instrumentos para encarar a álea.

Podemos observar a ocorrência do confronto com o desconhecido por meio do estudo das probabilidades<sup>4</sup>, da estatística, das estimativas, das sondagens.

---

<sup>2</sup> O mosquito transmissor da dengue, o *Aedes aegypti*, foi introduzido na América do Sul através de barcos (navios negreiros) provenientes da África, no período colonial, junto com os escravos. Houve casos em que os barcos ficaram com a tripulação tão reduzida que passaram a vagar pelos mares, constituindo os "navios-fantasmas".

Disponível em < <http://www.dengue.org.br/dengue.html>> Acesso em: 28.abril.2016.

<sup>3</sup> Disponível em < <http://www.dengue.org.br/dengue.html>> Acesso em: 28.abril.2016.

<sup>4</sup> A probabilidade teve origem aproximadamente no século XVI e se aplicava inicialmente em jogos de azar, onde os jogadores ricos tinham mais conhecimento sobre as teorias de probabilidade e planeavam estratégias para levar vantagens nos jogos. Ainda hoje essa prática é utilizada, como em loterias, cassinos de jogo, corridas de cavalos e esportes organizados. Mais do que isso, a probabilidade é utilizada por governos, empresas e organizações profissionais em seus processos diários de deliberação. A utilização da probabilidade indica que existe um elemento de acaso ou incerto de ocorrer ou não um evento futuro. Na probabilidade não se pode afirmar o que ocorrerá, mas sim o que pode ocorrer.

A probabilidade proporciona muitas vantagens no dia a dia, pois são extremamente úteis para o desenvolvimento de estratégias. Ela obtém, organiza e analisa dados estatísticos com a finalidade de descrever e explicar tais dados e determinar possíveis correlações e nexos-causais.

A probabilidade empírica, também conhecida por frequência relativa, ou probabilidade experimental, é a relação entre o resultado de uma ocorrência em um evento e o número total de ensaios, não num espaço amostral teórico, no experimento atual. Por outras palavras, é a percentagem de vezes que se espera que um evento aleatório aconteça, se se repetir a experiência um grande número de vezes nas mesmas condições. De modo geral, probabilidade empírica estima as probabilidades das experiências e observações.

Por esses métodos nos resignamos com o desconhecido e não mais buscamos desvendá-lo. Simplesmente assimilamos que, por ausência completa de conhecimento acerca de um ou mais elementos relativos à situação proposta, não chegaremos, nunca, com exatidão, a uma resposta específica, certa, como ocorre, por exemplo, na matemática (sabemos, todos, sem qualquer grau de incerteza, que um mais um é igual a dois).

Aqui, como dito, admitem-se os limites do entendimento e chega-se a um resultado provável. O acaso não mais se opõe à ação do homem. Sem dúvida, diante de um elemento aleatório, as respostas categóricas continuam inalcançáveis, mas essa constatação não limita totalmente o indivíduo. O resultado provável gera um certo grau de previsibilidade, o que acaba por ampliar o grau de domínio humano sobre certo elemento.

---

O desenvolvimento do cálculo das probabilidades surgiu no século XVII. A ligação das probabilidades com os conhecimentos estatísticos veio dar uma nova dimensão à ciência Estatística. Os três nomes importantes ligados a esta fase são: Fermat (1601-1665) , Pascal (1623-1662) e Huygens (1629-1695). No cotidiano usamos diariamente o cálculo de probabilidades de uma forma intuitiva, ao acordarmos olhamos o tempo, sentimos a temperatura, ouvimos e consultamos a internet sobre a previsão do tempo em determinado dia a partir daí escolheremos a roupa que vamos usar, se levaremos guarda-chuva ou não; podemos também ter uma noção de que hora precisamos sair de casa para não chegar atrasado à escola , no trabalho , a probabilidade do trânsito estar congestionado, podemos também calcular a probabilidade do nosso time ganhar um campeonato , um jogo ; a probabilidade de passarmos em um concurso público ou vestibular “chutando” todas as questões; diariamente, muitas pessoas no Brasil e em todas as partes do mundo – em busca de diversão e, principalmente, dinheiro – apostam em loterias , vão as casas de bingo, compram raspadinhas, gastam moedinhas em caças – níqueis , viajam para lugares onde há cassinos. Independentemente do valor apostado, que pode ser R\$ 0,50, em uma raspadinha, ou quantias milionárias, como as que circulam em Lãs Vegas (EUA) , Punta del Este (Uruguai) ou Mônaco, por exemplo, os jogos de azar despertaram a atenção das pessoas que sonham com dinheiro fácil e uma vida mais tranquila. É muito importante destacar, por fim, que, embora os jogos de azar tenham historicamente impulsionado o desenvolvimento das teorias das probabilidades, essa fascinante parte da matemática tem aplicações notáveis em outras ciências, como biologia (principalmente em genética), finanças marketing e econometria (conjunto de técnicas matemáticas usadas para quantificar fenômenos econômicos).

Fonte: Wikipédia e

Disponível em <<http://www.portaleducacao.com.br/administracao/artigos/30524/introducao-e-importancia-de-probabilidades>>. Acesso em: 30.abr.2016.

O Direito não passa incólume às situações de incerteza, sendo acareado, não raro, com o impasse do acaso. O exemplo claro que de imediato nos vem à mente é, na esfera dos contratos, a chamada teoria da imprevisão.<sup>5</sup>

De fato, o artigo 478 do Código Civil Brasileiro assinala que nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Originária da França, que a aplicava aos contratos administrativos. “O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades mezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre a uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em mira justamente a previsão de situações futuras. A imprevisão que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refoge totalmente às possibilidades de previsibilidade. Vemos, portanto, que é fenômeno dos contratos que se protraem no tempo em seu cumprimento, e é inapropriada para os contratos de execução imediata.

Desse modo, questões meramente subjetivas do contratante não podem nunca servir de pano de fundo para pretender uma revisão nos contratos. A imprevisão deve ser um fenômeno global, que atinja a sociedade em geral, ou um segmento palpável de toda essa sociedade. É a guerra, a revolução, o golpe de Estado, totalmente imprevisíveis.

(...)

A doutrina debruça-se em um sem-número de explicações sobre o instituto, lembrando, inclusive, o princípio da boa-fé nos contratos e a regra moral das obrigações que devem ilustrá-los e também fundamentam a imprevisão contratual.

(...)

Como vemos, não é qualquer contrato nem qualquer situação que possibilitam a revisão.

Em primeiro lugar, devem ocorrer acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Como examinamos, tais acontecimentos não podem ser exclusivamente subjetivos. Devem atingir uma camada mais ou menos ampla da sociedade. Caso contrário, qualquer vicissitude na vida particular do obrigado serviria de respaldo ao não-cumprimento da avença. Um fato será extraordinário e anormal para o contrato quando as partes não possuírem condições de prever, por maior diligência que tiverem. Não podemos atribuir a qualidade de extraordinário ao risco assumido no contrato em que estavam cientes as partes da possibilidade de sua ocorrência.”

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. P.463-467.

<sup>6</sup> Ressaltamos, lado outro, casuismo ocorrido no Brasil e que acabou por afastar a aplicação da teoria. Em janeiro de 1999 houve uma altíssima desvalorização da moeda – real - em relação ao dólar. Os Tribunais se viram abarrotados de ações nas quais os autores buscavam resolver contratos que continham prestações fixadas com base no valor da moeda estrangeira. Após um longo período de oscilação jurisprudencial, assentou-se o entendimento de que plano econômico implementado pelo Governo Federal, resultando retração de crédito, elevação de juros e outras similares dificuldades não se caracterizam dentro dos princípios da Teoria da Imprevisão, pois constituem uma realidade histórica nacional.

A título de ilustração colocamos recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que bem delinea o tema:

Não desconhecemos a divergência doutrinária existente no que tange à aplicação da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios.<sup>7</sup>

Não obstante, no momento, para o que nos propomos com a citação (apenas o registro de que a álea, o incerto, o imprevisível não passam ilesos ao Direito e ao posicionamento dos Tribunais) entendemos conveniente não nos imiscuirmos nas minúcias do tema.

---

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REVISIONAL. COMPRA E VENDA DE FERTILIZANTES. INDEXAÇÃO COM BASE NA MOEDA AMERICANA. RELEVANTE ALTERAÇÃO DO DÓLAR AO FINAL DO ANO DE 2008. TEORIA DA IMPREVISÃO. AFASTAMENTO.

1. "O histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa

estabilidade até a máxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela imprevisibilidade desse fato nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária." (REsp 1321614/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015).

2. Não envolvendo relação de consumo, o contrato objeto do pedido de revisão, mas, sim, revelando-se paritário, convém que se submetam as partes aos termos do acordo celebrado, não decorrendo da variação cambial verificada base para a revisão do negócio entabulado.

3. A variação ocorrida no valor da moeda americana ao final do ano de 2008, com reflexo no contrato de compra e venda de fertilizantes, indexado com base na variação do dólar americano, não se revela

imprevisível a ponto de autorizar o Poder Judiciário, com base na Teoria da Imprevisão, a proceder à sua revisão e alterar o indexador estipulado.

4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

AgRg no REsp 1518605 / MT  
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL  
2013/0108684-3

Data do julgamento: 7.abr.2016

Disponível em <www.stj.jus.br>

<sup>7</sup> Como defensores da aplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios citamos Nelson Borges e César Fiúza. Como defensores da não aplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios mencionamos Caio Mário, 4 e Miguel Maria de Serpa Lopes.

BORGES, Nelson. **A teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios**. Revista dos Tribunais. Ano 89. Dez/2000. Vol. 782. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FIUZA, César. **Aplicação da cláusula rebus sic stantibus aos contratos aleatórios**. Revista de informação legislativa, Brasília, ano 36, n. 144, out/dez 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/527/r144-01.PDF>>. Acesso em: 02.mai.2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Vol. III Contratos. 11. 12ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 167.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 179.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil Volume III**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.p.128.

O que se nos afigura pertinente ao presente trabalho é uma manifestação específica da incerteza, aquela advinda dos pleitos de reparação civil decorrentes de lesão a interesses aleatórios, quando, em outras palavras, a vítima tem suas expectativas sobre evento incerto lesionadas.

Sabemos que o ordenamento jurídico não admite o *non liquet*<sup>8</sup> e, por isso, não pode valer-se dessa mesma incerteza que deu causa a um pleito para deixar de proferir decisão.

Diante disso, tal como mencionado no início da presente introdução, duas soluções acometem a lida com a incerteza: a negativa e o assimilamento.

A negativa ocorre, por meio, por exemplo, da presunção<sup>9</sup>. O magistrado, baseado em fatos e situações conhecidas, presume a ocorrência de situação outra desconhecida, suprindo, assim, a incerteza. É considerada um conhecimento obtido, um raciocínio utilizado pelo juiz em razão da não comprovação de fatos alegados no processo que se lhe é posto à análise.

Assimila-se a incerteza, por outro lado, quando referida circunstância é levada em consideração no momento de julgar. A perda de uma chance é justamente a concretização da incerteza assimilada pelo ordenamento. Soluciona-se o litígio, não a incerteza.

O presente estudo tem o escopo de analisar as circunstâncias em que o Direito é chamado a manifestar-se diante da álea e como ele efetivamente atua diante de tal ocorrência.

De origem francesa, a teoria em voga resta disseminada pelos demais ordenamentos, notadamente no Brasil e, com maior resistência, em

---

<sup>8</sup> “O juiz, perante uma situação de dúvida insanável relativamente aos factos em litígio, não pode abster-se de julgar, designadamente com o fundamento de que a prova produzida não lhe permitiu formar a sua convicção sobre um facto essencial à decisão. Isto mesmo resulta dos artigos 8º, nº 1, do CC e 3º, nº 2, do EMJ, ao estabelecerem que o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio.”

CABRITA, Helena. **A fundamentação de Facto e de Direito da Decisão Cível**. Coimbra: Coimbra, 2015. P. 117.

<sup>9</sup> Conjetura, consequência ou conclusão que a lei ou o juiz tira de fatos conhecidos, para afirmar a existência ou verdade do fato que se pretende provar.

Dicionário Michaelis online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/>>

Portugal. Porém, após quase cem anos do início de sua aplicabilidade, continua a gerar inquietudes e divergências entre os aplicadores do Direito.

Talvez nunca consiga amearhar consenso, residindo, em tal inquietude a razão pela qual nos propusemos a pesquisar a matéria.

De início, nosso estudo justificará o enfoque jurisprudencial dado ao tema. Em seguida delinearemos aspectos relativos à evolução da responsabilidade civil até o desenvolvimento da teoria.

Após, abarcaremos o escorço histórico da perda de uma chance, notadamente nos ordenamentos francês e italiano, porquanto locais onde a teoria surgiu.

Na sequência trataremos das teorias acerca do nexo de causalidade, relacionando seus pontos de contato com a perda de chance, para, de pronto, ingressarmos com as noções básicas acerca da teoria, de sua distinção com o risco, da distinção entre perda de chance clássica e na seara médica, dos critérios para a sua aplicação (chances reais e sérias), de sua quantificação e da combinação de eventos aleatórios.

Prosseguindo com nossas pesquisas, trataremos da aplicação da teoria nas áreas de conhecimento que reputamos de maior interesse e de maior utilização (perda de chance pelo descumprimento do dever de informação, perda de chance nas relações familiares e nas relações trabalhistas).

Após cuidaremos da natureza jurídica, do reconhecimento e da aceitação da teoria na jurisprudência do Brasil e de Portugal e, então, apresentaremos nossas derradeiras considerações.

Assinalamos conhecimento de que em Portugal a teoria é conhecida e grafada como perda *de* chance, oriunda da literal tradução de seu original francês *perte d'une chance*. No Brasil reconhecemos sua grafia como perda *de uma* chance, bem como perda *da* chance. Doutrinadores e jurisprudência de ambos os países aludem à teoria indentificando-a, também, como perda de oportunidade, considerando a similitude dos significados.

Sara Lemos Menezes aponta como única crítica que pode ser feita à utilização da expressão ‘perda de chance’ o fato de se adotar o conceito ‘chance’, que, embora faça parte do léxico português, não é comumente utilizado, podendo passar por um estrangeirismo desnecessário. Conclui que se a ‘perda de chance’ tivesse nascido em Portugal certamente seria designada como ‘perda de oportunidade’.<sup>10</sup>

No Brasil, ao contrário do que constatado pela autora acima referida como ocorrente em Portugal, a expressão chance é comumente utilizada, tanto quanto a expressão oportunidade. Não identificamos prevalência de utilização de uma sobre a outra, tanto mais quando a intenção é evitar repetições de um mesmo vocábulo.

Diante da ausência de unanimidade relativa à expressão a ser adotada, registramos que para os fins do presente estudo faremos referência a todas as formas cá mencionadas.

## 2 – Enfoque Jurisprudencial do Tema

O presente trabalho intenta discorrer sobre a teoria da perda de uma chance como um novo desdobramento da responsabilidade civil, sobretudo do ponto de vista comparativo jurisprudencial brasileiro e português.

Arnoldo Wald, ao falar sobre o papel da jurisprudência, conceitua-a como o conjunto de decisões uniformes dos tribunais, sendo então a autoridade de casos julgados de forma sucessiva e do mesmo modo. Afirma que, em havendo alguma matéria não regulamentada devidamente pela lei escrita, faz-se necessário recorrer-se à jurisprudência para supri-la. Salienta que, em princípio, no sistema jurídico organizado, não existem lacunas no Direito. Isso porque toda situação, quando não puder ser resolvida de forma direta através das normas existentes, poderá sê-lo deduzindo-se do sistema uma solução para o caso concreto. Destaca que o julgado nunca é uma norma jurídica, senão para o caso concreto para qual fora proferida determinada

---

<sup>10</sup> MENEZES, Sara Lemos. **Perda de Oportunidade: Uma mudança de paradigma ou um falso alarme**. 2013. Disponível em: <[http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13401/1/Tese\\_Sara\\_Lemos\\_de\\_Meneses.pdf](http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13401/1/Tese_Sara_Lemos_de_Meneses.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

decisão. Lado outro, a norma jurídica é comando prévio e geral, universal e obrigatório, de modo que o julgado só pode ser aplicado ao caso em discussão e, embora constitua precedente, não se torna obrigatório para o futuro, vinculando, desta forma, somente as partes no processo.<sup>11</sup>

Menciona que a jurisprudência tem a função, inclusive, de estabelecer interpretação construtiva da lei, podendo até mesmo revogá-la (deixar de aplicá-la), quando nela existirem princípios contraditórios.<sup>12</sup>

Desse modo e em conluio com o pensamento do autor em referência, encontramos na jurisprudência verdadeira fonte do direito, a qual, importante ressaltar, rege-se, apenas, perante as partes do processo, não tendo o condão de generalizar a norma jurídica, ressaltando-se, apenas, a súmula vinculante<sup>13</sup>, pois essa, como o próprio nome diz, vincula o Poder

---

<sup>11</sup> ALMEIDA, Felipe Cunha de. Indenização pela Teoria da Perda de Uma Chance: a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 62, n. 438, p.39-58, abr. 2014.

<sup>12</sup> ALMEIDA, Felipe Cunha de. Indenização pela Teoria da Perda de Uma Chance: a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 62, n. 438, p.39-58, abr. 2014.

<sup>13</sup> “Quando do surgimento do instituto da súmula vinculante, algumas questões polêmicas foram levantadas em torno do tema. Uma delas diz respeito à suposta violação que efetuará a sistemática ao princípio da separação dos Poderes, discussão essa que gira em torno da natureza jurídica do enunciado vinculante.

A tese da natureza legislativa da súmula vinculante (ou, para os menos radicais, da qualidade de “quase-lei” da prescrição jurisdicional – conceito artificial, de difícil compreensão e detalhamento) funda-se na existência de generalidade, abstração, coercibilidade e obrigatoriedade no enunciado normativo, o qual, não obstante represente a interpretação conferida pelo STF ao ordenamento jurídico, a ele passa a se integrar por força dos atributos conferidos pela Constituição a essa específica modalidade de pronunciamento.

A corrente prevalecente, contudo, é a que se mostra contrária a esse posicionamento, aduzindo a legitimidade constitucional do disposto no art. 103-A, da CF/88, com fundamento no fato de que a súmula vinculante não se reveste do atributo mais destacado da norma legislativa, qual seja, o potencial de inovar na ordem jurídica (EBECKEN, 2013, p. 1). Trata-se do entendimento acertado sobre o assunto. Com efeito, não obstante a generalidade e a obrigatoriedade do enunciado vinculante, este apenas esclarece o conteúdo de princípios já presentes na ordem jurídica, sendo inconcebível que alguém se veja “obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa” (BRASIL, 1988, p. 1) em virtude, exclusivamente, do disposto em súmula vinculante. Tendo em vista o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inciso II, da CF/88, [7] no Brasil, somente a lei pode ser a fonte originária de obrigações e direitos, restando ao Poder Judiciário, tão somente, a função de esclarecer o conteúdo das disposições normativas. E, ao fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para a edição de súmula vinculante, em momento algum o constituinte reformista outorgou ao Judiciário poderes para inovar na ordem jurídica; pelo contrário, o § 1º, do art. 103-A, da CF/88 foi claro ao estabelecer que “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas

Judiciário em suas decisões, bem como a administração pública, tanto direta, como indireta, em todas as suas esferas (federais, estaduais e municipais).

Apenas a título ilustrativo e partindo da premissa da ausência de instituto semelhante no Direito Português, destacamos que, no Brasil, com a edição da Lei 11.417/2006, o Supremo Tribunal Federal pode, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento.<sup>14</sup>

O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.<sup>15</sup>

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros

---

determinadas” (BRASIL, 1988, p. 1) e não que consistiria, em si, uma prescrição primária, apta a criar direitos ou obrigações.

Isto é: a súmula vinculante sempre se reportará a determinada norma preexistente no ordenamento jurídico, dispondo sobre sua validade, eficácia ou significado, à luz dos princípios constitucionais. Por mais que a hermenêutica constitucional permita alto grau de maleabilidade na utilização de conceitos jurídicos, a fundamentação – sempre passível de controle social, notadamente sob a forma da doutrina – restará sempre, ao menos em certo grau, limitada à fórmula gramatical e ao conteúdo histórico e social dos institutos jurídicos referidos no texto constitucional. Por conseguinte, a conclusão não pode ser outra senão pela natureza jurisdicional do enunciado da súmula vinculante, cujo conteúdo nada mais é do que a explicitação, em “interpretação autêntica” (KELSEN, 1999, p. 249) de normas já existentes na ordem jurídica, efetuada no esforço de concretização do ideal de justiça pela identificação e aplicação de conceitos e princípios gerais do Direito.”

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Súmula vinculante: regime geral, natureza jurídica e enunciado inconstitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4049, 2 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30624>>. Acesso em: 14 set. 2016.

<sup>14</sup> Lei 11.417/06

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm) >. Acesso em: 14 set. 2016.

<sup>15</sup> Lei 11.417/06

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm) >. Acesso em: 14 set. 2016.

meios admissíveis de impugnação.<sup>16</sup>

Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.<sup>17</sup>

A lei, em razão de todo o tempo transcorrido em sua elaboração<sup>18</sup> e em razão de interesses outros, por vezes imediatistas, que a circundam (políticos, econômicos, sociais ou mesmo privados – lobby de parcela pequena da sociedade, mas indiscutivelmente influente), não acompanha a velocidade com que as relações interpessoais e os conflitos daí decorrentes, que necessitam da intervenção do Estado, acontecem.

Daí a grande importância da jurisprudência, inclusive para o tema em foco, dada a ausência de disposição legislativa expressa acerca da perda de uma chance, razão pela qual balizaremos todo o trabalho com elucidações que expressam o entendimento dos Tribunais de Justiça Brasileiros e do Judiciário Português, ressaltando que em relação a este a pesquisa ocorreu por meio do endereço eletrônico do Supremo Tribunal de Justiça.

Pedimos vênias, desde já, pela grande quantidade de julgados relatados, mas, em nossa defesa, devemos dizer, como em verdade já o fizemos, que a análise jurisprudencial, para a perda de chance, em nosso entendimento, é de extrema valia, primeiro porque não há lei que a preveja com especificidade e exatidão, segundo porque a análise dos julgados nos permite, com maior facilidade, compreender os avanços mas também as vicissitudes do tema.

---

<sup>16</sup> Lei 11.417/06

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm) >. Acesso em: 14 set. 2016.

<sup>17</sup> Lei 11.417/06

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm) >. Acesso em: 14 set. 2016.

<sup>18</sup> **Conheça a tramitação de projetos de lei.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/481884-CONHECA-A-TRAMITACAO-DE-PROJETOS-DE-LEI.html>>. Acesso em: 20 set. 2016.

### 3 – Evolução da Responsabilidade Civil

O sentimento de reação espontâneo que surge na vítima ao sofrer um dano é intrínseco à própria natureza humana.<sup>19</sup>

Antônio Menezes Cordeiro manifesta que a responsabilidade civil funciona numa de três situações: quando tenha sido praticado um fato ilícito ou delito que ocasione um dano; quando tenha ocorrido um dano que o Direito determine seja suportado por uma pessoa diferente da que, inicialmente, o tenha sofrido ou quando a lei permita que alguém provoque danos mas, não obstante, os deva, depois e pelo menos em parte, compensar.<sup>20</sup>

Sabe-se, ainda, que o sistema tradicional<sup>21</sup> de responsabilidade civil sempre teve cunho majoritariamente subjetivo, ou seja, fundamentado na culpa do causador do dano.

Assim, para obter a reparação, a vítima geralmente tem/tinha de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente.<sup>22</sup>

Dito de outro modo: a responsabilidade civil tinha como centro das atenções a figura do autor do dano, o qual, por sua vez, somente seria civilmente responsabilizado pelos prejuízos causados se tivesse agido com dolo ou culpa.

---

<sup>19</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de Uma Chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 840, p.11-36, out. 2005.

<sup>20</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português: II Direito das Obrigações Tomo III Gestão de Negócios Enriquecimento sem Causa Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 288.

<sup>21</sup> Paulo Meira Lourenço faz referência ao primeiro e ao terceiro capítulos da *Lex Aquilia* os quais diziam respeito ao *Damnum Iniuria Datum*, salientando que a partir da análise feita por diversos historiadores, pode-se concluir que a prática daquele delito dependia da cumulação dos seguintes requisitos: “a) o dano deve corresponder à destruição ou deterioração de coisa alheia (*corpus laesum*); b) o dano deve ser causado por esforço muscular (*corpore*), ou seja, a acção do lesante deve consistir em *occidere*, em *urere* ou em *rumpere* e a coisa considerada na sua estrutura física (*corpori*) e, em virtude dessa relação corporal, chamava-se *damnum datum*; c) a acção deve ser positiva (*culpa in faciendo*), excluindo-se assim os comportamentos omissivos; d) o comportamento tinha de ser doloso. Só mais tarde é que se admite a conduta negligente, pelo que a expressão *iniuria* foi interpretada no sentido de a abranger, razão pela qual se recorreu ao term ‘culpa’ (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*).”

LOURENÇO, Paula Meira. **A Função Punitiva da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Coimbra, 2006. P. 43-44.

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4: Responsabilidade Civil**. 6. 19d. São Paulo: Saraiva, 2011. P.53.

Até o advento da Revolução Industrial e, com espeque na responsabilidade subjetiva ora em foco, quando ocorria um acidente e não se lograva êxito em conhecer sua causa, a situação era considerada uma fatalidade, um ato de Deus e, assim, a vítima arcava, de maneira isolada, com os infortúnios suportados.<sup>23</sup>

Os fundamentos para a defesa de tal pensamento eram basicamente filosóficos. Isso porque, para a Filosofia, era inconcebível idealizar a responsabilidade sem a existência correlata da culpa. A liberdade mais ampla possível ao homem era o que se buscava defender.

Não obstante, a adoção da responsabilidade subjetiva revelava-se insuficiente à efetiva proteção da vítima, porquanto a esta era extremamente difícil e, não há exagero em dizer, impossível, a demonstração da culpa do agente por aquele dano por ela sofrido.

Havia, portanto, a necessidade de se afastar o elemento moral caracterizado pela prova da culpa (daí decorre o princípio de que não há responsabilidade sem culpa) para concentrar-se na problemática da reparação, pena de diversos casos redundarem em não solução.

A mudança de comportamento e enfoque da responsabilização deveu-se, em grande parte, à chamada sociedade de massa. Com efeito, já com a Revolução Industrial, envolta em relações jurídicas impessoais, marcada pela presença de maquinários modernos, abrangendo produção e fornecimento de serviços das mais variadas formas, crescimento demográfico, êxodo rural e urbanização, além do conseqüente fluxo de veículos automotores, aviões, etc.,

---

<sup>23</sup> “Toda a teoria tradicional da responsabilidade repousava sobre a velha ideia de culpa: não há responsabilidade sem culpa provada; era um dogma milenário, herdado do direito romano, uma verdade primária que as gerações de juristas se transmitiam de século em século, e que resistia a tudo, mesmo às transformações políticas mais violentas, às revoluções, às mudanças de legislação e às codificações. Então, a vítima dum acidente, mais geralmente dum dano qualquer, devia, para obter uma indenização, oferecer uma tríplice prova: precisava estabelecer, antes de tudo, que sofrera um dano; depois, que seu adversário cometera um delito; enfim, que o dano decorria do delito; dano, culpa, relação de causalidade entre esta e aquele, tais eram os três pontos sensíveis do processo, as três posições que a vítima, autora no feito, devia assumir de viva força; sem o que era a derrota, isto é, a recusa de qualquer indenização.”

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, p.551, jun. 1941.

a probabilidade de danos passou a ser realidade iminente e constante. E assim sendo, a prova da culpa passou a ser cada vez mais difícil, senão impraticável, ao lesado.<sup>24</sup>

Gustavo Tepedino destaca que » A propagação da responsabilidade objetiva no século XX, através da adoção da teoria do risco, comprova a decadência das concepções do individualismo jurídico para regular os problemas sociais. A multiplicação de acidentes, ditos anônimos, que deixavam a vítima completamente desassistida, fez com que, progressivamente, passasse a se atribuir responsabilidade não apenas em razão de manifestação culposa ou dolosa, mas também em decorrência da atividade exercida (e dos benefícios dela obtidos), através das noções de risco-proveito e risco-criado.«<sup>25</sup>

Caio Mário da Silva Pereira nos diz que a responsabilidade civil tem procurado libertar-se do conceito tradicional de culpa. Esta é, às vezes, constrictora e embaraça com frequência a expansão da solidariedade humana. A vítima não consegue, muitas vezes, vencer a barreira processual e não logra convencer a Justiça dos extremos da imputabilidade do agente. Desta sorte, continuando, embora, vítima, não logra o ressarcimento. É verdade que a tendência é o alargamento do conceito de culpa, e conseqüente ampliação do campo da responsabilidade civil, ou do efeito indenizatório.

Segue entendendo que a ordem jurídica deverá fixar dois tipos de responsabilidade civil: a) a primeira fundada na culpa, caracterizada esta como um erro de conduta ou transgressão de uma regra predeterminada, seja de natureza contratual, seja extracontratual; b) a segunda, com a abstração da ideia de culpa, estabelecendo *ex lege* a obrigação de reparar o dano, desde que fique positivada a autoria de um comportamento, sem necessidade de se indagar se foi ou não foi contrário à predeterminação de uma norma.

E continua afirmando que, uma vez apurada a existência do fato danoso, caberá indenização por parte do ofensor ou de seu preponente; mas,

---

<sup>24</sup> VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**. 2. 21d. Curitiba: Juruá, 2011.p. 81.

<sup>25</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**: Conforme a Constituição da República. Volume II.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 805

como não se cuida aqui da imputabilidade da conduta, somente há de ter cabida naqueles casos expressamente previstos na lei, pois é claro, se for deixado sem uma frenagem conveniente, a consequência será o inevitável desaparecimento da primeira, com os inconvenientes acima apontados, da equiparação da conduta jurídica à antijurídica.<sup>26</sup>

De se ver que a legislação específica, *em determinados ramos e em tempos hodiernos* (de forma excepcional, portanto), a exemplo das áreas de transportes aéreos e ferroviários, acidentes de trabalho, danos causados por produtores ou fornecedores na esfera do Código de Defesa do Consumidor e danos causados ao meio ambiente, centra-se na figura e teoria do risco, de modo que a demonstração da responsabilidade passa ao largo da necessidade de comprovação da culpa do agente do ato lesivo (não há necessidade de comprovação da culpa do agente, mas esta lhe é imputada).

E tal se dá porque, como dito, com o desenvolvimento da atividade industrial, verificou-se o incremento dos riscos criados para a sociedade como um todo e, com isso, a não responsabilização daqueles que os geraram passou a se mostrar cada vez mais injusta.<sup>27</sup>

De fato, há atividades humanas plenamente capazes de causarem prejuízos a terceiros, mas que a lei não proíbe por serem socialmente úteis ou, quando menos, não reprovadas pelo consenso geral.<sup>28</sup>

Mário Júlio de Almeida Costa assinala que < A evolução chegou ainda mais longe>. Menciona a admissão, ainda que excepcional, da obrigação de indenização resultante de conduta lícita do agente, mas geradora de danos:

---

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Vol. III Contratos. 11. 22d. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 560.

<sup>27</sup> “Basta apresentar a equação nos seguintes termos: de um lado, o responsável pela conduta sem falha, mas que provocou o dano; de outro lado, o lesado, a vítima, que, normalmente, também não terá agido com culpa. Se nenhum dos dois é culpado, é socialmente mais justo atribuir o ônus indenizatório àquele que cria o risco (teoria do risco criado) e, outras vezes mais ainda, provoca o risco e daí obtém um proveito (teoria do risco proveito).” CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro**. 3. 22d. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 33.

<sup>28</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Noções Fundamentais de Direito Civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2009. P. 119.

responsabilidade por intervenções lícitas.<sup>29</sup>

Uma das primeiras causas e, talvez a mais importante, da expansão da responsabilidade civil é aquela relacionada ao aumento da capacidade lesiva do ser humano, esta ocorrente, primordialmente, com o avanço tecnológico. Diante de constantes novidades científicas, aliadas à massificação da vida em sociedade, acaba-se por gerar o negativo efeito colateral do aumento da capacidade que o corpo social possui de causar danos.

A partir, portanto, de meados do século XX, a vítima passou a exercer o papel principal no campo da responsabilidade civil, de modo que a ela bastava comprovar o nexo causal entre o dano experimentado e a conduta do agente.

Da necessária prova da culpa passou-se a reconhecer a responsabilidade daqueles que causassem danos exclusivamente em decorrência do exercício de suas atividades (risco).

Saul José Busnello ressalta que na sociedade contemporânea, a responsabilidade civil é vislumbrada sob a ótica de algumas tendências: uma delas é a quantificação de danos indenizáveis que decorre diretamente da difusão da tecnologia e das relações da vida social; a objetivação da responsabilidade civil, outra tendência, provém do aumento de atividades, produtos e serviços que apresentam em seu cerne, um alto potencial lesivo, um risco que deve ser suportado por quem os desenvolve, apresenta à sociedade e lucra com ele; como terceira tendência, tem-se a coletivização de danos que é oriunda da atividade securitária, que visa amenizar os efeitos das ações de risco, a fim de garantir que elas continuem a serem desenvolvidas e postas à disposição da coletividade, sendo que os custos são por ela suportados.<sup>30</sup>

A responsabilidade civil, em sua caminhada evolutiva, passou, pois, a admitir, *além e ao lado da teoria subjetiva*, a teoria objetiva (evolução alicerçada no deslocamento do foco de atenção: de repressão ao ato ilícito, consubstanciado no elemento culpa, ao fato danoso e à proteção da vítima).

---

<sup>29</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1979. P. 357.

<sup>30</sup> BUSNELLO, Saul José. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: Uma análise doutrinária. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, MG, v. 27, n. 172, p.285, jul./ago. 2013.

Em breves linhas: constatada a existência da conduta, do dano e do nexo de causalidade, deve-se indagar a quem deve ser imputada a responsabilidade pela reparação. O nexo de imputação é a justificação jurídica pela qual se atribuiu a alguém o dever de reparar o dano sofrido por outrem, ainda que não o tenha diretamente causado (risco e garantia).<sup>31</sup>

Queremos aqui por em evidência que não estamos a defender a ausência ou desaparecimento do relevo do elemento culpa na estrutura da responsabilidade civil.

O que procuramos demonstrar é a existência de situações excepcionais em que, em razão da necessidade observada ao longo do tempo, de não deixar a vítima desassistida (avanço tecnológico e aumento da capacidade lesiva do homem), o elemento culpa há de ser imputado não apenas àquele que age pessoalmente de maneira dolosa, intencional.

Nessa toada, credita-se a culpa não só àquele que, em situação concreta, teve a intenção (ou imprudência, negligência, imperícia) de causar dano a outrem, mas também àquele que, em razão de sua atividade, contribui para o aumento do risco de dano, o qual, se efetivamente restar caracterizado, dará azo à responsabilização, ainda que, pessoalmente, não tenha havido intencionalidade.

Logo, o elemento culpa será também atribuído àquele fomentador de atividades potencialmente geradoras de danos, *ressaltando que essa responsabilização objetiva é a exceção, não a regra.*

Como exemplo, vale dizer que a inserção da responsabilidade objetiva na seara ambiental decorre do fato de que boa parte dos graves danos à biota a que temos presenciado e experimentado é causado por indústrias e complexos industriais, ou até mesmo pelo Estado, fazendo com que a comprovação da culpa concreta, em específico, dos agentes causadores do dano, seja tarefa praticamente impossível.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> ROCHA, Vívian de Almeida Sieben. A responsabilidade civil pela perda de uma chance. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 49, jan- jun. 2010.

<sup>32</sup> Trecho extraído de nosso relatório concluído na fase escolar do Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nominado Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente e a Teoria do Risco Integral – p. 61-63.

Ainda na veia ambiental construiu-se, paralelamente à Market-Share Liability Theory (por nós mencionada no tópico acerca da teoria da causalidade parcial), a teoria nominada pollution share liability. Por esta, todas as instalações industriais que apresentarem condições de, num caso concreto, terem provocado o dano, serão responsabilizadas (terão o elemento culpa a si atribuídas). E aqui, diferentemente da teoria mãe, a responsabilização ocorrerá na proporção das emissões, não havendo, nesse viés, a necessidade de demonstrar qual emissão gerou, concretamente, o dano.<sup>33</sup>

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, passou-se a privilegiar a proteção da dignidade da pessoa humana (princípio fundamental da República).<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> “A crítica que comumente se atribui a esta teoria funda-se na ideia de que, se formos analisar, ao pé da letra, sua utilização, concluiremos que ela acaba por afastar a aplicação clássica do nexos de causalidade. Sim, porque se basta a possibilidade de ter gerado concretamente o dano para dar azo à responsabilização, ainda que na proporção de suas emissões, certamente haverá casos em que, instalações que não geraram dano, mas em relação às quais não houve demonstração em tal sentido, serão responsabilizadas. Com o devido respeito às críticas acima delineadas, pensamos que, diante da complexidade já configurada no que tange à identificação do dano, do autor do dano e do nexos causal em matéria ambiental, é dever das indústrias e complexos industriais zelarem em conjunto, pelas emissões, tanto próprias, como próximas. Deve incidir, em nossa opinião, sob o fundamento da verossimilhança e juízo de probabilidade, certa solidariedade, como se fosse uma espécie de poder de polícia efetivado por e de particular para particular, a fim de que, no exercício fiscalizador de uma indústria sobre a outra todas saiam ganhando (desincumbidas de reparação)e, principalmente, o meio ambiente, que não será atingido. Desse modo, com fulcro no máximo interesse e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à dignidade da pessoa humana e, na situação em comento, em face do princípio da prevenção tão amplamente utilizado, somos favoráveis à aplicação de tal juízo de verossimilhança e possibilidade de dano para fins de reparação. As indústrias, por sua vez, sabendo dessas francas possibilidades de serem responsabilizadas, passariam a agir com mais rigor sobre suas atividades e sobre as atividades que lhe pudessem, ainda que hipoteticamente, originar responsabilização.”

Trecho extraído de nosso relatório concluído na fase escolar do Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nominado Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente e a Teoria do Risco Integral – p. 61-63.

<sup>34</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

“A capacidade – ou não – de operar com as categorias, conceitos e princípios do direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e

Assim, » como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção«<sup>35</sup>

Ao elevar a dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos do Estado brasileiro, a Constituição Federal aguçou a sensibilidade dos juristas quanto à necessidade de se tutelar os direitos da personalidade<sup>36</sup>, ampliando-se a tipologia dos danos indutores da indenização.<sup>37</sup>

A proteção da dignidade da pessoa humana, de seu turno, é mais um argumento – agora de autoridade, porquanto com base constitucional – para, em termos de responsabilidade civil, no lugar da punição do agente do ilícito, seja, ao invés, enfatizada a proteção da vítima de um dano injusto.

O fato de alçar a vítima à posição de destaque dentro da compreensão da responsabilidade civil não implica, em nossa concepção, eventual desvirtuamento do sentido do direito em prosseguir a justiça global.

---

das instituições.”

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**: Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 6.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC N. 9**, p. 378, jan-jun. 2007. Semestral.

<sup>36</sup> “Em face de seu caráter essencial e existencial, a maior parte dos direitos da personalidade são direitos inatos, como direitos originários que nascem com a própria pessoa, sendo também imprescritíveis, uma vez que a omissão no seu exercício não provoca a extinção do direito. (...) Há aqueles direitos que somente são incorporados à esfera jurídica da pessoa a partir do surgimento do fato jurídico típico, tais como o direito ao nome, o direito às cartas missivas, o direito à reprodução fotográfica da imagem e a reversa quanto aos fatos relativos à privacidade, que somente quando incorporados à pessoa passam a ser protegidos como direitos da personalidade. Tais direitos são adquiridos, pois, para a sua existência, há a necessidade de outros requisitos, além da personalidade jurídica da pessoa, em si mesma, que derivam das relações sociais.”

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 13 e 19.

<sup>37</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil – Vol. 7**. 4. 26d. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 75.

Ao contrário, em nosso modo de visualizar a questão, entendemos que possibilitar ao ofendido que se encontra em situação desigual em relação à outra parte (hipossuficiência, dificuldade de acesso aos meios de prova, ausência de conhecimento técnico), em nítida afronta à paridade de armas processuais (expressão do Direito Penal), é a própria materialização da busca por uma justiça global, a fim de que sejam equilibradas as forças do processo e possam as partes, justamente, combaterem.

Fábio Ulhôa Coelho destaca, dentro do aqui sustentado, que pelo princípio da indenidade, a elaboração, interpretação e aplicação das normas de responsabilidade civil devem ser feitas com o objetivo de facilitar o acesso da vítima à indenização. Menciona, ainda, que não é possível sustentar-se nele, porém, a indenidade plena prometida pelo Estado mutualista; muito menos a indenidade absoluta, que parece ser incompatível com a vida em sociedade.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: Obrigações – Responsabilidade Civil**. 6.d. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 291-293.

“Em decorrência desse princípio jurídico, o objetivo da responsabilidade civil tem sido amparar a vítima, facilitando a recomposição dos prejuízos. Mas não se pode desprezar que o grau de internalização das externalidades negativas é regido, em última instância, pelo estágio de evolução das forças produtivas e não por decisões livres dos seres humanos. Não há acúmulo de capital suficiente, por enquanto, para cogitar-se da indenidade plena (Estado mutualista, isto é, de organização estatal que se arvora função de seguro de todo e qualquer dano. Busca garantir a plena indenidade em qualquer hipótese de evento danoso que possa vitimar seus jurisdicionados: trânsito, erros médicos, má conservação de passeios públicos, sequelas psíquicas de crimes sexuais etc.). Em suma, o princípio da indenidade não implica a responsabilização de todo sujeito cuja ação ou omissão seja, direta ou indiretamente, prejudicial a alguém. Até mesmo porque indenidade plena não significa indenidade absoluta: para que seja possível a vida em sociedade, algumas externalidades negativas não são e não devem ser internalizáveis.”

Sobre externalidades, esclarece o autor: “Vivendo em sociedade, estamos todos interagindo. A ação ou omissão de qualquer pessoa interfere com a situação, interesses e bens de outras, para pior ou melhor. Estas interferências por vezes são chamadas de externalidades, conceito adotado por alguns economistas que se revela útil também à tecnologia jurídica. O que caracteriza a interação como externalidade é a inexistência de compensação entre as pessoas envolvidas. Se quem tem a situação piorada pela ação alheia não é compensado por isso, ou se aquele que ganhou não compensa ninguém pela melhora que experimentou, a interferência é uma externalidade. Caso contrário, isto é, na hipótese de compensação dos prejuízos ou ganhos, dá-se a internalização da externalidade. A externalidade é negativa se ação de uma pessoa prejudica outra; e positiva, se beneficia. Se alguém intencionalmente causa dano ao patrimônio de outrem, a convivência em sociedade pressupõe a obrigação de aquele repor a este os prejuízos causados. Esta interação é externalidade negativa que deve ser internalizada. Se o será de fato ou não, é questão diversa relacionada à efetividade da norma jurídica. Na hipótese, por exemplo, de o causador do dano não titularizar em seu patrimônio bens de valor suficiente à recomposição devida, a vítima quedará prejudicada. Isto, porém, não altera a

## 3.1. Do Dano

Dano injusto<sup>39</sup> é aquele que o ordenamento jurídico entende não deva ser suportado pela vítima e que, portanto, deve ser reparado. Viola interesse juridicamente tutelado (segundo ponderação dos interesses em pauta à luz dos princípios constitucionais).

A expressão dano injusto, de acordo com Sérgio Savi, citado por Lisiane Lazzari Pietroski, tem origem na Itália, com a entrada em vigor do Código Civil daquele país. De acordo com referido autor, porém, o conceito de dano injusto é matéria controvertida entre os doutrinadores, porquanto, para uma corrente, só há a sua existência se houver também o caráter antijurídico da conduta, ao passo que para outra corrente não há necessidade de ilicitude na conduta do agente, bastando, tão somente, que a conduta gere lesão a bem jurídico tutelado pelo ordenamento. Posiciona-se o autor pelo acerto da segunda corrente aqui mencionada, ao argumento de que, em razão da necessidade da plena atuação dos valores constitucionais, não se pode contentar-se apenas com juízo de licitude, devendo haver, em verdade, prévio

---

natureza da interação – permanece sendo uma externalidade que deve ser internalizada. Há, de outro lado, uma infindável lista de externalidades que não comportam internalização. São ações ou omissões de algumas pessoas que prejudicam ou melhoram a situação, interesses ou bens de outras e que não devem ser compensadas. É também a convivência em sociedade que pressupõe a inexistência, neste caso, da obrigação de repor prejuízos ou restituir ganhos.(...) São outras externalidades negativas que não comportam internalização: o incômodo provocado pelo cheiro da tinta recém-usada na pintura do apartamento vizinho; a lentidão no tráfego nas proximidades de um shopping Center causada pelo excesso de veículos que nele entram e saem; os transtornos oriundos de greves legais; o desapontamento de não poder assistir ao filme porque a sala de projeções já está lotada pelas pessoas que chegaram antes. Nestes casos, os atingidos não têm direito à compensação pelo que sofreram em razão das condutas alheias. E são, enfim, exemplos de externalidades positivas igualmente não internalizáveis: a melhora do entorno urbano em decorrência da demolição de velho cortiço e construção, no local, de edifício de escritórios; a progressão na classificação num concurso ou em vestibular para ingresso em universidades pela desistência de alguém melhor posicionado; o surgimento da oportunidade de conquistar a pessoa amada em razão do divórcio dela. Nelas, quem se beneficia não está obrigado a compensar quem deu ensejo ao benefício.”

<sup>39</sup> Termo utilizado pelo legislador italiano, no artigo 2043 do Código Civil de 1942: “Qualunque fatto doloso o colposo, 28d28 cagiona ad altri há danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”

Disponível em: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc\\_italiano\\_\(em\\_italiano\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_(em_italiano).pdf)>. Acesso em: 04 maio 2015.

juízo de valor. Dito de outro modo: nem todo lícito merece tutela.<sup>40</sup>

No mesmo sentido posiciona-se Luís Manuel Teles de Menezes Leitão. Afirma que em termos naturalísticos, dano é a supressão de uma vantagem que o sujeito beneficiava. Contudo, essa noção não é suficiente do ponto de vista jurídico, tendo em vista que as vantagens que não são juridicamente tuteladas não são passíveis de indenização. Desse modo, o conceito de dano deve ser visto em sentido fático e normativo, traduzido na frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica.<sup>41</sup>

Não se pode ignorar, ainda, que, quando se fala em dano injusto invariavelmente surge a ideia do que seria, então, em contrapartida, o dano justo.

Pois bem. Por dano justo (em verdade, justificável<sup>42</sup>) entende-se aquele que não lesa interesse merecedor de tutela e, assim, deve ser suportado pela vítima.

Como exemplos temos as situações em que o empregado, por não atingir metas previamente estipuladas pela empresa em que trabalha, deixa de ser promovido; o ginasta que deixa de ganhar medalha de ouro em competição; a empresa que ganha licitação em detrimento das demais concorrentes; o dano causado em legítima defesa, desde que haja suficiência naquele para fazer cessar a agressão (ausência de excesso).

De se ver, portanto, que a noção de ato ilícito deu lugar à noção de dano injusto, a ponto de modernamente falar-se em “direito de danos” e não em “responsabilidade civil”. Ressaltamos, porém, que neste trabalho, seguindo a tradição doutrinária, nos valeremos da expressão responsabilidade civil.

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos, será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Podemos, pois, concluir que a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima

---

<sup>40</sup> PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais**. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 51.

<sup>41</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações - Vol. I**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2007. P. 333.

<sup>42</sup> SILVA, Roberto de Abreu e. A Teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, p.48, 2006.

do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano.<sup>43</sup>

## 3.2. Da classificação do dano e sua relação com a perda de chance

Rafael Henrique Renner analisa a classificação do dano comumente adotada pela doutrina tendo por base os critérios a seguir elencados<sup>44</sup>:

- segundo a índole da obrigação violada, pode ser contratual ou extracontratual;
- do ponto de vista dos resultados em que consiste o prejuízo, é dividido em patrimonial e moral;
- sobre o pressuposto da injustiça do dano, pode ser: antijurídico e justificado; justo e injusto;
- desde a perspectiva da certeza e suas diversas manifestações, pode ser: certo, eventual ou por perda de uma chance; emergente e lucro cessante; presente e futuro;
- de acordo com a relação de causalidade, pode ser: imediato, mediato, causal e remoto, individual ou coletivo; e
- em função da personalidade do dano, desde o ponto de vista da identidade das vítimas, é possível classificá-lo em próprio e alheio; individual e coletivo.

No que interessa, especificamente, ao presente trabalho, tecemos acima algumas considerações acerca da classificação relacionada à justiça do dano (dano injusto e dano justo), valendo, neste momento, iniciar o delineamento do tema central do estudo abordando a classificação do dano

---

<sup>43</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 119.

<sup>44</sup> RENNEN, Rafael Henrique. Notas Sobre o Conceito de Dano na Responsabilidade Civil. **Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p.107-108, jul./dez. 2012.

sob a perspectiva de sua certeza: dano certo, eventual ou por perda de uma chance.

Considera-se dano certo aquele que, de fato, ocorreu ou que existirá, com elevado grau de probabilidade, no futuro. Observados os requisitos da responsabilidade civil, é um dano ressarcível.

Dano eventual, de seu turno, é aquele que possui a característica de ser apenas imaginário, hipotético. Não gera indenização. É o exemplo do atropelado que ajuíza ação pleiteando pagamento de despesas com o curso superior de Medicina que deixou de fazer, quando, em verdade, sequer havia terminado o ensino médio que lhe daria o pré-requisito à disputa de uma vaga na universidade.

No meio termo entre o dano certo e o eventual situa-se o dano pela perda de uma chance. Quando nos deparamos com uma chance séria e real de obter determinado ganho ou de evitar um prejuízo e tal não ocorre em decorrência da conduta de alguém, vislumbra-se prejuízo que deve ser indenizado. Para tanto, porém, faz-se necessário que haja uma concreta e demonstrada relação entre a ação ou omissão do sujeito e a perda da chance.

A relação acima mencionada nada mais é do que o nexo de causalidade havido entre o dano (perda da chance) e a conduta humana.

Cediço que o nexo de causalidade é elemento intrínseco e inexorável quando nos debruçamos sobre o tema responsabilidade civil, é elemento igualmente importante quando estamos a falar da perda de uma chance.

Vera Lúcia Raposo, citada em julgado português que tratava da perda de chance no âmbito da responsabilidade do mandatário forense, salienta que a perda de chance não bole com a aferição do nexo causal, não o facilita nem flexibiliza, tampouco representa concepção parcial da causalidade. Em verdade, mantém o mesmo nível de exigência. O que ocorre é que, ao invés de o nexo causal ser aferido entre a conduta e um dano mais distante, passa a sê-lo entre a conduta e um dano mais próximo, praticamente antecipado em relação àquele. Dessa maneira, torna-se possível o estabelecimento de nexo causal em situações outras que não ocorreriam caso

tratássemos do aqui nominado dano mais distante.<sup>45</sup>

Estamos diante de mudanças de paradigmas da responsabilidade civil.

A principal delas diz respeito ao dano.

Enquanto no paradigma digamos, tradicional, era necessária a comprovação de um dano efetivo, mesmo quando diante de lucros cessantes, com o novo paradigma passou a ser possível a reparação quando o dano decorre da perda de uma chance, quando o dano a ser indenizável é a própria chance, que deve ser estabelecida a partir da probabilidade existente de obter a vantagem ou impedir o prejuízo.<sup>46</sup>

Em conclusão de raciocínio, nos é permitido dizer que a adoção da responsabilidade sem culpa, da teoria da perda de uma chance e da causalidade alternativa (sobre a qual nos debruçaremos no transcórre da presente dissertação) representam verdadeira subversão da responsabilidade civil tradicional, porquanto os seus requisitos iniciais não mais são imprescindíveis para a atribuição do dever de indenizar.<sup>47</sup>

Realçamos que a perda de chance existe e resta passível de aplicação independentemente da responsabilidade restar configurada como subjetiva ou objetiva. O que nos levou a discorrer algumas palavras sobre tais formas de responsabilidade foi a atenção e a preocupação reservada à figura da vítima existente na segunda e não evidenciada na primeira (mas que não significa, de qualquer forma, a não aplicação da perda da chance na responsabilidade subjetiva).

---

<sup>45</sup>2368/13.0T2AVR.P1.S1. Relator Gabriel Catarino. Sessão de 16/02/2016. [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>46</sup> CARVALHO, Daniela Pinto de. Thomas Khun e o novo paradigma da Responsabilidade Civil: Em Busca da reparação da perda de uma chance. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, v. 25, n. 158, p.292-313, mar-abr 2001.

<sup>47</sup> SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto; PAULINO, Daniella Bernucci. O Futuro da Responsabilidade civil. Análise do Rapport D'Information nº 558, submetido ao Senado Francês, e seus possíveis reflexos sobre o Direito Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte, v. 25, p.371-382, 2012.

## 4. Escorço Histórico da Teoria<sup>48</sup>

### 4.1. França

Diversamente do que a doutrina costuma apresentar<sup>49</sup>, a França, no final do século XIX, era muito resistente à reparação das chances perdidas, dado que aplicava sempre as regras mais estritas de reparação da responsabilidade civil, exigindo a demonstração da certeza do dano, ou seja, a prova da certeza do prejuízo alegado e ainda a prova da existência de um nexo causal ligando esse prejuízo ao ato imputável ao réu, o que gerava a rejeição dos pedidos de indenização.

Nesse sentido encontramos a menção ao julgado da Corte de Apelação de Limoges, ocorrido em 1896, em que foi indeferido o pedido indenizatório de um proprietário de cavalos em desfavor de uma companhia de transportes, em razão do animal não ter chegado a tempo para a participação em uma corrida. O argumento utilizado pela Corte foi o de que não cabia a indenização postulada sem a comprovação de que o cavalo, efetivamente, se sagraria vencedor.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Iniciamos o tópico esclarecendo a importância do Direito Francês e do Direito Italiano para o objeto de nossos estudos, considerando que tais ordenamentos, sobretudo por meio das decisões judiciais, constituem a gênese da perda de chance. Entretanto, a limitação de nosso conhecimento do vernáculo daqueles países nos permitiu, apenas, a tradução de alguns julgados relacionados no presente trabalho. Em relação à doutrina, porém, o receio de incidirmos em atrapalhadas considerações ao, eventualmente, imputar a determinado autor francês ou italiano assertivas não correspondentes à realidade de seus respectivos entendimentos, acabou por reduzir nossa pesquisa às informações trazidas por autores brasileiros, portugueses e espanhóis, os quais, vale dizer, acabam por fazerem referências uns aos outros, razão pela qual não obtivemos êxito na citação de muitos autores. Consignamos, ainda, a existência de pouquíssimos livros de autores brasileiros e portugueses acerca da teoria da perda de uma chance, sítios onde, em tese, seria natural encontrar referências históricas mais aprofundadas. Não obstante, a realidade assim não se mostrou, à exceção dos livros neste tópico mencionados. Encontramos, sim, muitos artigos abordando o tema (relacionados ao longo da presente dissertação), mas esses, talvez pela limitação do número de páginas, basicamente traziam a informação de que a perda de chance é originária do Direito Francês e foi disseminada a outros países.

<sup>49</sup> Gineviève Viney, Patrice Jourdain e Yves Chartier citados por Flávio da Costa Higa.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: A perda de uma chance no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.p.16.

<sup>50</sup> Henri e Leon MAZEAUD citados por Flávio da Costa Higa.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: A perda de uma chance no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.p.16

Outros exemplos de como os Tribunais Franceses, à época – final do século XIX - , devido à álea inerente ao interesse lesado, negavam as reparações pleiteadas podem ser citados: em razão da incerteza acerca do casamento a Corte de Apelação de Paris denegou o pedido de uma noiva, que havia ajuizado ação de reparação contra o responsável pela morte de seu noivo. Com o mesmo fundamento, em diverso julgado, declarou-se improcedente demanda formulada pelo pai de criança falecida em acidente, que buscava a indenização referente à assistência alimentar que seu filho lhe proporcionaria no futuro. Em outro exemplo, a vítima impossibilitada de explorar sua invenção patenteada, viu seu pedido ser declarado improcedente pelo Tribunal Civil de Oran, que considerou incerto e eventual o prejuízo alegado. A Corte de Cassação, de seu turno, entendeu pela improcedência do pleito de um diretor de teatro que buscava, em razão de acidente sofrido por um importante membro de sua equipe, indenização pelas perdas de receitas de seu espetáculo.<sup>51</sup>

Referidos julgamentos ignoram, por completo, a existência de um real interesse aleatório, que acaba sendo entendido como um interesse inexistente. Não se desconhece que o interesse em voga é uma possibilidade, mas é uma possibilidade de indiscutível aspiração da vítima, e que, por fato imputável a terceiro – réu – encontra-se frustrada. O Direito não pode, portanto, simplesmente fechar os olhos a essa realidade, tanto mais que a propensão atual da responsabilidade civil é conceder proteção às diversas espécies de expectativas legítimas das vítimas, incluindo, por óbvio, as expectativas aleatórias.

Pelas razões acima expostas, que transparecem o pragmatismo das decisões que julgavam improcedentes os pedidos de reparação, a técnica da necessidade de prova da certeza do prejuízo alegado foi deixando de ser aplicada, muito embora observemos que, ainda na atualidade, a técnica em comento é utilizada para negar reparações, agora, porém, sob uma nova roupagem, sob o critério que a jurisprudência convencionou chamar de “chance real e séria”.

---

<sup>51</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica.** São Paulo: Método, 2013. p. 82.

Tal elemento (chance real e séria) é o que distingue a perda de uma chance dos danos meramente eventuais ou hipotéticos impossíveis de reparação sob o atual ordenamento. É por meio da aferição da seriedade das chances perdidas que será possível a caracterização da responsabilidade civil nesta seara e a quantificação dos danos sofridos.<sup>52</sup>

Encontramos julgado de 2013, do Estado Brasileiro do Amapá<sup>53</sup>, em que negou-se a reparação a aluno que tivera diploma de curso de reciclagem de vigilante retido em virtude de pendência de pagamento. O Tribunal registrou que a retenção era conduta ilegal, mas que não caberia indenização a título de dano moral, porquanto o autor da ação não demonstrou a efetiva perda de uma chance (emprego) decorrente da ausência do diploma e, assim, não restou verificada ofensa a seus direitos da personalidade.

A reparação foi negada por ausência da prova da certeza do prejuízo alegado. Pensamos que, em consonância com os requisitos que ao longo do trabalho salientaremos necessários ao reconhecimento da perda de uma chance, a reparação deveria ter sido negada sob o fundamento de que não houve a demonstração de que a chance em voga era real e séria. O Tribunal exigiu, em outras palavras, que o aluno provasse que havia perdido determinado emprego por ausência do diploma.

Para que restasse configurada a perda da chance, entendemos que

---

<sup>52</sup> SILVA, Cássia Bertassone da. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance no Direito do Trabalho. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 24, n. 277, p. 15, jul. 2012.

<sup>53</sup> CONSUMIDOR. CURSO DE RECICLAGEM DE VIGILANTE. RETENÇÃO DO DIPLOMA. ILEGALIDADE. PRAZO PARA ENTREGA. EXIGUIDADE AFASTADA. DANOS MORAIS. AFASTAMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1) A retenção de diploma de aluno em virtude de pendência de débito é conduta ilegal, pois afronta o dispositivo contido no art. 6º da Lei nº 9.870/99, por eventual dívida, se houver, dever ser cobrada pelas vias legais. 2) O prazo estipulado para cumprir a obrigação de fazer de dez (10) dias não é exíguo, uma vez mesmo que a recorrente sequer demonstrou que a expedição depende de tempo mais elástico por exigência de eventual norma administrativa da Polícia Federal. 3) Dano moral: o autor não conseguiu comprovar a efetiva perda de uma chance (emprego) pela ausência do diploma, razão porque não se verifica que o fato noticiado tenha causado ofensa aos seus direitos da personalidade (honra, nome, imagem e intimidade). Assim, exclui-se o dano moral. 4) Recurso conhecido e provido em parte. AMAPÁ. RELATORA SUELI PEREIRA PINI. **Processo Nº 0038288-39.2012.8.03.0001**. Disponível em: <<http://app.tjap.jus.br/tucujuris/publico/jurisprudencia/index.xhtml>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

não haveria a necessidade de demonstrar a perda de um emprego específico, determinado, pois aí teríamos o prejuízo integral, dada a sua concretude.

Entendemos, sim, que o aluno deveria, para obter reparação pela perda da chance de obter emprego, demonstrar que tencionava candidatar-se ao emprego X, que o emprego X exigia o diploma retido, que buscou inscrever-se, mas a inscrição foi negada por ausência do diploma em comento, que havia poucos inscritos, que pelas regras de desempate do certame, em razão de seus outros títulos ou em razão de demonstração de experiência na área, teria grandes chances de obter o emprego. Em suma: teria, dessa forma, demonstrado que a chance era real e séria.

Anotamos, ainda, que a indenização foi negada com fulcro na inexistência de demonstração de ofensa aos direitos da personalidade, os quais dariam azo à indenização a título de dano moral. Sobre a natureza do dano da perda de uma chance (dano moral, dano emergente, lucro cessante, dano autônomo) nos deteremos ao longo do trabalho.

Voltando, porém, à elongação, apesar da mencionada aversão histórica da jurisprudência francesa ao reconhecimento do valor jurídico do interesse aleatório presente nas chances (até a década de 1930), o surgimento catalogado da teoria em apreço ocorreu, para parte da doutrina, a exemplo de Nuno Santos Rocha, Rafael Peteffi da Silva e Rui Cardona Ferreira, entre o final do século XIX e o início do século XX, quando a *Chambre des Requêtes de La Cour de Cassation* admitiu a indenização pela perda da oportunidade da parte (Caixa Comercial de Limoges) lograr-se vencedora em demanda judicial por obra de um *officier ministériel*<sup>54</sup> que agiu de maneira negligente.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> “Se, por um lado, ele se assemelha ao oficial de justiça, por deter o monopólio de certos atos oficiais, por outro, ele se parece com o advogado, por ser um profissional liberal contratado diretamente pelas partes, agindo em nome e por conta delas. Dessa peculiaridade decorre que as falhas por ele praticadas são imputadas a quem o contratou, e que, quando lesadas pelo *‘huissier’*, as partes têm o direito de pedir reparação diretamente a eles.”

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: A perda de uma chance no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.p.16

<sup>55</sup> ROCHA, Nuno Santos. **A perda de chance como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 24.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

Na hipótese, a Caixa Comercial de Limoges requeria que o *huissier* Rives, seu antigo mandatário, fosse condenado a repará-la, em razão da falha cometida por ele quando da realização de uma intimação, o que tornou nula apelação interposta pela Caixa, que buscava reformar julgado que lhe fora desfavorável em ação que a envolvia em pólo contrário ao de um antigo funcionário. A Corte de Cassação rejeitou a demanda ao argumento de que a decisão favorável ao antigo funcionário seria, de qualquer maneira, mantida em instância superior.<sup>56</sup>

Não obstante, para Daniel Carnaúba, a referência àquele julgado como sendo o exemplo mais antigo de utilização do conceito de dano pela perda de chance encontrado na jurisprudência francesa é absurda.

Fundamenta o adjetivo utilizado aduzindo que em referido julgado a reparação de chances sequer foi ventilada pelas partes envolvidas, tampouco pelos magistrados. Assinala que o julgamento valeu-se da técnica da presunção, com o emprego da presunção de fato.<sup>57</sup>

Destaca que, em verdade, a Caixa exigia que o *officier ministériel* a indenizasse de todo o valor da reparação. Postulava a reparação da própria vantagem aleatória não obtida e não a reparação das chances de obtê-la.

Com efeito, nos alinhamos ao pensamento de referido autor, na medida em que, se a Caixa pleiteava ser reembolsada, por seu antigo mandatário, do integral valor que despendera ao cumprir julgado que a condenara ao pagamento de certa quantia a seu antigo funcionário, em nenhum momento restou analisada a possibilidade de reparação à Caixa em razão da falta de oportunidade de ter seu apelo efetivamente apreciado pelas instâncias superiores em razão da falha do *huissier*.

De todo modo, em nossos estudos constatamos que Daniel Carnaúba foi o único autor que consignou o equívoco acima narrado, atribuindo sua existência à redação lacônica e pouco clara dada ao julgado, com o que

---

FERREIRA, Rui Cardona. **Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance**. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 113.

<sup>56</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013. p. 94.

<sup>57</sup> Sobre referida técnica tecemos maiores comentários no tópico relativo à Teoria da Causalidade Adequada.

achamos oportuno aqui também deixar o registro da divergência doutrinária.

A partir de 1932 a jurisprudência francesa passou a mudar o enfoque dado até então à matéria.

Em 3 de março de 1932 a Corte de Apelação de Aix confirmou a sentença proferida em primeiro grau, na qual o Tribunal Civil de Nice se afastava da tradicional técnica das presunções. Na hipótese, um advogado e um *huissier* deixaram transcorrer prazo recursal. O cliente prejudicado ajuizou, então, uma nova ação, desta feita contra os dois mandatários. Os juízes de primeiro grau entenderam que não cabia ao tribunal de primeiro grau fazer as vezes de tribunal superior, deliberando sobre como a Corte teria julgado caso o recurso tivesse, efetivamente, a ela chegado. Entenderam que a ação deveria ser analisada independentemente da decisão de primeira instância e de eventuais modificações que porventura ocorressem por ocasião da apelação. Ao final, o Tribunal condenou o advogado e o *huissier* a repararem um prejuízo moral sofrido pelo cliente prejudicado em razão da privação de seu direito de apelar.<sup>58</sup>

Note-se que, muito embora ainda tenham, segundo o nosso entendimento, equivocado-se quando à indenização a título de prejuízo *moral*, vislumbramos claramente o avanço em direção à perda de uma chance, posto que a reparação foi concedida em razão da privação de seu direito de apelar, ou seja, em razão da perda da oportunidade de recorrer.

Flávio da Costa Higa refere julgado, também de 1932, da Corte de Cassação, como sendo o primeiro a expressamente autorizar a reparação das chances perdidas, muito embora assinala que o mesmo não é muito comentado entre os que se debruçam sobre o tema, razão pela qual não é tido como o *leading case*.

À ocasião, um notário, Senhor Grimaldi, provocou um duplo prejuízo aos seus então clientes, o casal Marnier, em consequência de suas falhas e de sua conduta dolosa, que fez com que o casal perdesse a chance de adquirir o imóvel que desejavam e, ainda por cima, tivessem de arcar com o pagamento

---

<sup>58</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013. p. 101.

de despesas de diversos atos notariais. Ante tal quadro, o Tribunal de Aix condenou o Senhor Grimal a indenizar os prejuízos do casal Marnier.

Ao apreciar a apelação, a Corte de Cassação deixou indene que, em face das constatações e das declarações, o casal Marnier tinha perdido toda a chance de adquirir o imóvel que eles tinham em vista e que a decisão atacada (da Corte de Apelação) pôde atribuir, de forma correta, a responsabilidade ao Senhor Grimaldi e, em seguida, apreciar soberanamente o valor das perdas e danos que deveriam ser alocadas aos consortes Marnier. Foi negado provimento ao apelo contra a decisão de Aix.<sup>59</sup>

Registramos que, muito embora o julgado remonte à perda da chance de aquisição do imóvel, concede reparação por perdas e danos.

Em 1934 mais uma vez a Corte de Cassação apreciou o tema e concedeu reparação pela perda de chance. O caso resta assim condensado: no dia 25 de julho de 1926, um advogado havia sido encarregado de solicitar, em proveito do seu constituinte, Senhor Langlais, a renovação de um contrato de locação comercial de um imóvel, pertencente à viúva Chardon, que também era representada por um advogado. Tais advogados compareceram perante o presidente da segunda Câmara do Tribunal Civil de Sarthe para a tentativa de conciliação, que restou frustrada pelo fato de a viúva entender que possuía motivos legítimos para recusar a renovação.

A lei vigente à época prescrevia prazo de 15 dias, a contar do insucesso da composição, para que o locatário notificasse a locadora de uma demanda de indenização pela evicção. Na hipótese em comento, porém, o advogado só realizou a notificação seis dias após a expiração do prazo legal, não informou a ocorrência a seu cliente e ainda propôs a demanda de indenização por evicção, sem, mais uma vez, avisar ao Senhor Langlais que a ação corria o risco de sequer ser recebida, o que, de fato, ocorreu. A decisão que não recebeu a ação indenizatória condenou o Senhor Langlais ao pagamento das despesas processuais desde a primeira instância, bem como ao seu imediato despejo.

---

<sup>59</sup> HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil**: A perda de uma chance no Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012. p.22-23.

Nesse panorama, o senhor Langlais ajuizou demanda contra o seu até então advogado. A Corte de Angers entendeu inadmissível que o autor de uma falta (ex-advogado) sustentasse, a fim de se exonerar da responsabilidade por pretensão que ele havia deixado prescrever, que o resultado da ação era incerto, quando era precisamente por obra de sua falha que a existência e a medida dessa vantagem tornaram-se impossíveis de verificação. Salientou, ainda, que em todo caso havia uma certeza, a de que, intentada fosse a ação de maneira tempestiva, poderia ter resultado favorável ao passo que, intentada da maneira que o foi – intempestivamente – a certeza era outra, a da derrota.

O Caso chegou à Corte de Cassação e esta, em 1934, rejeitou o recurso do advogado, confirmando os fundamentos da Corte de Angers, dizendo, também, que a apreciação do montante da indenização estava submissa ao poder soberano dos juízes *a quo*. Uma nota anônima de comentário ao julgado alertava que a questão era muito mais delicada no que concernia ao prejuízo, pois nos casos de erros de advogados que atuam perante a segunda instância na França (onde a capacidade postulatória nas Cortes de Apelação, Conselho de Estado e Corte de Cassação não é concedida a qualquer advogado) ou de *huissiers*, a orientação jurisprudencial era no sentido de não conceder indenização por perdas e danos em razão da existência de alguma chance de êxito, em face do princípio da exclusão do dano hipotético. Mas o comentário encerra-se dizendo que é necessário reconhecê-lo nas hipóteses em que a Corte de Cassação flexibiliza o rigor do princípio.<sup>60</sup>

É possível dizer, portanto, que a reparação de oportunidades de êxito perdidas foi expressamente admitida pela Corte, sendo ainda viável destacar que a existência de orientação jurisprudencial em sentido inverso, fundamentada na exclusão do dano hipotético, serviu, na hipótese, para ser flexibilizada.

Nessa linha de raciocínio cremos seja possível reconhecer mais um avanço no tocante à admissão da teoria.

Seguindo em nossas pesquisas, encontramos referência ao julgado

---

<sup>60</sup> HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil**: A perda de uma chance no Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012. p.23-25.

de 19 de outubro de 1938, da Corte de Apelação de Limoges, em razão de uma ação movida contra um advogado que havia privado seu cliente do direito de interpor recurso extraordinário insurgindo-se contra decisão desfavorável. Os juízes de primeiro grau denegaram pedido de reparação, ao argumento de que era absolutamente impossível encontrar qualquer motivo que ensejasse a propositura de um recurso perante a Corte de Cassação. A Corte de Apelação de Limoges reformou a referida decisão, afirmando que esse exame e essa apreciação são de competência exclusiva da Corte Suprema; que as regras de organização judicial não permitem que uma jurisdição qualquer, Corte ou Tribunal, se pronuncie sobre pontos controversos que não são de sua competência, concluindo, assim, que o demandante havia sofrido um prejuízo que ensejaria seu direito à reparação e que esse prejuízo existe independentemente da maior ou menor chance de ter seu recurso apreciado pela Corte Suprema e de obter a reforma da decisão.<sup>61</sup>

Aqui, diversamente do anterior, o julgado sequer chegou a mencionar a natureza do prejuízo sofrido, mas afirmou o direito à reparação e consagrou esse direito independentemente da maior ou menor chance de provimento do recurso que não foi interposto, prestigiando, assim, a teoria da perda de uma chance.

Júlio Gomes alude à construção jurisprudencial que ditou os rumos da perda de uma chance no ordenamento francês, adicionando a ausência de surpresa nessa formatação, ao argumento de que a *<jurisprudência é o motor do desenvolvimento da responsabilidade civil em França, muito mais do que o legislador ou a doutrina>*.<sup>62</sup>

Referido país também foi o berço da utilização da teoria na seara da responsabilidade médica – perda da chance de cura ou de sobrevivência – palco das mais acirradas e contundentes críticas à teoria, mormente no que diz respeito à questão da prova no domínio da causalidade, tema sobre o qual nos

---

<sup>61</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013. p. 101-102.

<sup>62</sup> GOMES, Júlio. **Em torno do dano da perda de chance : algumas reflexões**. Ars iudicandi : estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves / organizadores Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho, José de Faria Costa. - [Coimbra] : Coimbra Editora, 2008. - 2.v., p. 301.

deteremos, em maior grau de detalhes, ao longo do presente estudo.

Por ora, destacamos dois casos julgados da década de 60 e que foram considerados revolucionários<sup>63</sup>, porquanto modificavam a regra do 'tudo ou nada' em termos de responsabilidade civil.

O primeiro diz respeito a erro de diagnóstico. Uma criança de oito anos sofreu uma queda e foi identificada uma fratura da extremidade inferior do úmero direito sem deslocamento. Outros médicos examinaram o infante, dada a permanência do quadro de dor, ocasião em que detectou-se, em verdade, ao invés da fratura do úmero, uma luxação no cotovelo. As sequelas da queda causaram ao menor invalidez parcial.

Em sede de apelação, os juízes de segundo grau entenderam que havia presunções suficientemente graves, precisas e concordes para admitir que a invalidez que acometia o menor era consequência direta da falha perpetrada pelo médico que primeiro atendeu a criança.

Assim, a Corte de Apelação de Paris, em 7 de julho de 1964, avaliou soberanamente as chances de cura subtraídas da vítima e concedeu-lhe, a título de indenização, conglobando todas as causas de pedir, o valor de 65.000 francos.

O segundo caso diz respeito a um marido que atribuiu a morte da esposa (ocorrida logo após dar à luz) à insuficiência e à extemporaneidade de cuidados empregados àquela por ocasião do combate a importante hemorragia uterina ocorrida após o parto.

A Corte de Apelação indicou as falhas atribuídas ao médico: saída prematura da clínica após um exame sumaríssimo de sua paciente, ausência de alerta à equipe para a possibilidade de hemorragia persistente, bem como sobre a necessidade da presença imediata de um médico à disposição, retardamento, após seu retorno à clínica, em proceder ao exame de coagulação sanguínea, de onde se originou uma aplicação tardia de fibrinogênio, o obstetra, nesta qualidade, não poderia ignorar a gravidade de

---

<sup>63</sup> René Savatier, citado por Flávio da Costa Higa.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: A perda de uma chance no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.p.29.

uma fibrinólise, mesmo subsequente a um parto normal, pois essa enfermidade era extremamente grave em 1958, antes de serem descobertos os medicamentos antifibrinolíticos e o réu não poderia esquecer da possibilidade de um tratamento substitutivo imediato que desse velocidade ao tratamento, permitindo a cura.

Diante das falhas acima elencadas, a Corte entendeu que a falecida foi privada dos cuidados a que tinha, contratualmente, direito de receber do profissional de sua confiança.

Se era verdade que não era possível estabelecer de modo peremptório o nexo causal entre as falhas identificadas na conduta médica e o resultado morte, havia presunções suficientemente graves, precisas e concordes para admitir que o falecimento da esposa do autor era consequência direta dos erros do médico.

Segundo o entendimento da Corte, seria lícito supor que, caso uma forte infusão de fibrinogênio e uma relevante transfusão de sangue tivessem sido feitas tempestivamente, a esposa do autor, a exemplo dos quatro quintos das vítimas de fibrinólise, teria sobrepujado a grave doença, porquanto nada autorizava dizer que a moléstia apresentava caráter de irreversibilidade.

Analisando, portanto, as chances de cura, concedeu-se ao filho da falecida, indenização de 30.000 francos.<sup>64</sup>

Rute Teixeira Pedro frisa que a unanimidade da doutrina francesa no que diz respeito ao assentimento da teoria em relação à figura em si e à generalidade de suas manifestações, não é observada no âmbito da sua aplicação no que concerne à responsabilidade no campo médico.<sup>65</sup>

Em relação à seriedade e à certeza da chance de obtenção do êxito esperado, mormente no que diz respeito à responsabilidade no âmbito do patrocínio judiciário, Rui Cardona Ferreira menciona a divergência jurisprudencial existente no Direito Francês.

Assinala que apesar de majoritário o entendimento daquele

---

<sup>64</sup> HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil**: A perda de uma chance no Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.p.26-29.

<sup>65</sup> PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico**. Coimbra: Coimbra, 2008. P. 193.

Judiciário no que atina à necessidade de comprovação de que a chance almejada era séria e certa, há entendimento defendendo a ideia de que o baixo grau de probabilidade de obtenção de uma decisão judicial favorável na ação primitiva não impede a atribuição de uma indenização ao cliente lesado, influenciando, apenas, no valor da indenização.

O argumento sustentado por essa minoria é o de que nenhuma ação judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendência processual é fator de pressão sobre a parte adversa.

Sugere parecer ser o acima mencionado entendimento minoritário o sustentado por Geneviève Viney/Patrice Jourdan, ao admitirem que haja lugar a indenização sempre que a improcedência da ação não fosse certa e que, nesta hipótese, o pagamento da indenização teria função de pena privada que poderia ser útil.<sup>66</sup>

## 4.2. Itália

Assim como na França, o surgimento da teoria fez-se, fundamentalmente, por via jurisprudencial<sup>67</sup>, razão pela qual reputamos relevante a menção aos entendimentos dos magistrados em tais países.

Sérgio Savi refere que, na Itália, o estudo do tema teve nascedouro em 1940, com Giovanni Pacchioni, professor da Università di Milano, em sua obra *Diritto Civile Italiano*, no bojo da qual, ao comentar casos de responsabilidade civil por perda de uma chance destacados na doutrina e jurisprudência francesa, o autor afirma que as vítimas, com certeza, teriam razão para se queixar. Não obstante, entendia controversa a afirmação de que elas teriam interesse jurídico para ajuizar ação reparatória, posto que não se poderia falar em dano certo. Dizia que *“uma simples possibilidade, uma*

---

<sup>66</sup> FERREIRA, Rui Cardona. **Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance**. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 116.

<sup>67</sup> FERREIRA, Rui Cardona. **Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance**. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 146.

*chance, tem sim um valor social notável, mas não um valor de mercado*".<sup>68</sup>

Destaca, ainda, que Adriano de Cupis, em 1960, por ocasião da publicação de seu livro *IL Danno: teoria generale della responsabilità civile*, foi o responsável pelo início da correta compreensão da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito Italiano, tendo conseguido visualizar um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente<sup>69 70</sup>.

Outras considerações importantes para a teoria em voga foram realizadas por Adriano de Cupis, a exemplo da afirmação de que a chance da vitória sempre terá valor menor que a vitória futura (causando reflexo no montante da indenização), bem como na afirmação de que nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis (esperanças aleatórias). Em relação ao *quantum* da indenização, afirma que ela deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz.

Apesar da expressiva evolução na doutrina italiana iniciada por Adriano de Cupis, Sérgio Savi assinala que a compreensão mais adequada da teoria em estudo teve ressonância, naquele país, com a publicação do artigo "*Perdita di una chance e certezza del danno*", de Maurício Bocchiola, em 1976, ocasião em que o então professor da Università de Milano chegou às seguintes conclusões: - não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo; - com o termo chance não se indica uma vantagem possível e, conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou a probabilidade de um resultado favorável e; - 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

---

<sup>68</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 8.

<sup>69</sup> "A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada."

<sup>70</sup> Adriano de Cupis, citado por SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

efetivamente existente; perda a chance, o dano é, portanto, certo.<sup>71</sup>

Destaca-se, assim, que o pensamento exarado pelo autor é exatamente o hoje observado por ocasião da aplicação da teoria.

Acrescentamos, hodiernamente, as discussões relativas à natureza da perda da chance (dano material – dano emergente, lucro cessante -; dano moral; dano autônomo) e as discussões relativas à sua quantificação (tema até discutido por Bocchiola, mas de forma incipiente – chance com probabilidade de sucesso superior a 50% poderia ser considerado dano certo e, portanto, indenizável).

Não obstante, essas discussões não retiram, em nosso entendimento, o vanguardismo das análises e conclusões levadas a cabo por Bocchiola.

Por vários anos a jurisprudência italiana afirmou que a chance era mera expectativa de fato, dano futuro hipotético e, assim, não passível de indenização.<sup>72</sup>

Piero Calamandrei, ao tratar da responsabilidade civil do advogado, também apresentou sua contribuição ao desenvolvimento do tema, ao propor métodos estatísticos para o cálculo da indenização<sup>73</sup>, os quais, muito embora tenham recebido diversas críticas<sup>74</sup>, têm o mérito de terem trazido à baila a admissão de que o dano deve ter, ao menos em regra, conteúdo patrimonial, coisa que até então a Itália não admitia.

Passou-se então a admitir tal reparação, introduzindo-a no conceito de dano emergente, exigindo em algumas situações probabilidade superior a 50% como prova da certeza do dano e exigindo, também, a liquidação desse prejuízo, partindo do dano final multiplicado pelo percentual de probabilidade de obtenção do resultado útil que restou frustrado pela conduta do terceiro.

Rute Teixeira Pedro nos informa que a perda de chance na Itália

---

<sup>71</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 12-18.

<sup>72</sup> Vide página 70 e nota de rodapé 115.

<sup>73</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 20.

<sup>74</sup> Vide Tópico 6.5 – Quantificação das chances perdidas.

teve especial incidência em situações relacionadas ao Direito do Trabalho.<sup>75</sup>

A primeira decisão favorável à indenização pela “*perdita di chance*” data de 1983, quando a seção laboral *della Corte di Cassazione* condenou uma empresa a indenizar alguns candidatos à obtenção de emprego pela perda dessa possibilidade, pois, apesar de terem participado das primeiras provas de seleção, foram ilicitamente impedidos de atender às provas subsequentes.<sup>76</sup>

A situação era a seguinte: uma empresa chamada ‘Stefer’ convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Após terem realizado diversos exames médicos, alguns candidatos foram impedidos, pela empresa, de prosseguir no certame, participando das demais provas necessárias à conclusão do processo de admissão.

O juiz de primeiro grau reconheceu o direito dos autores de serem admitidos sob a condição de que superassem as provas que não haviam feito. Condenou a Stefer a indenizá-los pelo atraso no processo de admissão.

O Tribunal de Roma reformou a sentença, ao argumento de que o dano decorrente da perda de uma chance não é indenizável, por se tratar de dano meramente potencial, não demonstrado de forma segura e, dessa forma, insuscetível de ser valorado.

A Corte de Cassazione reformou a decisão do Tribunal e confirmou a sentença de primeiro grau que havia reconhecido aos trabalhadores o dano da perda da chance, consistente na perda da possibilidade de conseguir o emprego, em razão de não terem feito as demais provas necessárias à admissão.

Entendeu a Corte que a indenização concedida aos candidatos ao emprego se refere não à perda do resultado favorável, que seria o emprego, mas à perda da possibilidade de conseguir o resultado útil, qual seja, o direito de participar das provas subsequentes necessárias para a obtenção do

---

<sup>75</sup> PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico**. Coimbra: Coimbra, 2008. P. 193-194.

<sup>76</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 20.

emprego. Esta possibilidade já existia no patrimônio dos candidatos ao emprego no momento do comportamento ilícito da Stefer e da lesão a seus direitos. Enquadrou o dano como emergente.<sup>77</sup>

Julgado italiano de 2003, em nítido avanço do entendimento anteriormente aqui ressaltado, assinala que o dano da perda de uma chance não é uma mera expectativa de fato, mas uma entidade patrimonial em seu próprio direito juridicamente independente.<sup>78</sup>

Rui Cardona Ferreira marca que <Em Itália, tal como em França, a aplicação jurisprudencial da perda de *chance* depende também largamente da *prudência* – para não dizer da *sensibilidade* ou da *subjectividade* – do julgador e da sua angústia perante a necessidade de encontrar uma solução que assegure ao lesado *algum* ressarcimento, nos casos em que o facto lesivo tenha contribuído para a produção do dano, mas não seja possível demonstrar, com segurança ou elevada certeza, que este não teria ocorrido sem a intervenção daquele.><sup>79</sup>

### 4.3. Espanha

Na Espanha, a teoria, que penetrou naquele ordenamento a partir do final dos anos 80, por obra dos Tribunais de Justiça, que a importaram, por sua vez, dos ordenamentos franceses e italianos, tem sido usada para suprir as dificuldades que surgem na demonstração do nexos causal, sendo utilizada largamente na responsabilização dos profissionais liberais.

Luis Medina Alcoz destaca que o surgimento e a consolidação da teoria da perda de oportunidade naquele país se deve a muitas razões, mas, sem dúvida, uma das mais importantes é a tomada de consciência,

---

<sup>77</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25-27.

<sup>78</sup> ITÁLIA. Corte di Cassazione Civile. II Sezione, 18/03/2003 Responsabilità civile e perdita di chance : breve storia di una lesione (in)visibile / [comentário de] Nicola Monticelli. La nuova giurisprudenza civile commentata, Padova, a.19n.6(Novembre-Dicembre2003), Parte prima, p.871-878

<sup>79</sup> FERREIRA, Rui Cardona. **Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance**. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 148.

relativamente recente no mundo do Direito, de que o conhecimento humano é imperfeito e limitado, e que só pode expressar-se em termos de probabilidade.

Revela, porém, que ainda hoje, na jurisprudência espanhola, encontramos exemplos de uma velha tendência que, longe de favorecer o manejo de técnicas de facilitação probatória, invocam a regra do livre arbítrio para exigir que os atos sejam demonstrados com toda certeza. Oriundo do pensamento ilustrado e positivista, esta postura goza ainda de apreço entre juízes e tribunais, que as vezes julgam improcedentes demandas indenizatórias por falta de comprovação de um nexo causal cuja existência era, na realidade, verossímil ou suficientemente provável.

A exigência dessa altíssima carga probatória é frequente, em particular, nas hipóteses de lucro cessante futuro em que o autor pugna pela reparação dos ganhos que teria obtido não fosse a ocorrência do ato ilícito.

Não obstante, de maneira gradual, a jurisprudência vem admitindo que é impossível assegurar com plena certeza a verdade das ações causais e que, conseqüentemente, a causalidade em que se acredita é, não a absolutamente certa, mas a razoavelmente provável.<sup>80</sup>

## 4.4. Outros Ordenamentos

---

<sup>80</sup> [Tradução nossa], no original: "(...) El surgimiento y consolidación de la teoría de la pérdida de oportunidad se debe a muchas razones, pero, sin duda, una de las más importantes es la toma de conciencia, relativamente reciente en el mundo del Derecho, de que el conocimiento humano es imperfecto y limitado y de que sólo puede expresarse en términos de probabilidad. (...) En España, todavía hoy la jurisprudencia ofrece ejemplos de esa vieja tendencia que, lejos de favorecer el manejo de técnicas de facilitación probatoria, invoca la regla del libre arbitrio para exigir que los hechos sean demostrados con toda certeza. Heredera del pensamiento ilustrado y positivista, esta postura goza aún de predicamento entre nuestros jueces y tribunales, que a veces desestiman reclamaciones indemnizatorias por la falta de acreditación de un nexo causal cuya existencia era, en realidad, verosímil o suficientemente probable. La exigencia de estos altísimos requerimientos probatorios es frecuente, en particular, en supuestos de lucro cesante futuro en que el actor solicita la reparación de las ganancias que habría obtenido de no haber mediado el hecho ilícito. Con todo, de manera gradual, la praxis jurisprudencial está admitiendo que es imposible asegurar con plena certeza la verdad del hecho causal; y que conseqüentemente, la causalidad acreditada es, no la absolutamente cierta, sino la razonablemente probable."

ALCOZ, Luis Medina. Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. **Revista de Responsabilidad Civil y Seguro**, Madrid, n. 30, p.36 e ss, abr-jun 2009.

Na Inglaterra surge o *leading case* em 1911, no caso Chaplin X Hicks, ocasião em que o English Court of Appeal concedeu reparação a uma candidata que perdeu a possibilidade de ser uma das vencedoras de um concurso de beleza por não ter sido notificada tempestivamente para a entrevista final.<sup>81</sup>

Em relação aos Estados Unidos, Rafael Peteffi Silva grifa a dificuldade do estudo do instituto da perda de chance em razão da possível diversidade encontrada na jurisprudência de vários Estados. Nada obstante, aponta que as jurisprudências de tais localidades deverão seguir um caminho de convergência conceitual.

Citamos o caso Hicks v. United States (1966), no qual se constatou conduta médica negligente e se procedeu à indenização da perda de uma possibilidade substancial de sobrevida.

Na situação um paciente – Hicks - procurou atendimento médico queixando-se de fortes dores abdominais, além de frequentes vômitos. Após dez minutos, o médico procedeu ao diagnóstico de gastroenterite, receitou alguns medicamentos e mandou o paciente de volta para casa. Ao voltar para casa, Hicks começou a vomitar e desmaiou, dali partindo para a morte, não tendo a unidade hospitalar conseguido reanimá-lo. O paciente sofria oclusão intestinal que foi mortal por não ter sido tratada a tempo. *La United Court of Appeals for the Fourth Circuit* estimou que a conduta médica foi negligente e

---

<sup>81</sup> (...) Así, la primera sentencia inglesa que indemnizó la pérdida de una chance, de 1911, en el asunto Chaplin VS Hichs, de la Court of Appeal: Un agente teatral convoco um concurso de belleza, com el compromiso de contratar como actrices durante tres años a las 12 candidatas que él eligiera entre las 50 más votadas por los lectores de um periódico, abonando 20 libras esterlinas mensuales a las 4 primeras, 16 a las 4 siguientes y 12 a las otras 4. La demandante fue una de las preseleccionadas, pero el agente no le comunico la fecha de lá entrevista personal prevista em las reglas del concurso, de modo que no fue uma de las 12 finalmente elegidas; y su demanda fue acogida com el reconocimiento de uma indemnización de 100 libras. La explicación técnica del caso es que la demandante tenía una posibilidad entre cuatro de ser escogida, por lo que esa chance debía dar lugar a la correspondiente indemnización. (...)"

ALCOZ, Luis Medina. Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. **Revista de Responsabilidad Civil y Seguro**, Madrid, n. 30, p.37-38, abr-jun 2009.

PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra Editora. 2008. p. 1103. Nota de rodapé 3103.

sacrificou uma oportunidade substancial de sobrevivência.<sup>82</sup>

Sublinhamos a informação de que, apesar de haver uma tendência à não aceitação da perda de chance na seara médica, a pacificação acerca de referida opção parece estar longe de ocorrer, na medida em que em Estados distintos daquele país, em um curto de espaço de tempo, situações idênticas receberam entendimentos absolutamente opostos.<sup>83</sup>

No Brasil, a teoria nos foi apresentada em 1990, por François Chabas, em palestra proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul<sup>84</sup>, local em que o Judiciário, nacionalmente reconhecido como vanguardista, passou a considerá-la em seus julgados.

Em Portugal não tivemos sucesso em identificar o período em que a teoria passou a ser reconhecida. Entretanto, verificamos que sua utilização, ao menos em comparação com o Brasil, é extremamente modesta. Apesar de encontrarmos autores que a sustentam<sup>85</sup>, em consulta à página eletrônica do Supremo Tribunal de Justiça, digitando o termo de pesquisa ‘perda de chance’, não encontramos mais que cinquenta julgados a tratar do tema.

É possível que o delineamento histórico apresentado no presente estudo esteja longo. Não obstante, entendemo-lo necessário justamente para

---

<sup>82</sup> [Tradução nossa], no original: “(...) Se refiere a um paciente que acudió al médico de la United States Naval Amphibious Base por sus frecuentes vómitos y su fuertes Dolores abdominales. Después de diez minutos, el doctor diagnosticó gastroenteritis, recetándole determinados medicamentos. De vuelta a casa, el paciente comenzó a vomitar, desvaneciéndose. El personal de la United no logró reanimarle. El fallecido sufría una oclusión intestinal que fue mortal por no tratarse a tiempo. La United Court of Appeals for the Fourth Circuit estimo que la conducta médica fue negligente y que sacrifique una oportunidad substancial de sobrevivencia (‘substantial possibility of survival’) (...)”

ALCOZ, Luis Medina. Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. **Revista de Responsabilidad Civil y Seguro**, Madrid, n. 30, p.38, abr-jun 2009.

<sup>83</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 189-190.

<sup>84</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 196. Nota de Rodapé 17.

<sup>85</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil - Responsabilidade Civil: O Método do Caso**. Coimbra: Almedina, 2006. P. 88 e seguintes.

PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico**. Coimbra: Coimbra, 2008. P. 179 e seguintes.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Em busca da chance perdida : o dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica**. Revista do Ministério Público, Lisboa, a.35, n.138(Abr.-Junho2014), p. 19.

consignarmos que o processo de evolução da teoria da perda de uma chance foi lento, porquanto, em linha de confluência, os avanços alcançados pela sociedade não se verificam de forma imediata, mas sim, realizados de forma vagarosa e gradual.<sup>86</sup>

Seguindo, e caminhando para o fim de nosso estudo pela gênese da teoria, ressaltamos que ela tem sido imposta também por organismos internacionais, como se observa no artigo 2.7 da Diretiva 92/13/CE, aprovada pelo Conselho das Comunidades Europeias (Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações).<sup>87</sup>

Outro exemplo de aplicação é demonstrado no artigo 7.4.3, segunda alínea, dos princípios relativos aos contratos comerciais internacionais, desenvolvidos pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT, onde há expressa referência à perda de uma chance.<sup>88 89</sup>

---

<sup>86</sup> BOECHAT, Bruna Couto. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4051, 4 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30568>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

<sup>87</sup> “ 7. Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação.” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31992L0013>>. Acesso em: 14 de setembro de 2015.

<sup>88</sup> ARTICLE 7.4.3 (Certitude du préjudice)

1) N'est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude. **2) La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation.**

3) Le préjudice dont le montant ne peut être établi avec un degré suffisant de certitude est évalué à la discrétion du tribunal.

Disponível

em:

<<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-french.pdf>>. Acesso em: 14 de setembro de 2015.

<sup>89</sup> Os Princípios do UNIDROIT asseguram às partes que tenham sofrido prejuízo com a inexecução do contrato, tanto parcial como total, o direito de reclamar as perdas e danos, salvo nos casos de força maior (como descrita no artigo 7.1.7) ou cláusula exoneratória de responsabilidade (artigo 7.1.6).

Destacamos, por fim, o artigo 163 da parte geral do projeto preliminar do Código Europeu dos Contratos.<sup>90</sup> Fazemos aqui a observação de

---

O princípio da compensação integral está previsto no artigo 7.4.2, que não só prevê a indenização sobre prejuízos materiais sofridos, mas também nos danos não-patrimoniais, conhecidos como danos morais. A parte (1) deste artigo estabilizou o princípio de que a parte prejudicada pela inexecução está autorizada a pedir a compensação pelo dano sofrido pelos resultados da inexecução e seus efeitos derivados. Além disso, afirma a necessidade de haver o nexo causal entre a inexecução e o dano. Na aplicação desse princípio a compensação total diz respeito a existência de algum dano como consequência da inexecução, incluindo aspectos monetários ocorridos entre o tempo da inexecução e o do julgamento. A parte (2) do artigo, regula a compensação de danos não-pecuniários (conhecido entre nós como danos morais), como por exemplo: sofrimento, perda de certo prazer pela vida, etc, como também danos resultantes de ataques à honra ou à reputação. [330]

Deste modo, para a compensação exige-se a certeza do dano, tratada nos Princípios do UNIDROIT no artigo 7.4.3, sendo esta uma exigência para que o dano seja reparado. Determina-se que a ocorrência do prejuízo seja razoavelmente certa, não hipótese e nem eventual. Contudo, permite-se a indenização da perda de uma oportunidade nas chances da sua realização. O tribunal deverá determinar o montante da indenização, com base na equidade, na medida em que não se tem a fixação com grau adequado de certeza.

Sobre a certeza do dano, Maristela Basso, menciona: "independentemente de ser "material" ou "moral", o dano deve ser certo. Na avaliação do *dano certo* pode entrar também a "oportunidade perdida" de realizar-se outro negócio, mais vantajoso. Esse é um dado importante a ser considerado. A tratativa que fracassa pode significar para uma das partes, a perda de outras possibilidades de negócios, iguais ou mais vantajosos.

Ainda nesta perspectiva, a perda razoável de oportunidade também é chamada de custo oportunidade, o que pesa na aferição do nível atingido pela negociação. Assim, quanto mais as tratativas avançaram considera-se maior o tempo e a energia despendidos pelas partes para a sua condução, sendo a probabilidade de perda de outros negócios maior, e o custo oportunidade também. Ao afirmar que o dano pré-contratual deve ser certo, isto significa que nem todo prejuízo será objeto de ressarcimento. Mas sim, de acordo com Maristela Basso, será compensado somente o que se denomina de interesse contratual negativo. Esse interesse contratual negativo, fundado na idéia da esperança frustrada de contratar, na conduta culposa de uma das partes, será avaliado da seguinte forma:

a) às despesas vinculadas à negociação, que a parte prejudicada não teria realizado se não tivesse intenção de levar a bom termo as tratativas; b) ao dano resultante da perda de razoável oportunidade, que poderia ter decorrido de outra negociação capaz de conduzir à conclusão do contrato; c) ao dano moral à reputação comercial ou industrial; d) àquele produzido pela violação de segredo de comércio ou indústria, que tenha sido revelado durante a negociação.

TOIGO, Daille Costa. Os princípios do UNIDROIT aplicáveis aos contratos internacionais do comércio. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2678, 31 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17715>>. Acesso em: 14 set. 2015.

<sup>90</sup> Art. 163 - Daño patrimonial resarcible. 1. El daño patrimonial resarcible comprende:

a) tanto la pérdida sufrida,  
b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia que puede considerarse -con certeza razonable- ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora.

que a perda da chance aparece integrada à noção de lucros cessantes, o que não nos parece adequado. Não obstante, referida integração não infirma a menção ao Código, que teve o interesse, ao menos, e só por isso merecedor de honra, de demonstrar a crescente adoção da teoria).

Observa-se, conseqüentemente, que a teoria da perda de uma chance tem sido aceita e aplicada tanto horizontalmente (vários países a adotam) como verticalmente (organismos internacionais)<sup>91</sup>, o que ressalta não só a importância como a inquietude do tema.

Acerca de uma das inquietudes, apontamos a análise do nexo causal, na medida em que, para o reconhecimento da perda de chance não há a necessidade, como ocorre na responsabilidade civil aqui chamada de tradicional, de relação linear entre a conduta ilícita praticada pelo agente e o dano experimentado pela vítima. Em verdade, sequer há essa possibilidade, uma vez que o dano considerado na perda de chance consiste na própria perda da oportunidade de alcançar resultado favorável ou de evitar prejuízo, em relação aos quais, de seu turno, sequer há a certeza de que ocorreriam.

O raciocínio acima nos traz a conclusão de que, na realidade, a inquietude diz respeito ao que se deva considerar dano e não propriamente o que se deve entender como nexo causal, ideia que desenvolveremos no trabalho.

No tópico seguinte nos inclinaremos ao estudo das tradicionais teorias acerca do nexo causal, das chamadas novas concepções de causalidade<sup>92</sup>, bem como analisaremos o grau de suficiência de cada uma delas a envolver a perda de uma chance. Após, examinaremos a possibilidade de utilização da chamada forma alternativa de causalidade, a causalidade presumida.

---

Disponível em: < [www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC](http://www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC)>. Acesso em: 14 set. 2015.

<sup>91</sup> ROCHA, Nuno Santos. **A perda de chance como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 30.

<sup>92</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 19.

## 5 – Sobre o nexo causal

Pode-se afirmar que o nexo causal é elemento caracterizador da responsabilidade civil, ou seja, a dogmática jurídica exige a comprovação da relação causal entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima para que seja efetivada a obrigação reparatória ou compensatória. Conseqüentemente, pode-se afirmar que a inexistência da comprovação do nexo causal acarreta, em sua amplitude, a frustração de qualquer intento reparatório.<sup>93</sup>

Várias teorias ergueram-se para cuidar da relação de causalidade existente entre a conduta e o resultado. Muitas delas difundidas pelo Direito Penal. Nos ateremos àquelas que mais instigam o Direito Civil.

Abordaremos as teorias tradicionais (equivalência das condições, causalidade adequada e dano direto e imediato) e, em seguida, teceremos algumas linhas acerca do que convenciou-se<sup>94</sup> chamar novas concepções de causalidade (causalidade alternativa e causalidade parcial), além da chamada causalidade presumida e suas relações com a teoria da perda de uma chance.

### 5.1 – Teorias

#### 5.1.1 – Equivalência das condições

É também chamada de teoria da equivalência dos antecedentes causais ou ainda da *conditio sine qua non*.

Segundo este critério<sup>95</sup>, uma ação seria considerada causa de um resultado sempre que, se não tivesse sido praticada aquela, este, o resultado,

---

<sup>93</sup> KÖHLER, Graziela de Oliveira. **Responsabilidade Civil Ambiental e Estruturas Causais: O problema do nexo causal para o dever de reparar**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 47.

<sup>94</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 19.

<sup>95</sup> Formulado pelo penalista alemão Von Buri em 1860.

Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa/Otávio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede, Maria Vital da Rocha coordenadores. TEPEDINO, Gustavo. **Nexo de Causalidade: Conceito, Teorias e Aplicação na Jurisprudência Brasileira**. São Paulo. Atlas. 2011. P. 109.

não se teria verificado.<sup>96</sup>

A fórmula da *conditio sine qua non* implica a utilização do processo hipotético de eliminação<sup>97</sup>, segundo o qual, subtraindo-se mentalmente a ação, indaga-se sobre a produção do resultado da forma como ocorreu. Nessa perspectiva, a conduta será considerada causa do resultado quando se puder afirmar que, sem ela, o resultado não teria acontecido. Isto significa dizer que a conduta não será considerada causa do resultado quando suprimida mentalmente não repercutir alterações na produção daquele.<sup>98</sup>

A aplicação desta teoria importa não diferenciar os antecedentes do resultado danoso, de maneira que tudo aquilo que concorrer com o resultado é considerado causa.

Daí o nome equivalência das condições, porquanto os fatores causais se equivalem, desde que tenham relação com o resultado.

É constantemente criticada, porquanto, se não sabemos, previamente e com exatidão, se determinado fato é a causa do dano, inócuo será o exercício mental de supressão sugerido.

Vem do Direito Penal, quando da análise da relação de causalidade que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado crime, a crítica mais ferrenha à presente teoria.

Guilherme de Souza Nucci, autor de Direito Penal, assinala que cuida-se de teoria cega, geradora de regressão ao infinito, colocando no nexos causal condutas que, dentro da lógica, são despropositadas, como a venda lícita de uma arma (poder-se-ia considerar causa do crime de homicídio até mesmo o momento de fabricação do artefato e assim por diante).<sup>99</sup>

Na órbita penal brasileira é esta a teoria adotada, a teor do que

---

<sup>96</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 53.

<sup>97</sup> Fórmula de Thyren.

<sup>98</sup> GALVÃO, Fernando. **Direito Penal - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 189.

<sup>99</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 148.

dispõe o artigo 13 do Código respectivo.<sup>100</sup> Contudo, limita-se esse exercício até o momento em que não mais se verifica dolo na conduta do autor.

De volta à verve civil, temos que o nexo de causalidade deve ser certo, na medida em que não é suficiente que a um dano coincida a ocorrência de culpa ou a existência de um risco. Coincidência não redundando em causalidade.

As críticas nesta seara, de seu turno, são igualmente fortes.

Com efeito, num primeiro momento, a utilização deste critério poderia gerar a ideia de favorecimento da vítima, diante da enorme gama de agentes imputáveis.

Em uma análise mais acurada, porém, referida aplicação poderia dar azo, no caso concreto, a diversas injustiças, justamente pelo que se convencionou chamar de regressão ao infinito ou, ainda, causalidade do universo.

Gustavo Tepedino menciona que a <inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade>.<sup>101</sup>

Diante das imprecisões acima delimitadas, a teoria em foco restou, de longe, abortada pelos estudiosos do Direito Civil.

## 5.1.2 – Causalidade Adequada

---

<sup>100</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 6 de maio de 2015.

<sup>101</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o Nexo de Causalidade. **Jurídica**, Rio de Janeiro, n. 296, p. 9, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.prto.mpf.mp.br/pub/biblioteca/NotasNexoCausalidade.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2015.

Aparece como uma tentativa de expurgar as imprecisões das quais padecem a teoria da equivalência das condições, na medida em que, muito embora continue a existir relação entre uma pluralidade de causas e o resultado danoso, aqui a ideia é a de que, dentro dessa abundância causal, apenas aquela que for considerada, no dizer da teoria, adequada, será efetivamente tida como causa do evento danoso.

Essa adequação da causa é observada sob a ótica da normalidade das situações, da experiência prática e científica hodierna.

Em outras palavras: para que uma causa seja considerada adequada deverá ser, abstratamente, e segundo uma apreciação probabilística, apta à efetivação do resultado.<sup>102</sup>

Assim, nem todas as condições serão consideradas causas do evento, apenas aquela mais apropriada à sua produção, aquela que apresenta juízo razoável de probabilidade, aferível em situação concreta.

Esta teoria é expressamente adotada pelo Direito Argentino, consoante se verifica no artigo 906 de seu Código Civil.<sup>103</sup>

É também adotada, de forma praticamente unânime<sup>104</sup>, pelo Direito

---

<sup>102</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil - 3**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 137.

<sup>103</sup> Art. 906. En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)

Disponível em <[http://www.codigocivilonline.com.ar/codigo\\_civil\\_online\\_896\\_943.html](http://www.codigocivilonline.com.ar/codigo_civil_online_896_943.html)>. Acesso em: 08 maio 2015.

<sup>104</sup> “Tal conclusão não pode, porém, acompanhar-se sem uma explicação adicional e sem uma ressalva, dado que, na sua formulação literal, aquele preceito se limita a estatuir que *‘a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão’*. Ao menos *prima facie*, portanto, dir-se-ia que o nosso CC teria consagrado antes a teoria da *condition sine qua non*, ainda que balizada ou mitigada pela introdução do advérbio *provavelmente*.

Torna-se necessário, na verdade, recorrer ao elemento histórico da interpretação jurídica, para alcançar a justificação do entendimento expresso pelos Autores. Deve reter-se, pois, que o antecedente legislativo é, neste particular, o artigo 707° do CS, segundo o qual *‘só podem ser tomados em conta de perdas e danos, as perdas e danos, que necessariamente resultam da falta de cumprimento do contrato’*. Este preceito segue, como é patente, a tradição napoleônica de tratar a causalidade a respeito da responsabilidade contratual, tendo o advérbio *necessariamente* o sentido de restringir o alcance excessivo da teoria da *conditio sine qua non*, da mesma forma que o artigo 1151° do CCRr. Qualifica a relação de causalidade

Português, no artigo 563 de seu Código Civil.

Pedro Romano Martinez refere que a teoria apresenta-se como uma solução plausível do ponto de vista da demonstração deste pressuposto (nexo causal). Assinala que <ao lesado basta a prova da probabilidade da adequação causal. Ou seja, não tem de se fazer prova de que efectivamente o dano foi causado pelo facto; basta demonstrar, nomeadamente recorrendo a regras estatísticas ou de normalidade social, que aquele facto provavelmente teria causado o dano. Não fora este mecanismo, e a prova do nexo causal seria uma *probatio diabólica*.><sup>105</sup>

Aplicando-se a teoria à realidade prática vivenciada pelos Tribunais de Justiça, temos o clássico exemplo do advogado que perde o prazo para recorrer de sentença que proferiu resultado desfavorável a seu cliente. Se o julgado de primeira instância apresentou argumentos sem a ocorrência de erro palmar na qualificação jurídica dos fatos, que pudesse efetivamente ser reformado pelo Tribunal de Justiça, não há que se falar em causa adequada da omissão de recorrer para o resultado danoso decorrente da decisão contrária ao intento do cliente do causídico.

---

juridicamente relevante como *imediate e directa*. Como assinala, todavia, ANTUNES VARELA, o artigo em causa, se interpretado literalmente, (...) *limitaria a indemnização àqueles danos que constituíssem uma consequência fatal, necessária, inevitável, do não cumprimento da obrigação – critério que reduziria injustamente a reparação a cargo do inadimplente a um número reduzidíssimo de prejuízos*’.

Terá sido por oposição ao advérbio *necessariamente* que veio a ser adoptada, sob a influência manifesta do pensamento de PEREIRA COELHO, a fórmula que ficou a constar do artigo 563º, embora tendo em vista a consagração da teoria da causalidade adequada. Com efeito, salientando a importância da finalidade da reconstituição da situação actual hipotética, este último Autor afirma, já em 1950, que é nela que reside a chave da questão do nexo de causalidade na responsabilidade civil, ficando o lesado ‘(...) *obrigado a reparar* aqueles prejuízos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse o facto’. Ora, segundo acrescenta ainda PEREIRA COELHO, ‘(...) *isto conduz-nos em linha recta à doutrina chamada da causalidade adequada* (...)’

Dada a explicação, importa ainda deixar aqui a ressalva que nos parece necessária. É que, se a fórmula adoptada naquele preceito legal, não é, em si mesma, inequívoca quanto à consagração da doutrina da *causalidade adequada*, embora se possa ainda entender ter sido essa a intenção do *legislador* – ou, objectivamente, da lei -, o certo é que não comporta elementos suficientes para se concluir no sentido de uma opção pela formulação positiva ou pela formulação negativa daquela teoria.”

FERREIRA, Rui Cardona. **Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance**. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 303.

<sup>105</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações: Programa 2010/2011 Apontamentos**. 3. ed. Lisboa: Aafdf, 2011. P. 130.

L. P. Moitinho de Almeida defende, independentemente da eventual alegação de possibilidade de êxito recursal, que o advogado que não interpõe inconformismo de decisão desfavorável não comete qualquer ilícito, pois ele, como técnico, é quem deve decidir, ponderando as circunstâncias do caso concreto, acerca da necessidade ou não da postulação em superior instância.<sup>106</sup>

Cabe aqui a referência de que, para análise dessa ausência de erro grosseiro por parte do julgador de primeiro grau, há a correlata necessidade de efetiva reavaliação daquela primeira sentença. O juiz de segundo grau fica obrigado, por conseguinte, a realizar uma representação ideal do que teria acontecido no processo, caso o recurso tivesse sido, de fato, interposto. É a precisa definição da locução cunhada ‘juízo dentro do juízo’, ‘*trial within the trial*’ ou ‘*procés-dans-le-procés*’<sup>107</sup>.

Dito de outro modo: o curso dos acontecimentos que é preciso imaginar para averiguar se houve conexão causal é aqui o curso desse procedimento jurisdicional que não chegou a começar; e o grau de probabilidade de que o agente danoso pudesse ter sido causante do dano é o grau de prosperabilidade do recurso que não chegou sequer a plantear-se.<sup>108</sup>

Esse “juízo dentro do juízo” nada mais é, ao nosso visor, do que a técnica da presunção adotada pelos Tribunais Franceses em momento anterior à adoção da reparação em face da perda de oportunidade de obtenção de uma vantagem esperada.

A técnica em comento sofre ressalva do autor Daniel Carnaúba, que começa sua digressão citando o artigo 1349 do Código Civil Francês, o qual, de seu turno, verbera que “As presunções são as consequências que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido a um fato desconhecido”.

---

<sup>106</sup> ALMEIDA, L. P. Moitinho de. **Responsabilidade civil dos advogados**. Coimbra. 2.ed. 1998. P. 89.

<sup>107</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2ea6cbfdad96784b80257f5b0054287c?OpenDocument>. Acesso em: 11 de abril de 2016.

<sup>108</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2ea6cbfdad96784b80257f5b0054287c?OpenDocument>. Acesso em: 11 de abril de 2016.

Assinala a distinção entre a presunção de fato e de direito, afirmando que ambas buscam contornar incertezas, de modo que a existência de um fato desconhecido é sustentada a partir de outro fato ou conjunto de fatos cuja existência é certa, não duvidosa.

Contudo, enquanto as presunções de direito decorrem expressamente de mandamento legal, as presunções de fato decorrem da prudência do magistrado e de seu poder de apreciação dos fatos que lhe são trazidos à análise.

Refere que a aplicação da técnica de presunção aos casos de lesão a interesses aleatórios é intuitiva, pois, por meios indiretos, o juiz pode determinar se, na ausência do fato imputável ao réu, a vítima teria ou não alcançado o resultado almejado.

Informa que a adoção das presunções só tem cabimento quando presentes elementos suficientemente precisos e concordantes, demonstrando a verossimilhança do fato presumido.

Nos casos de lesão a interesses aleatórios, isso ocorre quando as probabilidades de realização do evento favorável forem excepcionalmente grandes, a ponto de, sem a necessidade de recorrer-se a adivinhações, considerar a vantagem como certa. Ou na hipótese inversa, quando as chances da vítima eram tão pequenas que podem ser ignoradas.

Pondera, porém, que tal convergência nem sempre pode ser retirada do conjunto probatório que se apresenta à análise do magistrado, com o que entende se veja impedido o juiz de valer-se das presunções para dissipar a incerteza.

Critica a técnica de maneira veemente ao dizer que ela incentiva os magistrados a desfazer o acaso, o que somente pode ser empreendido quando estes lançam mão de sua fantasia e autoritarismo. Cita exemplos: o magistrado está realmente em posição de afirmar qual seria a nota do candidato no concurso? Pode ele descartar a vitória do cavalo, sem que a competição tenha ocorrido? Poderia o juiz afirmar que o paciente estaria curado, quando a própria ciência médica jamais ousaria fazê-lo?

Segue em seu ponto de vista afirmando que pela via das presunções

o juiz, ao invés de admitir sua incerteza, elimina-a do plano jurídico, ofertando sua resposta à questão quimérica: “qual seria o resultado da chance perdida?”.

Por fim, advoga a tese de que a presunção pode efetivamente resolver alguns casos de lesão a interesses aleatórios, mas não todos, porquanto, na maioria das vezes não há indícios suficientemente fortes e concordantes para que o juiz admita uma presunção, nem no sentido da suposta obtenção da vantagem, nem no sentido inverso. Entende, assim, que a incerteza não pode ser neutralizada por este método.<sup>109</sup>

Sob o nosso ponto de vista, antes de nos posicionarmos acerca dos comentários do autor em referência, registramos que partimos da premissa de que toda a construção argumentativa daquele doutrinador girou em torno do momento jurisprudencial que majorava nos Tribunais Franceses antes do reconhecimento da reparação pela perda de uma chance.

Desse modo, aquele país valia-se das técnicas de presunção não para reconhecer a existência certa de uma chance de obtenção de ganho que fora frustrada por ato de terceiro, mas para negar a integral reparação decorrente da perda sofrida pelo requerente.

Visto por este prima, realmente não nos parece razoável a adoção da técnica de presunção.

Contudo, se a analisarmos dentro da teoria da perda de uma chance, mormente quando delineada, como de fato o é, nos moldes do que chamamos de chances sérias e reais, comungamos do entendimento de que é, sim, plenamente aplicável.

A teoria da perda de uma chance não significa a banalização da responsabilidade civil, e não se visa reparar toda e qualquer chance aparentemente perdida. Indenizável será apenas a chance perdida que possa ser caracterizada como séria e real; este é o limite da responsabilidade por perda de uma chance.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 922, p. 139-171, ago. 2012.

<sup>110</sup> ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 108, n. 416, p.497-508, jul/dez 2012.

Assim, não vemos como dissociar o que se deve entender por chance séria e real da técnica da presunção e, por conseguinte, do juízo sobre o juízo. Isso porque a presunção e a análise do juízo sobre o juízo<sup>111</sup> têm o condão, justamente, de analisar o grau de probabilidade de êxito da vítima caso não tivesse havido, no curso causal dos acontecimentos, a intervenção de terceira pessoa.

Voltando, não obstante, ao tema deste tópico propriamente dito, e pedindo vênias pela abertura do longo parêntesis acima explicitado, conquanto seja considerada um avanço em relação à teoria da equivalência das condições, não é a teoria da causalidade adequada imune a críticas, que se circunscrevem, fundamentalmente, a três aspectos.

O primeiro é relacionado, nas palavras de Rui Cardona Ferreira, à impureza ou miscigenação entre elementos objetivos e subjetivos. Isso porque faz apelo a um padrão médio de previsibilidade e admite o recurso aos conhecimentos ou capacidades específicos do agente concretamente considerado. Inapta, pois, em situações de responsabilidade objetiva.

A segunda crítica, também pontuada pelo autor em referência, diz respeito à ausência de lastro normativo da teoria, que acaba por não fundamentar normativamente o grau de previsibilidade ou de probabilidade exigível, não tendo também em conta a finalidade ou a *ratio* das normas, ou alcance dos deveres, cuja violação desencadeia a responsabilidade em causa.

E, por fim, a terceira crítica está ligada à teoria da equivalência das condições, porquanto, sendo a presente uma evolução daquela, ainda guarda pontos de contato, sofrendo, assim, as mesmas críticas que a primeira no que diz respeito à restrição, em alguns grupos de casos excessivamente, a

---

<sup>111</sup> Referimos julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, em que negou-se o reconhecimento da teoria da perda da chance a autor que ajuizou ação em desfavor de advogado, ao argumento de que este não recorreu da sentença proferida em primeira instância que lhe foi favorável. O Tribunal de Justiça entendeu que a probabilidade de reforma da sentença de improcedência primeva era muito remota, o que fez, por certo, analisando o mérito, em franco juízo sobre o juízo.

(AP 0007384-02.2014.827.0000, Rel. Des. MAYSA VENDRAMINI ROSAL, 1ª Câmara Cível, julgado em 02/03/2016). Disponível em [www.tjto.jus.br](http://www.tjto.jus.br)

possibilidade de imputação do dano ou resultado do agente.<sup>112</sup>

Sérgio Ramos Cardoso entende que a teoria da causalidade adequada confere alguns elementos de justificação à teoria da perda de chance, mesmo não sendo capaz de justificá-la por inteiro. Sinala que as duas teorias valem-se da probabilidade na apreciação da causalidade. Não obstante, na perda de chance a probabilidade é tida como um valor em si mesmo, ao passo que na causalidade adequada ela só é utilizada como forma de alcançar a certeza considerada indispensável.<sup>113</sup>

### 5.1.3 – Causalidade direta e imediata

Diante dos transtornos anteriormente expostos (teoria da equivalência das condições e teoria da causalidade adequada), elaborou-se construção evolutiva nominada teoria da relação causal imediata, do dano direto e imediato ou da interrupção do nexa causal.

Sob este prisma, o dever de indenizar exsurge da ligação direta, imediata e nítida entre o fato danoso e o efeito por ele produzido. Portanto, confirmar o nexa causal implica na necessidade de o dano advir do ato ilícito ou da atividade objetivamente considerada.<sup>114</sup>

Causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata.<sup>115</sup>

É a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro, que em seu artigo 403 verbera: <Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e

---

<sup>112</sup> FERREIRA, Rui Cardona. **Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance**. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 306.

<sup>113</sup> CARDOSO, Sérgio Ramos. **Responsabilidade civil da administração pública: do dano material à perda de uma chance: hipóteses de cabimento** / Sérgio Ramos Cardoso ; orient. J. M. Sérvulo Correia. - Lisboa : [s.n.], 2009. - 131 f. ; 30 cm. - Tese de mestrado, Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2010

<sup>114</sup> ROSSI, Júlio César; ROSSI, Maria Paula Cassone. **Direito Civil - Responsabilidade Civil - Volume 6**. São Paulo: Atlas, 2007. P. 60 (Leituras Jurídicas).

<sup>115</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil - 3**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138.

danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual<sup>116 117</sup>

Observa-se que a presente teoria também trabalha com a ideia de várias causas possíveis à produção de um resultado especificamente danoso à vítima e com a ideia da condição *sine qua non*. Não obstante, o diferencial em relação às anteriores reside no fato de que, neste conceito, o resultado deve apresentar-se como consequência direta da ação ou omissão do agente.

Não se pode descurar, lado outro, que, quando se analisam as causas ligadas a um evento danoso, nos deparamos com aquelas sucessivas,

---

<sup>116</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 08 maio 2015.

<sup>117</sup> Segue julgado do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando a aplicação da teoria do dano direto e imediato para isentar o Estado de responsabilidade por morte decorrente de disparo de arma de fogo efetuado por menor evadido, uma semana antes dos fatos, de estabelecimento destinado ao cumprimento de medida de semiliberdade:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DECORRENTE DE "BALA PERDIDA" DISPARADA POR MENOR EVADIDO HÁ UMA SEMANA DE ESTABELECIMENTO DESTINADO AO CUMPRIMENTO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMI-LIBERDADE. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE.

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

2. "Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves).

3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado (que propiciou a evasão de menor submetido a regime de semi-liberdade) tenha sido a causa direta e imediata do tiroteio entre o foragido e um seu desafeto, ocorrido oito dias depois, durante o qual foi disparada a "bala perdida" que atingiu a vítima, nem que esse tiroteio tenha sido efeito necessário da referida deficiência. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes de ambas as Turmas do STF em casos análogos.

4. Recurso improvido.

Resp 858511/DF

Disponível

em

<

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=dano+direto+e+imediate+e+responsabilidade+e+preso&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 22. maio 2015.

concomitantes e até mesmo com as chamadas estranhas (caso fortuito, fato exclusivo da vítima ou fato exclusivo de terceiro).

O estudo de todas elas nos proporciona implicações diversas no tocante à responsabilização do agente causador do dano e intrinsecamente relacionadas à teoria ora evidenciada.

Rafael Peteffi da Silva, citando Fernando Noronha, traz-nos à baila, a título de causa sucessiva, o exemplo da pessoa que é ferida em acidente de trânsito e, ao ser socorrida, vem a morrer em um acidente posterior, porque o veículo em que é transportada se precipita dentro de um rio que não é fundo. Todos os ocupantes do veículo se salvam, menos essa pessoa, pois não poderia locomover-se por causa das lesões sofridas no primeiro acidente. Temos aqui dois acidentes e duas causas concorrentes, mas independentes, dado que o segundo acidente não pode ser considerado consequência adequada do primeiro, que se somam para produzir o evento danoso.

Desse modo, no exemplo mencionado, pela morte só poderá responder civilmente aquele que deu causa ao capotamento do carro (segundo acidente), caso não seja reconhecida alguma excludente em seu favor. O causador do primeiro acidente, com seu comportamento, não determinou, como efeito direto e imediato, a morte da vítima, mas sim, a lesão corporal inicial, devendo, pois, apenas por esta responder.

Segue mencionado autor esclarecendo, no tocante às causas concomitantes, a aplicabilidade do artigo 942 do Código Civil<sup>118</sup>, que diz respeito à solidariedade. Menciona a hipótese de dois rapazes que, conjuntamente, empurram um desfeto escada abaixo, sofrendo, este, graves danos.

Essa observação é de grande importância pelo fato de que incumbir ao magistrado a identificação de apenas uma causa seria obrigá-lo a proferir

---

118 “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 08 maio 2015.

decisões aleatórias em algumas circunstâncias excepcionais, o que desvirtuaria totalmente o objetivo das teorias. Portanto, haverá hipóteses em que mais de uma condição poderá se amoldar aos requisitos acima elencados, ensejando, por conseguinte, a responsabilização de todos os agentes causadores (existirá mais de uma condição necessária).<sup>119</sup>

Sérgio Cavalieri Filho assinala que há hipóteses em que, entre várias causas concomitantes, apenas uma será a causa adequada e imediata, como na situação da parturiente que teve a ruptura de um aneurisma cerebral, acarretando a sua morte. Destaca que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou improcedente pedido de indenização aforado pelo marido da paciente em desfavor da maternidade que realizou o parto, ao argumento da inexistência de relação de causalidade entre a morte da paciente e a parição. A ruptura do aneurisma, embora concomitante ao parto, é causa absolutamente independente.<sup>120</sup>

Em relação às causas estranhas, insta mencionar, sobre o fato de terceiro, que o mesmo é exortado da responsabilidade apenas quando se elimina totalmente a relação de causalidade ocorrida entre o dano e o desempenho do suposto autor.

Logo, há situações (concorrência causal) em que o terceiro não é isento de responsabilidade e aí temos a aplicação do já mencionado artigo 942 do Código Civil (solidariedade), lembrando sempre de que quando a responsabilidade é contratual há relativização desta premissa, posto que a solidariedade não se presume, sendo, neste caso, cada devedor responsável por sua cota de participação no evento danoso.

O mesmo se diga em relação ao fato da vítima e mesmo em relação às categorias de caso fortuito e/ou força maior<sup>121</sup>, os quais podem implicar

---

<sup>119</sup> PEREIRA, Flávio Cabral Fialho. Análise da Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, MG, v. 28, n. 178, p. 164, jul./ago. 2014.

<sup>120</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 63-64.

<sup>121</sup> Desperta, ainda, na doutrina e jurisprudência, acirrada discussão acerca da distinção entre esses institutos. Pablo Stolze e Rodrigo Pamplona assinalam, entre as definições com as quais mais nos identificamos, que “Sem pretender pôr fim à controvérsia, pois seria inadmissível a pretensão, entendemos, como já dissemos alhures, que a ‘característica básica da força maior

completa e irrestrita excludente de causalidade em relação ao ato do agente ou podem, ainda, sendo causa concorrente, servir como atenuantes de responsabilidade (reparte-se o ônus proveniente da situação danosa, não necessariamente em frações iguais, mas correspondentes à intensidade da culpa).

Infeliz, mas costumeiramente, nos deparamos, em todo início de ano, no Estado do Rio de Janeiro, com chuvas torrenciais que acabam causando deslizamento de terra, os quais, por sua vez, dão causa a soterramento de casas, mortes e ferimentos sem fim.

Nesse panorama, havendo ação de responsabilidade civil contra o Estado aforada por um desses moradores que perdeu algum parente ou mesmo que teve dano material em razão de mencionado deslizamento, é de se considerar, em nosso entendimento, a concorrência de causas entre o fato da vítima (que, sabendo habitar área de risco, lá permanece) e culpa da administração (omissa na fiscalização e na contenção de encostas). Entendemos, na hipótese em específico, restar também caracterizada a força maior como causa concorrente, por tratar-se de fato, embora previsível (como dito, as chuvas acontecem todos os anos, na mesma época e sempre com intensidade elevada), inevitável.

Referida concorrência de causas origina, em nossa concepção, diminuição da porcentagem da indenização a ser paga pelo Estado.

É bem verdade que em pesquisa jurisprudencial ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro encontramos, na maioria esmagadora

---

é a sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto pelos cientistas); ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na sua imprevisibilidade, segundo os parâmetros do homem médio. Nessa última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo).” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil - 3.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 159.

Acerca do tema, em verdade, a par das discussões acerca da diferença conceitual entre caso fortuito e força maior, o que se tem como certo é que o tratamento dado aos dois institutos é o mesmo. São elencados, inclusive, em um mesmo dispositivo do Código Civil Brasileiro e não é imposto o ônus de referida diferenciação a qualquer das partes, pelo que entendemos inócua tamanha discussão.

dos julgados, o entendimento de que a responsabilidade é do Estado (objetiva), em razão de seu comportamento omissivo em promover a correta fiscalização das construções e a contenção das encostas.<sup>122</sup>

Contudo, não encontramos, consoante entendimento que aqui sustentamos, o registro da concorrência de causas pelo fato da vítima, por exemplo, residir em área de risco, despida do documento oficial necessário demonstrativo de que a obra (residência) foi realizada em conformidade com a legislação urbanística e ambiental, longe de faixas marginais dos rios sujeitas a inundações, bem como fora de áreas de preservação ambiental e de áreas de preservação permanentes ('Habite-se').

Tal comportamento da vítima, em nosso ponto de vista, deveria ser considerado para o fito de diminuir a indenização do Estado.

O único julgado por nós encontrado que faz referência ao comportamento do ofendido o fez para reformar a sentença do juiz de primeiro grau que julgara improcedente o pleito indenizatório justamente por este comportamento (residir em área notadamente de risco).<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Apelações Cíveis 0004477-75.2011.8.19.0002; 0000737-59.2009.8.19.0009; 1010930-69.2011.8.19.0002; 0022514-02.2013.8.19.0061; 0114270-80.2010.8.19.0002; 0017646-17.2011.8.19.0007; 1014760-43.2011.8.19.002; 0071757-11.2009.8.19.0042; 0004213-55.2008.8.19.0037; 0257108-49.2010.08.19.0001.

Disponível em [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)

<sup>123</sup>

Calha aqui o registro de nosso entendimento, muito embora não seja o foco do presente trabalho, de que a responsabilidade do Estado, por omissão, é subjetiva e, por isso, ao nosso visto, caberia a concorrência de culpa com a vítima.

Não é esse, porém, como já mencionado, o pensamento da jurisprudência brasileira, em sua maioria.

A teoria em voga possui implicação, ainda, no chamado dano reflexo ou por ricochete. Isso porque a locução 'direto e imediato' poderia causar a impressão de que o fato de só se considerar como atribuível ao nexos causal o seu efeito direto ou imediato negaria a ocorrência deste dano reflexo.

Entretanto, para aquele que sofreu o dano chamado reflexo, ele – o dano - é efeito direto e imediato do ato ilícito (exemplo do menor de idade – alimentando – que perdeu o pai).

Por fim, muito embora teoricamente restem delineados os contornos das três teorias acima apresentadas, percebe-se que na prática a realidade dos Tribunais de Justiça demonstra que para situações idênticas, ora se utiliza a teoria da causalidade adequada, ora se utiliza a teoria do dano direito e

---

DES. ADEMIR PIMENTEL - Julgamento: 28/03/2015 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO ESPECÍFICA. CHUVAS REGIÃO SERRANA. DESLIZAMENTO DE ENCOSTA E DESABAMENTO DE RESIDÊNCIA OCASIONANDO A MORTE DO GENITOR. DANO MORAL CONFIGURADO. DANO MATERIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO PROVIDO NOS TERMOS DO ART. 557, § 1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, DE FORMA PARCIAL. I **A sentença contraria a jurisprudência dominante de nossos tribunais**, uma vez que a hipótese é de omissão específica do Estado (gênero), porquanto o município, ora apelado foi omissos em promover a correta fiscalização e a contenção das encostas; II O dano moral é evidente e quanto ao valor indenizatório, adequando-se a precedentes, afigura-se razoável e proporcional ao dano sofrido - perda de ente querido, que o valor indenizatório seja fixado em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); III Com relação aos danos materiais, estes não podem ser presumidos e, analisando-se os autos, verifica-se que não restaram comprovados; III Recurso acolhido com amparo no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, de forma parcial.

0000132-15.2013.8.19.0061

Disponível

em

<<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201500100699&CNJ=0000132-15.2013.8.19.0061>>. Acesso em: 12 maio 2015.

imediatamente, sempre com a finalidade precípua de encontrar a causalidade necessária entre a ação ou a omissão do agente e o resultado danoso.

Afirma-se, assim, que o nexos de causalidade acaba sendo decidido de forma casuística e, sobretudo, por uma espécie de *feeling* do julgador.

Ratificando o entendimento acima firmado, Rafael Peteffi da Silva nos diz que <a tendência a uma interpretação evolutiva, aliás, encontra-se presente na jurisprudência brasileira, a tal ponto que, sob influência de todas as três correntes antes mencionadas, os Tribunais fixam o nexos de causalidade de forma intuitiva, invocando alternativamente a teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexos causal, e da *conditio sine qua non*, sempre na busca de um liame de necessariedade entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo>. <sup>124</sup>

## 5.1.4 – Causalidade Alternativa

Karine Ansiliero Angelin afirma que a situação de incerteza quanto a qual teoria aplicar deve ser substituída pela certeza empírica de que não há resposta correta, pois todas as teorias revelam-se, em algum ponto, insuficientes a fornecer solução satisfatória para as diversas hipóteses de situações jurídicas em que a responsabilização civil faz-se sentir. <sup>125</sup>

Nessa toada, seguimos na análise de mais duas teorias já não mais ditas tradicionais, mas possuidoras de alguma relação com a teoria da perda de uma chance: causalidade alternativa e causalidade parcial.

A primeira revela a necessidade de sua aplicação diante da realidade do fenômeno da massificação social, porquanto observamos que o avanço tecnológico, científico, econômico e social, aliados à necessidade de observância à verve solidarista imposta pela Constituição Federal Brasileira de

---

<sup>124</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 46.

<sup>125</sup> ANGELIN, Karinne Ansiliero. **Dano Injusto como pressuposto do dever de indenizar**. 2012. f. 92. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-10012014-073936/pt-br.php>>. Acesso em: 13 maio 2015.

1988, não mais permite à vítima (autora) provar a causalidade entre o ato do ofensor e o dano.

Para lidar com essa nova realidade, entende-se obrigatória a adoção de visão alternativa do nexo de causalidade.

Dessa forma, as presunções (acidentes nucleares, acidentes de trabalho, dano ao meio ambiente) são uma maneira de relativizar a inevitabilidade de demonstração, pelo autor, da relação de causalidade entre ato e dano.

Aplica-se, basicamente, àquelas hipóteses em que, identificado o grupo de cuja atuação adveio o dano, resta incabível a determinação específica do causador. Diferencia-se da causalidade concorrente porque nesta, como o próprio nome diz, todos os agentes concorreram para a ocorrência do infortúnio, ao passo que na causalidade alternativa, certamente nem todos do grupo identificado como autor do prejuízo, em verdade, contribuíram para a sua ocorrência.

A título ilustrativo, mencionamos julgado do Superior Tribunal de Justiça em que, valendo-se da aplicação da presente teoria, atribuiu-se responsabilidade civil (solidária) a uma torcida pela morte de torcedor de equipe rival, após partida de futebol.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE TORCEDOR APÓS PARTIDA DE FUTEBOL POR GRUPO DO TIME RIVAL. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JURI. EFEITO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA MATERIAL DO FATO. ARTS. 1.525 DO CC E 66 E 386 DO CPP. INCOMPATIBILIDADE PARCIAL.

I. Nem todas as hipóteses de absolvição no Tribunal do Juri levam à aplicação das exceções previstas no art. 1.525 do Código Civil quanto à impossibilidade de apuração da existência do fato ou da sua autoria, em face da ressalva constante do art. 66 do CPP, norma mais moderna e prevalente.

II. Assim, se não firmada, categoricamente, a inexistência material do fato – e aqui ele ocorreu – permite-se a investigação no cível da ocorrência de dolo ou culpa que levaram à prática do ilícito gerador da obrigação de indenizar.

III. Caso em que a prova dos autos, como reconhecido pelas instâncias ordinárias – em 1o grau até antes da decisão criminal – mostra a participação dos réus na agressão a um grupo rival de torcedores que levou à morte do esposo e pai dos autores, após partida de futebol. Demonstrada a existência material do fato na esfera criminal e a ilicitude do comportamento, no âmbito civil, procede o pedido indenizatório relativamente aos responsáveis.

IV. Recurso especial não conhecido.

Resp 26975/RS

## 5.1.5 – Causalidade parcial

Seguindo à risca as teorias tradicionais acerca do nexo de causalidade, quando nos deparamos com situações em que há perda de uma chance, não podemos afirmar, sem titubeios, que a conduta foi condição necessária para a ocorrência do sinistro final suportado e, assim, a reparação torna-se incabível.

Diante desse panorama, Jacques Boré, citado por Rafael Peteffi da Silva, assinala que o magistrado pode optar por dois tipos de solução: a primeira acredita que o prejuízo final não possui a carga de certeza requerida pelo ordenamento, estando ausentes as presunções sérias, concordantes e necessárias para fazer o salto do desconhecido ao conhecido (de modo que a prova respalde a indenização do dano final); e como segunda alternativa, o magistrado pode reduzir o prejuízo na medida do vínculo causal que ele constata com o erro do ofensor.<sup>127</sup>

Escolhida a primeira opção, a reparação do dano resta indeferida. Exitosa a segunda possibilidade, com espeque na causalidade parcial, repara-se prejuízo fragmentário e relativo, com fundamento na perda da chance.

A indenização, em hipóteses desse jaez, deve ser mensurada nos moldes da probabilidade de causalidade confirmada. Destarte, se há 70% de viabilidade de que a atitude do demandado tenha sido a causa da ofensa à vítima, o dano será balizado em setenta por cento do prejuízo total suportado.

Entende-se, pela causalidade parcial, que as chances perdidas não sobrevivem apartadas do prejuízo configurado pela perda irrevogável da vantagem esperada.

Quando um cliente contrata um advogado para que este realize sustentação oral em determinado julgamento e o causídico não se faz presente

---

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+26975&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 18 maio 2015.

<sup>127</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 51.

na data da sessão, mas, ainda assim seu contratante logra-se vencedor, os causalistas parciais assinalam que não há que se falar em indenização, posto que, como ressaltado no parágrafo anterior, as chances perdidas não sobrevivem apartadas do prejuízo configurado pela perda irrevogável da vantagem esperada, o qual, na espécie, não ocorreu.

Se a perda da chance fosse autônoma, independente, assinalam os seguidores da causalidade parcial<sup>128</sup>, dever-se-ia postular indenização pela perda da chance de sustentação oral do causídico no exemplo acima destacado (ou seja, independentemente da perda definitiva da vantagem ansiada).

De pronto nos colocamos entre os que entendem seja a perda de uma chance um dano autônomo, categoria apartada do dano material e do dano moral tradicionalmente configurados na responsabilidade civil. Sobre este entendimento teceremos maiores comentários no tópico 9.4.

Por ora, porém, para não restar inviabilizado o 'contraditório', contrapomos o argumento em epígrafe salientando que na perda de chance *clássica* o resultado almejado pela vítima tinha uma probabilidade de ocorrer segundo o desdobramento natural dos acontecimentos que se desenrolavam. Porém, a atitude do autor da lesão, impediu o conhecimento acerca daquela vantagem. Ela (vantagem) poderia, assim, ocorrer ou não ocorrer. Essa certeza nunca se terá. A única coisa que se sabe é que havia uma chance de êxito e esta restou decotada pela atitude de terceiro.

No exemplo trazido (advogado que não comparece à sustentação oral), não há dúvida acerca da possibilidade de êxito da suposta vítima, uma vez que, mesmo sem a sustentação do patrono, sagrou-se vencedora na demanda. Dito de outro modo: a probabilidade de resultado favorável ultrapassou a barreira da álea (núcleo fundante da perda de chance) e tornou-se concreta, de modo que não há espaço, por ausência de seu pressuposto básico (desconhecimento acerca do que teria ocorrido não fosse a atitude – ou omissão – de terceiro), para a aplicação da perda de uma chance.

---

<sup>128</sup> BORÉ, Jacques e MAKDISI, John citados por SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 50.

Diversamente ocorre na perda de chance na seara médica, onde, de fato, há necessidade de alinhamento entre a oportunidade perdida e o dano concreto e final experimentado pela vítima (morte ou lesão) – vide tópicos 6.2 e 6.3.

Se a perda de chance só ocorre quando constatado o sumiço da viabilidade de um evento próspero, não há oportunidade perdida com o êxito da ação judicial, ainda que ausente o advogado.

A jurisprudência norte-americana nos fornece exemplo em que a responsabilidade dos grupos (causalidade alternativa) apresenta similitude com a responsabilidade pela perda de uma chance, tendo a corte californiana solucionado a questão que lhe foi apresentada mediante a aplicação da causalidade parcial.

Cuida-se do *leading case* Sindell v. Abbott Laboratories, que deu origem à Market-Share Liability Theory (responsabilidade por cota de mercado), e que, marcadamente, contemporiza a avaliação do nexo de causalidade e da autoria do dano.

À ocasião, na década de 1980, o Supremo Tribunal da Califórnia se deparou com uma série de demandas indenizatórias ajuizadas por mulheres que haviam ingerido, nos anos cinquenta e sessenta, um produto farmacêutico conhecido como DES (diethylstilbestrol), medicamento receitado para mulheres com histórico de aborto espontâneo, com a finalidade de evitar novos episódios dessa monta.

Porém, após cerca de vinte anos de consumo, houve sua retirada do mercado, em razão de estar associado ao desenvolvimento de diversos tipos de câncer em crianças nascidas de mães que utilizaram tal produto durante a gestação.

O obstáculo às demandantes residia tanto na dificuldade que tinham para demonstrar a relação existente entre a doença de seus filhos e o consumo do medicamento, como no fato de, em razão do tempo decorrido, muitas sequer sabiam qual era o fabricante, causando embaraço no tocante à elucidação da autoria danosa (o DES foi produzido e distribuído por mais de

cento e cinquenta empresas farmacêuticas).<sup>129</sup>

A Corte Californiana entendeu que todos os produtores da substância são responsáveis pelos danos suportados, proporcionalmente às suas cotas de participação no mercado americano, salvo se demonstrassem que são estranhos ao fato danoso.<sup>130</sup>

Considerou, pois, aquela Casa de Justiça, que a mera proporcionalidade com base na participação no mercado era suficiente ao estabelecimento da responsabilização civil.

Sustenta-se a adoção da causalidade parcial sob dois principais argumentos: eficiência econômica de um padrão proporcional de causalidade e caráter pedagógico a ser observado na responsabilidade civil.

De fato, as atitudes caracterizadas como ensejadoras de reparação cível são tidas como ineficientes, dado que geram perda econômica para a sociedade.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental**. Coimbra: Almedina, 2007.p.30.

<sup>130</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental**. Coimbra: Almedina, 2007.p.30.

<sup>131</sup> “O exemplo apresentado a seguir tenta explicar uma conduta economicamente ineficiente. Imagine-se que uma companhia de geração de energia adote um processo de produção de energia atômica. Esse novo processo representa um ganho adicional anual para a companhia de R\$ 1.000.000,00. Entretanto, o processo atômico aumentou a incidência de câncer na população que habita as imediações da usina de geração de energia. Os custos médicos e de inabilitação para o trabalho, devido ao aumento dos casos de câncer, produzem uma despesa anual de R\$ 10.000.000,00 e, ainda, existe uma probabilidade de trinta por cento (30%) de que os novos casos de câncer sejam causados pelo processo de geração de energia atômica.

Pelo exposto, poder-se-ia afirmar que a empresa foi a causadora de R\$ 3.000.000,00 em despesas para as vítimas de câncer, já que este valor corresponde a trinta por cento (30%) de R\$ 10.000.000,00. Neste caso, o novo processo de geração de energia é economicamente ineficiente, visto que produz um resultado final negativo para a sociedade, pois é responsável pela criação de um lucro adicional inferior à despesa adicional criada.

Se a causalidade entre o aumento de casos de câncer e a usina nuclear for incerta, eis que insuficiente para caracterizar uma *conditio sine qua non*, a empresa de geração de energia não terá qualquer estímulo para interromper a sua nova fonte de produção, já que não será obrigada a internalizar uma parte dos custos de produção da nova energia: a reparação de danos possivelmente causados.

Entretanto, se fosse possível engendrar uma responsabilidade de acordo com a probabilidade causal entre a ação da empresa e o aumento dos casos de câncer, esta, dentro de um padrão de racionalidade esperada, suspenderia o novo processo de geração de energia atômica, criando um ganho econômico líquido para toda a sociedade.”

Diogo Naves Mendonça, em entrevista acerca da análise econômica da responsabilidade civil, concedida ao Jornal Carta Forense, traz a lume o triunfo jurídico do teorema de Coase, ganhador do Nobel de Economia em 1991, assinalando que <Uma das maiores contribuições de COASE para a Análise Econômica do Direito está na constatação do caráter recíproco do dano. Segundo o autor, a visão completa do problema permite notar que a reação a uma atividade danosa também configura, na via reversa, um dano ao agente responsabilizado. Entre os exemplos mencionados por COASE para ilustrar sua proposição está o de um confeitiro que, no exercício de seu trabalho, utiliza um barulhento maquinário que atrapalha a atividade de um médico vizinho. Nessa situação, afastar o prejuízo causado ao médico implica necessariamente gerar um prejuízo ao confeitiro. O verdadeiro problema apresentado é o de verificar se valeria a pena, ao restringir os métodos de produção do confeitiro, beneficiar a atuação do médico. Em linhas generalizantes, é preciso atentar para o fato (muitas vezes deixado em segundo plano no raciocínio jurídico) de que reconhecer o dever de indenizar significa, a um só tempo, impor a alguém o dever de evitar o dano e atribuir a outrem o direito correlato de não sofrê-lo><sup>132</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio e relacionando-a a aqui já mencionada eficiência econômica de um padrão proporcional de causalidade,

---

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 61.

Ainda como ilustração (em que a atitude tomada pela demandada apresente, ao nosso visto, significativa censura no campo da ética, solidariedade e responsabilidade social), vale o registro de clássico caso envolvendo a montadora de veículos Ford, narrado no livro JUSTIÇA, de Michael J. Sandel: “Durante os anos 1970, o Ford Pinto era um dos carros compactos mais vendidos nos Estados Unidos. Infelizmente seu tanque de combustível estava sujeito a explodir quando outro carro colidia com ele pela traseira. Mais de quinhentas pessoas morreram quando seus automóveis Pinto pegaram fogo e muitas mais sofreram sérias queimaduras. Quando uma das vítimas processou a Ford Motor Company pelo erro de projeto, veio a público que os engenheiros da Ford sabiam do perigo representado pelo tanque de gasolina. Mas os executivos da companhia haviam realizado uma análise de custo e benefício que os levava a concluir que os benefícios de consertar as unidades (em vidas salvas e ferimentos evitados) não compensavam os 11 dólares por carro que custaria para equipar cada veículo com um dispositivo que tornasse o tanque de combustível mais seguro.”

SANDEL, Michael J.. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 57. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo.

<sup>132</sup> **CARTA FORENSE: Análise Econômica da Responsabilidade Civil**. São Paulo, 03 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/analise-economica-da-responsabilidade-civil/11269>>. Acesso em: 21 maio 2015.

temos que a causalidade parcial age como uma espécie de alerta e cautela para o modelo de comportamento daquele que tem em sua atividade o potencial concreto de gerar dano a outrem.

Realiza, pois, papel pedagógico, dado que acaba por desestimular a sociedade a realizar práticas lesivas.

## 5.1.6 – Causalidade presumida

Referida teoria vale-se de presunções para fixar o patamar adequado de identificação da causa de determinado infortúnio, reparando-o de forma integral.

Os países aplicadores da Common Law utilizam-se do chamado fator substancial (fundamental/essencial), de modo que não se mostra necessária a certeza da participação de determinada causa para a produção do resultado danoso. Basta que referida causa seja considerada substancial a gerar o resultado para dar azo à integral reparação.

O que se entende como fator substancial é observado por meio de análise eminentemente estatística. Se no bojo de uma pendenga judicial o autor demonstrar que determinada causa possui a probabilidade de mais de 50% de causar o resultado, haverá a integral reparação por aquele demandado. É chamada probabilidade *more likely than not*.

Conclui-se desse método estatístico que bastará ao autor de uma demanda dessa natureza comprovar que o percentual de participação do ofensor no curso normal dos eventos superou a parcela de interferência das demais causas em pelo menos um por cento (1%). Assim terá o seu pleito atendido na totalidade. Em contrapartida, havendo igual parcela estatística com os demais fatores (50% a 50%), a demanda será julgada totalmente improcedente.<sup>133</sup>

Ao nosso visio, a utilização da presente teoria esbarra basicamente

---

<sup>133</sup> PEREIRA, Flávio Cabral Fialho. Análise da Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, MG, v. 28, n. 178, p. 164, jul./ago. 2014.

na falha verificada quando aplicada a fórmula ‘tudo ou nada’. A integral reparação de um dano onde se observa não mais que 51% de probabilidade do mesmo ter sido praticado pela parte demandada é de uma temeridade não recomendável, ainda que em prol da vítima (foco maior do estudo contemporâneo da responsabilidade civil).

Para Luís Medina Alcoz, citado em julgado do Supremo Tribunal de Justiça Português, a perda de oportunidade é uma técnica aparentada com outras surgidas no marco da responsabilidade civil, a exemplo da chamada “*prueba por presunciones*” ou da teoria da criação (ou incremento) do risco, que buscam evitar que a dificuldade de provar a causalidade em determinados setores conduza à completa exoneração de quem, com a sua atuação, possa convocar o dano. Todas estas técnicas que, de certo modo, regulam a incerteza sob o entendimento de que às vezes fere a sensibilidade de justiça (*sensibilidad justicial*) que a vítima quede sem reparação pela incapacidade de averiguar o que haveria sucedido realmente, se não tivesse mediado o fato ilícito.<sup>134</sup>

Utilizadas algumas linhas acerca das teorias mais difundidas na análise da perda de chance, passaremos a seu estudo propriamente dito.

## 6 – Conceituação da Teoria da Perda de Chance

Consoante já destacado no presente estudo, a análise atual da responsabilidade civil não pode mais se ver apartada de considerações acerca das mudanças sociais, ideológicas e mesmo econômicas pelas quais a sociedade passou e vem passando. Tais mudanças implicam, também como já dito, mudança de paradigma no que se refere ao foco da responsabilidade, porquanto se anteriormente às mudanças ora mencionadas dirigia-se, essencialmente, à punição do autor do dano, hoje, diante do paradigma

---

<sup>134</sup> 2368/13.0T2AVR.P1.S1. Relator Gabriel Catarino. Sessão de 16/02/2016. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2ea6cbfdad96784b80257f5b0054287c?OpenDocument>>. Acesso em: 11 de abril de 2016.

solidarista, alicerçado na dignidade da pessoa humana, o principal alvo da análise da responsabilidade civil é a reparação da vítima prejudicada.

Rafael Peteffi assinala que <De acordo com os valores individualistas e patrimonialistas do século XIX, observava-se a reparação exclusiva de danos patrimoniais, certos e tangíveis. Atualmente, vive-se a era da incerteza. Ora, se o novo padrão solidarista do direito modificou o eixo da disciplina da culpa para a reparação do dano, é evidente que vários danos que até então não eram indenizados por serem incertos, intangíveis ou com efeitos puramente emocionais passam a ser reparados. Assim, prejuízos representados por quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis><sup>135 136</sup>

---

<sup>135</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 74.

<sup>136</sup> Pablo Stolze, em artigo jurídico cujos excertos seguem transcritos, defende, inclusive, a responsabilidade pela perda do tempo:

“(...) O tempo é o senhor de todas as coisas. Esse dito popular encerra profunda sabedoria, na medida em que reconhece, no decurso do tempo, uma força capaz de aliviar muitas dores ou descortinar a verdade imanente à natureza humana(...). Todavia, se aprofundarmos a investigação científica do tema, descobriremos que a força do tempo expande-se em diversos outros espaços do universo jurídico. Confesso que, muitas vezes, apanho-me, nostálgico, lembrando bons momentos vividos na década de 80, em minha infância, época em que, posto não tivéssemos os confortos tecnológicos da modernidade – internet, tablet, celular – vivíamos com mais intensidade as 24 horas do nosso dia, mais próximos do calor dos nossos amigos – na alegre troca de figurinhas (como as dos inesquecíveis álbuns ‘Stamp Color’ e ‘Amar é’), em entusiasmadas disputas de ‘gude’, ou em divertidas brincadeiras como ‘picula’ ou ‘esconde-esconde’. Atualmente, tenho a impressão de que as 24 horas do dia não suprem mais – infelizmente – as nossas necessidades. E, se por um lado, esta falta de tempo para viver bem é algo trágico em nossa sociedade – e que merece uma autorreflexão crítica – por outro, é forçoso convir que as circunstâncias do nosso cotidiano impõem um aproveitamento adequado do tempo de que dispomos, sob pena de experimentarmos prejuízos de variada ordem, quer seja nas próprias relações pessoais, quer seja nos âmbitos profissional e financeiro. Vale dizer, uma indevida interferência de terceiro, que resulte no desperdício intolerável do nosso tempo livre, é situação geradora de potencial dano, na perspectiva do princípio da função social. Não faz muito, um amigo passou por um problema que bem exemplifica isso. Uma determinada empresa passou a cobrar-lhe, indevidamente, por um determinado serviço não prestado. Eu, então, indaguei se ele já havia entrado em contato com a referida companhia. Respondeu-me, então: ‘Ainda não. Eu sei que, ao ligar, levarei a tarde inteira ao telefone. Por isso, estou tentando conseguir uma folga no trabalho, para tentar resolver isso. E se eu for à filial da empresa é pior ainda. Terei de acampar lá’. Esta circunstância tão corriqueira exige uma reflexão. É justo que, em nossa atual conjuntura de vida, determinados prestadores de serviço ou fornecedores de produtos, imponham-nos um desperdício inaceitável do nosso próprio tempo? A perda de um turno ou de um dia inteiro de trabalho – ou até mesmo a privação do convívio com a nossa família – não ultrapassaria o

---

limiar do mero percalço ou aborrecimento, ingressando na seara do dano indenizável, na perspectiva da função social? Em situações de comprovada gravidade, pensamos que esta tese é perfeitamente possível e atende ao aspecto, não apenas compensatório, mas também punitivo ou pedagógico da própria responsabilidade civil.

(...) Até porque, como bem lembra o poeta, 'o tempo não para'. E não é justo que um terceiro 'pare' indevidamente o nosso, segundo a sua própria conveniência[5].

Deve ficar claro, nesse contexto, que nem toda situação de desperdício do tempo justifica a reação das normas de responsabilidade civil, sob pena de a vítima se converter em algoz, sob o prisma da teoria do abuso de direito.

Apenas o desperdício "injusto e intolerável" poderá justificar eventual reparação pelo dano material e moral sofrido, na perspectiva, como já dito, do superior princípio da função social.

E, por se tratar de conceitos abertos, caberá à doutrina especializada e à própria jurisprudência, estabelecer as balizas hermenêuticas da sua adequada aplicação.

VITOR GUGLINSKI, citando, inclusive, jurisprudência, anota esforço neste sentido:

"A ocorrência sucessiva e acintosa de mau atendimento ao consumidor, gerando a perda de tempo útil, tem levado a jurisprudência a dar seus primeiros passos para solucionar os dissabores experimentados por milhares de consumidores, passando a admitir a reparação civil pela perda do tempo livre. (...)

Dentre os tribunais que mais têm acatado a tese da perda do tempo útil está o TJRJ, podendo-se encontrar aproximadamente 40 acórdãos sobre o tema no site daquele tribunal, alguns da relatoria do insigne processualista Alexandre Câmara, o que sinaliza no sentido do fortalecimento e consequente afirmação da teoria. Confirmam-se algumas ementas:

*DES. LUIZ FERNANDO DE CARVALHO - Julgamento: 13/04/2011 - TERCEIRA CAMARA CIVEL.CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA E DE INTERNET, ALÉM DE COBRANÇA INDEVIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DA RÉ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE UMA DAS EXCLUDENTES PREVISTAS NO ART. 14, §3º DO CDC. CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DO TEMPO LIVRE. DANOS MORAIS FIXADOS PELA SENTENÇA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS IGUALMENTE CORRETOS. DESPROVIMENTO DO APELO. DES. ALEXANDRE CAMARA - Julgamento: 03/11/2010 - SEGUNDA CAMARA CIVEL Agravo Interno. Decisão monocrática em Apelação Cível que deu parcial provimento ao recurso do agravado. Direito do Consumidor. Demanda indenizatória. Seguro descontado de conta corrente sem autorização do correntista. Descontos indevidos. Cancelamento das cobranças que se impõe. Comprovação de inúmeras tentativas de resolução do problema, durante mais de três anos, sem que fosse solucionado. Falha na prestação do serviço. Perda do tempo livre. Dano moral configurado. Correto o valor da compensação fixado em R\$ 2.000,00. Juros moratórios a contar da citação. Aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do CPC, no percentual de 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa. Recurso desprovido[6]."* (grifei)

Em verdade, o que não se pode mais admitir é o covarde véu da indiferença mesquinha a ocultar milhares (ou milhões) de situações de dano, pela usurpação injusta do tempo livre, que se repetem, todos os dias, em nossa sociedade.

Por outro lado, não se pode negar, que, por se tratar, "a responsabilidade pela perda do tempo livre" ou pelo "desvio produtivo do consumidor[7]", de uma tese relativamente nova - ao menos se levarmos em conta o atual grau de penetração no âmbito das discussões acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais -, impõe-se, a todos nós, uma mais detida reflexão acerca da sua importância compensatória e, sobretudo, utilidade punitiva e pedagógica, à luz do princípio da função social.

Uma gama cada vez maior de danos há pouco tempo não passíveis de reparação hoje encontram-se abarcados por nosso ordenamento, tudo em decorrência de exigências menores para o seu reconhecimento, valendo lembrar a relativamente recente discussão travada entre os estudiosos acerca do cabimento ou não da indenização por dano moral.

À época, os argumentos contrários<sup>137</sup> muito se assemelhavam às críticas hoje enfrentadas pelos defensores da teoria da perda de uma chance, mormente no que tange à sustentada impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro (impossibilidade de perfeita equivalência entre prejuízo e ressarcimento) e a imoralidade da compensação da dor com o dinheiro.

Não se desconhecem os por nós reputados valiosos argumentos tecidos pelos críticos à indenização decorrente do dano moral suportado pela vítima (atualmente resignados e vencidos) e pelos críticos da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance. Não obstante, tendo como mote o atual paradigma da responsabilidade civil (aqui já delineado por mais de uma vez), a resposta adequada reside na necessária consideração de que as falhas apresentadas e relativas à “condição de impossibilidade matemática exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo.”<sup>138</sup>

É nesse contexto que encontra guarida a responsabilização pela

---

Isso tudo porque o intolerável desperdício do nosso tempo livre, agressão típica da contemporaneidade, silenciosa e invisível, mata, aos poucos, em lenta asfixia, valor dos mais caros para qualquer um de nós.

STOLZE, Pablo. Responsabilidade civil pela perda do tempo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23925>>. Acesso em: 26 maio 2015.

<sup>137</sup> “A dificuldade maior que enfrenta essa tese, que reconhece a procedência do ressarcimento do dano moral, revela-se na dificuldade de medir adequadamente a dor, a perturbação, o desgosto ou a tranquilidade, sensações que são essencialmente distintas, de acordo com a particular maneira de ser de cada pessoa. Isso obriga a manejar com elementos objetivos, tais como a entidade das lesões causadas por padecimentos físicos, sua duração e as sequelas motivantes da dor estritamente moral, assim como outros elementos objetivos que se compadecem com a função de satisfação compensatória atribuída à reparação do dano moral.”

STRENGER, Irineu. **Responsabilidade Civil no Direito Interno e Internacional**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2000. P. 196.

<sup>138</sup> Expressão utilizada por Aguiar Dias, referida por SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 76.

perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, com espeque no princípio da reparação integral e fulcrada, dentre outros a seguir mencionados, no artigo 944 do Código Civil, que preleciona “A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Os fundamentos jurídicos para o acolhimento da teoria da perda de uma chance no Direito Brasileiro basicamente são, além do artigo 944 acima mencionado, os artigos 402, 186, 927, 948 e 949, todos do Código Civil, aplicados analogicamente, tendo em vista que a legislação não menciona a teoria de maneira expressa.

No Direito Português, nos termos do artº 496º nº1 Código Civil, temos que serão indemnizáveis os danos patrimoniais e os danos não patrimoniais que “pela sua gravidade mereçam a tutela do direito”.

Vera Lúcia Raposo, citada em julgado do Supremo Tribunal Português, argumenta que desse artigo não decorre que o dano não possa consistir numa possibilidade de dano, desde que essa referida possibilidade tenha uma adequada consistência ou grau de concretização, em juízo de prognose antecipada.<sup>139</sup>

A perda da chance consiste, basicamente, na impossibilidade de obter-se um resultado favorável esperado ou na impossibilidade de evitar um resultado desfavorável, ambas as situações ocorrentes em decorrência de um fato ilícito praticado por alguém.

O que se percebe é a conjuntura de um processo aleatório em relação ao qual não se consegue fazer um elo entre o fato ilícito e o dano, porquanto não se pode dizer, com a precisão necessária à imputação de responsabilidade, que a ausência da ação do terceiro levaria ao êxito esperado e decorrente daquele processo interrompido.

Por outro lado, a ideia da injustiça sofrida pela vítima, que se vê apartada da possibilidade de obter resultado favorável ou apartada da possibilidade de evitar resultado desfavorável, salta aos olhos, porquanto,

---

<sup>139</sup>2368/13.0T2AVR.P1.S1. Relator Gabriel Catarino. Sessão de 16/02/2016. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2ea6cbfdad96784b80257f5b0054287c?OpenDocument>>. Acesso em: 11 de abril de 2016.

ainda que não se possa afirmar que, extirpada a ação do terceiro, o resultado favorável teria ocorrido, é possível afirmar que as chances de obtenção do proveito almejado foram definitivamente extirpadas, circunstância que deve ser indenizada.

Margarida Lima Rego, ao explicar sobre probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais, afirma que existe, de modo geral, a consciência de que o juiz não atinge, em caso algum, a verdade absoluta. Salienta que a lei portuguesa faz breve referência à prudente convicção do juiz. Informa que usualmente o juiz dá um fato como provado quando atinge a certeza subjetiva ou moral de que é verdadeira a sua afirmação. Menciona que a tradição faz equivaler esta certeza subjetiva à ausência de dúvida sobre a realidade do fato em causa – se não a dúvida metódica, ao menos a dúvida pragmática, necessariamente passível de ser dissipada. Destaca que esta certeza subjetiva corresponderia tão somente a um alto grau de probabilidade, suficiente para as necessidades práticas da vida. Afirma que quando se discute a perda de uma oportunidade propriamente dita que o modo probabilístico de pensar tem vindo a ter mais sucesso nos tribunais portugueses.<sup>140</sup>

Dentro de tal contexto explica-se o surgimento da teoria da perda de uma chance.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> REGO, Margarida Lima. **Decisões em ambiente de incerteza : probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais**. Julgar, Lisboa, n.21(Set.-Dez.2013), p.121, 129 e 142.

<sup>141</sup> Ac. S.T.J. 4/7/2013 Col. II/135, relatado pelo Cons<sup>o</sup> Hélder Roque (indisponível on line, no site oficial), que, apoiado na doutrina portuguesa e espanhola que cita, conclui que: “A perda de oportunidade apresenta-se em situações que podem qualificar-se tecnicamente de incerteza, situando-se o seu campo de aplicação entre dois limites, sendo um constituído pela probabilidade causal, nula ou irrelevante, do facto do agente causar o dano, em que não há lugar a qualquer indemnização, e o outro constituído pela alta probabilidade, que se converte em razoável certeza da causalidade, que dá lugar à reparação integral do dano final, afirmando-se o nexó causal entre o facto e este dano.” “Através destes dois limiares, importa pois distinguir três tipos de hipóteses, ou seja, a perda de oportunidade genérica, imperfeita, simples ou comum, abaixo do limiar de seriedade da “chance”, que não dá lugar a qualquer reparação (a), a perda de oportunidade super-específica, super-qualificada ou perfeita, igual ou acima do limiar da certeza da causalidade e que determina a afirmação do nexó causal entre o facto e o dano final (b) e a perda de oportunidade específica, qualificada, situada entre os dois limiares, e que pode dar lugar à actuação da doutrina da “perda de chance” (c). “São os casos de chances sérias e reais que expressam probabilidades consideráveis, sem embargo de serem insuficientes para efeito da afirmação do nexó causal.”

Christopher Muller menciona que a teoria é a “*Solution à l’absolutisme du principe du toutourien*” (Solução para o absolutismo do princípio do tudo ou nada).<sup>142</sup>

Cyril Sintez acentua que a teoria da perda de chance possui tripla função reparatória: reparar um dano virtual; reparar um dano futuro (evento prejudicial que possibilita ao magistrado indenizar também em razão de suas repercussões atuais – por exemplo: perda da chance de obter ajuda alimentar) e reparar o dano causado (ou seja, o evento de perda já ocorreu e presume-se, em julgamento, que é a causa de repercussões legais atuais – por exemplo: perda da chance de cura).<sup>143</sup>

Entretanto, a aceitação da teoria em voga não é unanimidade na seara jurídica brasileira<sup>144</sup>, tampouco na seara jurídica portuguesa<sup>145</sup>, havendo

---

Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2ea6cbfdad96784b80257f5b0054287c?OpenDocument>>. Acesso em: 11 de abril de 2016.

<sup>142</sup> MULLER, Christopher. **La perte d'une chance**. 2012. Disponível em: <<http://pertedunechance.blogspot.pt/2012/07/theorie-de-la-perte-dune-chance.html>>. Acesso em: 19 set. 2016.

<sup>143</sup> SINTEZ, Cyril. **La perte de chance: une notion en quête d'unité**. Disponível em: <[http://www.academia.edu/6793832/La\\_perte\\_de\\_chance\\_une\\_notion\\_en\\_quête\\_dunité](http://www.academia.edu/6793832/La_perte_de_chance_une_notion_en_quête_dunité)>. Acesso em: 19 set. 2016.

<sup>144</sup> Flávio Tartuce, por exemplo, manifesta discordância com a teoria, ao argumento de que os danos seriam hipotéticos ou eventuais, enquanto os artigos 186 e 403 do Código Civil exigem o dano presente e efetivo.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Método, 2009. P. 419.

<sup>145</sup> Paulo Mota Pinto afirma que “ não nos parece que exista já hoje entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de chances (...) Antes parece mais fácil percorrer o caminho da inversão do ônus, ou da facilitação da prova, da causalidade e de dano, com posterior redução da indemnização, designadamente por aplicação do art. 494º do Código Civil, do que fundamentar a aceitação da ‘perda de chance’ como tipo autônomo de dano, por criação autônoma do direito para a qual faltam apoios.

PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra Editora. 2008. p. 1106. Nota de rodapé 3103.

Júlio Gomes declara seu ceticismo relativamente à figura da perda de chance, ao argumento, dentre outros, de que ela não é capaz de solucionar todos os problemas de incerteza em matéria causal.

GOMES, Júlio. **Em torno do dano da perda de chance : algumas reflexões**. Ars iudicandi : estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves / organizadores Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho, José de Faria Costa. - [Coimbra] : Coimbra Editora, 2008. - 2.v., p. 324.

resistência estabelecida na doutrina e alguma confusão no que toca à sua aplicação pelos Tribunais de Justiça de ambos os países.

Mario Barcellona acentua que o problema próprio da chance se dá quando recorre ela a uma ontológica incerteza sobre o que ocorreria na ausência da conduta ilícita e quando esta incerteza possa ser prevista como exclusão da expectativa de um resultado favorável de cuja relevância dependa o aparecimento da responsabilidade.<sup>146</sup>

Entendemos pertinente, embora longa, a conceituação de perda da chance propugnada por Fernando Noronha:

Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso, em que houve a interrupção de um processo vantajoso que estava em curso, poderemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura; no segundo, em que não houve a interrupção

---

Sérgio Castanheira afirma que a perda de oportunidade acaba por constituir uma antecipação ou redução do dano final que não se consegue provar, tratando-se, com efeito, de um meio artificial para se tentar proteger um dano hipotético, e que não se consegue demonstrar.

CASTANHEIRA, Sérgio. **Portugal, uma chance perdida**. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas / [comissão organizadora] Armando Marques Guedes.. [et al.] . - [Coimbra] : Coimbra Editora, [2013]. - 1.v., p. 585.

Na jurisprudência portuguesa encontramos entendimento de que a perda de chance *“assenta numa alegada probabilidade de que haveria ganho de causa o que implica um juízo de prognose sobre o mérito ou pretensão em apreço o qual não se enquadra no princípio da causalidade adequada que o ordenamento jurídico português consagrou.”*

2035/05.8TVLSB.L1.S1 – Relator Alves Filho – Sessão 05/02/2013. [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>146</sup>BARCELLONA, Mario. Chance e causalità : preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile. Europa e diritto privato, Milano, n.4(2011), p.945-989

de um processo danoso em curso, falar-se-á em frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (e em que, portanto, temos um dano presente). Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil; em especial, será exigida culpa do agente quando a hipótese for de responsabilidade subjetiva e prescindir-se-á dela quando a responsabilidade for objetiva.<sup>147</sup>

A ideia da teoria, que surgiu no intuito de estratificar a prova da causalidade, evoluiu ao longo do tempo e acabou por dar origem a uma verdadeira teoria autônoma de determinação do dano. Dessa forma, sustentamos que a teoria da perda de uma chance, para ser admitida em nosso ordenamento, dentro do nosso conceito (brasileiro) e dos nossos requisitos da responsabilidade civil, deve ser considerada uma nova espécie de dano reparável.

Maurice Nussenbaum afirma que o dano decorrente da perda de chance não é considerado um prejuízo extraordinário, porquanto encontra-se com os mesmos padrões exigidos pelos outros danos, no sentido de que deve ser medido de acordo com uma abordagem científica e com base em documentação e evidência a partir do momento material, bem como em metodologias correspondentes ao estado da arte e métodos de avaliação.<sup>148</sup>

Antes de alinhavarmos considerações mais específicas acerca da teoria ora em estudo, entendemos pertinente a análise fria e simples do termo chance.

Segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, chance é a

---

<sup>147</sup> PEREIRA, Flávio Cabral Fialho. Análise da Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, MG, v. 28, n. 178, p. 196, jul./ago. 2014.

<sup>148</sup> NUSSENBAUM, Maurice. **Le préjudice de perte de chance en droit français: un préjudice hors norme?** Disponível em: <<http://mlcucbef.preview.infomaniak.com/wp-content/uploads/2016/01/le-prejudice-de-perte-de-chance-option-droit-des-affaires-par-Maurice-Nussenbaum-et-Claire-Karsenti-oct-12.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2016.

possibilidade de algo acontecer, é a oportunidade dada a alguém.<sup>149</sup>

Engloba, assim, duas realidades distintas: a expectativa de algo acontecer e a concretização dessa possibilidade. Carrega a ideia de acaso, de dúvida, de incerteza, de imprevisibilidade e isso é importante para o estudo da matéria, porquanto o cerne da questão que envolve a teoria está em saber, grosso modo, se a viabilidade de algo acontecer merece a tutela do Estado ou se referida tutela deve açambarcar tão somente a perda do resultado, destacando-se, ainda, que a dificuldade para encontrar a solução do equacionamento reside, justamente, na incerteza inerente ao conceito puro da chance.

A situação torna-se ainda mais angustiante quando nos deparamos com a aparente falta de liame entre o direito e a chance, dado que aquele traz em si o encargo de servir a um valor de certeza.

Não se desconhece que o direito comumente lida, em seu íntimo, com a ideia de chance. Exemplos temos alguns, como a inserção da condição em um negócio jurídico, os contratos aleatórios (contratos de seguro), a ocorrência de caso fortuito ou força maior e sua importância jurídica e a responsabilidade pelo risco.

Não obstante, em todas essas situações a chance revela-se já inserta no domínio jurídico. Quando, por exemplo, firmamos um contrato de seguro, passamos informações ao prestador do serviço e esse, com base naqueles informes, fixa o valor a ser pago pelo segurado com o fito de gerar eventual pagamento de prêmio destinado à garantia daquele em caso da ocorrência do sinistro, nominado aqui como risco predeterminado, com o que não há verdadeira surpresa em invocar a tutela ressarcitória.

O mesmo não acontece, porém, com a chance objeto de nossos estudos, uma vez que ela só ganha espaço no mundo jurídico quando é perdida, quando desaparece.

A conjuntura para aplicação da teoria dá-se naquelas circunstâncias em que um indivíduo encontra-se em estado que lhe propicia a oportunidade

---

<sup>149</sup>Disponível em: < <https://dicionariodoaurelio.com/chance>>. Acesso em: 14 de abril de 2016.

de alcançar resultado favorável. Entretanto, por atitude de terceiro, essa possibilidade lhe é alijada. Sabe-se, porém, que é incerta a ocorrência do resultado favorável, ainda que não tivesse havido a intervenção do terceiro, o que dota de dificuldade o direito quando instado a decidir pedido ressarcitório em face da perda daquele resultado.

Constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro.<sup>150</sup>

Se por um lado temos a incerteza exógena, expressão de Caroline Ruellan, citada por Rute Teixeira Pedro<sup>151</sup>, temos também algumas certezas que constituem outros tantos pontos de apoio, basicamente a probabilidade de concretização da chance e a certeza de que ela não se concretizará.

Repisamos aqui o exemplo mencionado por Rute Teixeira Pedro e que bem representa os meandros da aplicação da teoria. Trata-se da hipotética situação em que uma pessoa adquire, por um euro, um em mil bilhetes de uma loteria, em que é sorteado o prêmio de dez mil euros. Contrata, pois, assumindo a chance que decorre da existência de mais 999 outras chances iguais à sua de ganhar o prêmio. Realiza-se o sorteio através da extração do número premiado, do interior de uma tómbola, em que se encontravam os números de todos os bilhetes vendidos, menos o do sujeito do presente exemplo. Referida omissão consubstancia, de forma inequívoca, descumprimento contratual imputável à contraparte. O comprador de tal bilhete não tem, em verdade, qualquer chance de obtenção do prêmio sorteado. O dano por ele sofrido, lado outro, não pode ser considerado como a perda do prêmio de dez mil euros, uma vez que não há qualquer possibilidade de saber se ele teria sido sorteado caso os números de seu bilhete estivessem no interior da tómbola. A única coisa que se tem como certa é que o sujeito teria uma possibilidade em mil de ser sorteado e receber a premiação, bem como que essa oportunidade lhe foi subtraída.

A discussão acerca da seriedade da chance em comento e, por

---

<sup>150</sup> ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 169, 2008. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista43/Revista43\\_167.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_167.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2015.

<sup>151</sup> PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico**. Coimbra: Coimbra, 2008. P. 185.

consequente, de seu acolhimento pelo ordenamento jurídico enquanto aptidão a gerar tutela ressarcitória é tema sobre o qual nos envolveremos ao longo deste trabalho, cabendo, neste momento, o tão só registro da real existência da perda de uma chance do sujeito que comprou o bilhete de receber o prêmio de dez mil euros, não obstante, em nosso entendimento, não dotada da seriedade necessária ao pleito indenizatório.

## 6.1 – Chance e Risco

Não só a teoria da perda de uma chance baseia-se na perspectiva, na ausência de certeza, na probabilidade. A responsabilidade pela criação ou incremento do risco também é assentada na hipótese, na viabilidade de algum acontecimento.

Por vezes as duas situações são confundidas e, por tal razão, entendemos pertinente, neste estudo, a análise de seus pontos de contato e de suas diferenças.

As hipóteses de perda de uma chance e de incremento do risco parecem imiscuir-se quando imaginamos que, ao tempo em que o desdobramento causal que levaria à percepção de uma vantagem é interrompido pela prática de ato ilícito de terceiro, implicando, portanto, a ocorrência da perda de uma chance, ele também pode ser entendido como o aumento do risco de perda de um resultado proveitoso.

De fato, podemos citar o exemplo do médico que deixa de diagnosticar uma doença em seu estágio inicial (quando, por óbvio, tinha plena condições de o fazer), gerando a perda da chance de cura do paciente, porquanto, dessa maneira, aumenta-se o risco de morte.

Porém, se gramática e semanticamente podemos equiparar os dois conceitos, o que define a diferença substancial entre a perda de oportunidade e a criação/incremento do risco é a perda definitiva da vantagem esperada, o dano.

Enquanto na perda de uma chance aquele resultado benéfico e vantajoso almejado pela vítima é, definitivamente, decotado de suas

perspectivas, a criação do risco não revela essa certeza. Pelo contrário, quando se aumenta o risco da criação de resultado desfavorável, nunca se terá notícia acerca da real ocorrência desse dano. E, em tal ocorrendo, teremos, em verdade, a perda de uma chance de obtenção daquele benfazejo. Dito de outro modo: nas hipóteses de criação do risco a vítima ainda não sofreu o prejuízo final.

A título de ilustração apresentamos exemplo elucidativo citado por Rafael Peteffi da Silva: casos de exposição de pessoa a elementos tóxicos, quando o substancial aumento do risco de contrair uma doença pode ser cientificamente comprovado, apesar de a vítima continuar gozando de saúde perfeita. Aqui, impossível saber se a vítima efetivamente desenvolverá determinada doença, que pode restar em estado de latência durante vários anos ou nunca vir a se desenvolver. A vantagem esperada pela vítima, que é a manutenção da saúde perfeita, ainda pode ser alcançada. Por outro lado, nas demandas de responsabilidade pela perda de uma chance, a doença já se manifestou de forma definitiva.<sup>152</sup>

Citamos, na mesma linha de exemplificação do autor acima mencionado, o maior acidente radiológico da história brasileira, ocorrido na cidade de Goiânia, Estado de Goiás, no ano de 1987, com a substância Césio 137, acidente que, aos olhos dos especialistas, só ficou atrás do acidente nuclear de Chernobyl e que, após quase 30 (trinta) anos, ainda produz efeitos.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 117.

<sup>153</sup> “Em setembro de 1987 aconteceu o acidente com o Césio-137 (137Cs) em Goiânia, capital do Estado de Goiás, Brasil. O manuseio indevido de um aparelho de radioterapia abandonado onde funcionava o Instituto Goiano de Radioterapia, gerou um acidente que envolveu direta e indiretamente centenas de pessoas. A fonte, com radioatividade de 50.9 TBq(1375 Ci) continha cloreto de césio, composto químico de alta solubilidade. O 137Cs, isótopo radioativo artificial do Césio tem comportamento, no ambiente, semelhante ao do potássio e outros metais alcalinos, podendo ser concentrado em animais e plantas. Sua meia vida física é de 33 anos. Com a violação do equipamento, foram espalhados no meio ambiente vários fragmentos de 137Cs, na forma de pó azul brilhante, provocando a contaminação de diversos locais, especificamente naqueles onde houve manipulação do material e para onde foram levadas as várias partes do aparelho de radioterapia. Por conter chumbo, material de valor financeiro, a fonte foi vendida para um depósito de ferro-velho, cujo dono a repassou a outros dois depósitos, além de distribuir os fragmentos do material radioativo a parentes e amigos que por sua vez os levaram para suas casas. As pessoas que tiveram contato com o material

---

radioativo – contato direto na pele (contaminação externa), inalação, ingestão, absorção por penetração através de lesões da pele (contaminação interna) e irradiação - apresentaram, desde os primeiros dias, náuseas, vômitos, diarreia, tonturas e lesões do tipo queimadura na pele. Algumas delas buscaram assistência médica em hospitais locais até que a esposa do dono do depósito de ferro-velho, suspeitando que aquele material tivesse relação com o mal-estar que se abateu sobre sua família, levou a peça para a Divisão de Vigilância Sanitária da Secretaria Estadual de Saúde, onde finalmente o material foi identificado como radioativo. Devido às características do acidente de Goiânia, as vias potenciais de exposição da população à radiação foram: inalação de material ressuspenso, ingestão de frutas, verduras e animais domésticos e irradiação externa devido ao material depositado no ambiente. A fonte radioativa foi removida e manipulada indevidamente no dia 13 de setembro, porém o acidente radioativo só foi identificado como tal no dia 29 do mesmo mês, quando foi feita a comunicação à Comissão Nacional de Energia Nuclear –CNEN, que notificou a Agência Internacional de Energia Atômica –AIEA. Foi acionado um plano de emergência do qual participaram CNEN, Furnas Centrais Elétricas S/A –FURNAS, Empresas Nucleares Brasileiras S/A -NUCLEBRÁS, DEFESA CIVIL, ala de emergência nuclear do Hospital Naval Marcílio Dias – HNMD, Secretaria Estadual de Saúde de Goiás – SES/GO, Hospital Geral de Goiânia –HGG, além de outras instituições locais, nacionais e internacionais que se incorporaram ou auxiliaram a “Operação Césio-137”.

“As primeiras providências foram identificar, monitorar, descontaminar e tratar a população envolvida; as áreas consideradas como focos principais de contaminação foram isoladas e iniciou-se a triagem de pessoas no Estádio Olímpico. A descontaminação dos focos principais foi feita removendo-se grandes quantidades de solo e de construções que foram demolidas. Ao mesmo tempo era realizada a monitoração para quantificar a dispersão do  $^{137}\text{Cs}$  no ambiente, além de análise de solo, vegetais, água e ar. Foram identificados e isolados sete focos principais, onde houve a contaminação de pessoas e do ambiente e onde havia altas taxas de exposição. No total, foram monitoradas 112.800 pessoas, das quais 249 apresentaram significativa contaminação interna e/ou externa, sendo que em 120 delas a contaminação era apenas em roupas e calçados, sendo as mesmas liberadas após a descontaminação. Os 129 que constituíam o grupo com contaminação interna e/ou externa passaram a receber acompanhamento médico regular. Destes, 79 com contaminação externa receberam tratamento ambulatorial; dos outros 50 radioacidentados e com contaminação interna, 30 foram assistidos em albergues, em semi-isolamento, e 20 foram encaminhados ao Hospital Geral de Goiânia; destes últimos, 14 em estado grave foram transferidos para o Hospital Naval Marcílio Dias, no Rio de Janeiro, onde quatro deles foram a óbito, oito desenvolveram a Síndrome Aguda da Radiação - SAR -, 14 apresentaram falência da medula óssea e 01 sofreu amputação do antebraço. No total, 28 pessoas desenvolveram em maior ou menor intensidade, a Síndrome Cutânea da Radiação (as lesões cutâneas também eram ditas “radiodermites” ). Os casos de óbito ocorreram cerca de 04 a 05 semanas após a exposição ao material radioativo, devido a complicações esperadas da SAR - hemorragia (02 pacientes) e infecção generalizada (02 pacientes). O acidente de Goiânia gerou 3500m<sup>3</sup> de lixo radioativo, que foi acondicionado em containeres concretados. O repositório definitivo deste material localiza-se na cidade de Abadia de Goiás, a 23 km de Goiânia, onde a CNEN instalou o Centro Regional de Ciências Nucleares do Centro-Oeste, que executa a monitoração dos rejeitos radioativos e controle ambiental (...)”

“A Associação das Vítimas do Césio 137 afirma que até o ano de 2012, quando o acidente completou 25 anos, cerca de 104 pessoas morreram nos anos seguintes pela contaminação, decorrente de câncer e outros problemas, e cerca 1600 tenham sido afetadas diretamente. Várias pessoas sobreviveram, apesar das altas doses de radiação. Isto pode ter acontecido, em alguns casos, porque receberam doses fracionadas. Com o tempo, os mecanismos de reparo do corpo poderão reverter o dano celular causado pela radiação.”

Distinguem-se, em torno da criação dos riscos, alguns efeitos que essa situação pode causar.

Rafael Peteffi da Silva salienta que todo risco criado corresponde ao aumento ou à criação da probabilidade de ocorrência de um dano futuro. Essa probabilidade, criada ou majorada, possibilita a geração de reflexos que, em determinadas circunstâncias, podem ser caracterizados como danos reparáveis. Utiliza, para tanto, a expressão 'consequências marginais da criação de riscos'.<sup>154</sup>

Nos vêm à mente o filme do ano de 2000, estrelado por Julia Roberts, que, a propósito, ganhou o Oscar daquele ano como melhor atriz, em que sua personagem, que dá nome à película, Erin Brockovich<sup>155</sup>, luta contra

---

"Após o acidente, os imóveis em volta do acidente radiológico tiveram os seus valores reduzidos, pois quem morava na região queria sair daquele lugar, mas o medo da população da existência de radiação no ar impedia a compra e construção de novas habitações. Além da desvalorização dos imóveis, por muito tempo a população local passou por uma certa discriminação devido ao medo de passar a radiação para outras pessoas, dificultando o acesso aos serviços, educação e viagens. Muitas lojas e o comércio que existiam antes do acidente acabaram fechando ou mudando de endereço, sobrando alguns poucos comerciantes que ainda resistiam em continuar na região."

- Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN (1988): Relatório do Acidente Radiológico em Goiânia. da Cruz AD (1997): Monitoring the Genetic Health of Humans Accidentally Exposed to Ionizing Radiation of Cesium-137 in Goiânia (Brasil). Fundação Leide das Neves Ferreira – FUNLEIDE (1989): História do Acidente Radioativo com o Césio-137 – Relatos.

- ORG (2007)  
Carla De Camargo Wascheck  
CENTR FERREIRA"  
O DE ASSISTÊNCIA AOS RADIOACIDENTADOS "LEIDE DAS NEVES  
Rua 16-A n° 792 Setor Aeroporto.  
Goiânia Goiás Brasil CEP: 74075-150.  
Fones: 0 XX 62 3201 4220 /  
4230.

GOIÁS, Página Oficial da Secretaria da Saúde do Estado de. A História do Acidente Radioativo em Goiânia. Disponível em: <<http://www.saude.go.gov.br/index.php?idMateria=85873>>. Acesso em: 2 out. 2013.

Wikipedia.

<sup>154</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 118.

<sup>155</sup> Sinopse - Erin Brockovich é mãe solteira de 3 filhos, que foi recentemente ferida em um acidente de trânsito por um médico e está processando ele. Seu advogado, Ed Masry (Albert Finney), espera ganhar, mas o comportamento de Erin no tribunal o faz perder o caso. Depois que ela faz várias tentativas de contato com Ed em seu escritório sem resposta, Ed chega ao trabalho para encontrá-la no escritório. Ele a confronta e ela comenta que ele havia dito que

uma empresa de energia ao constatar que pessoas de uma cidade no deserto dos Estados Unidos apresentam doenças comuns – câncer, diversos tumores e linfoma de Hodgkin – e, em incessante pesquisa, descobre que a água da cidade está sendo contaminada, gerando aquelas patologias. Atina, ademais, que a empresa de energia mencionada tinha pleno conhecimento de tal contaminação e, em vez de cessar o problema, preferiu indicar aos doentes médicos de sua própria companhia.

A história é baseada em fatos reais, na vida de Erin Brockovich, e apresenta cenas marcantes, de diversas pessoas em avançado estágio de doenças graves e nefastas, a par daquelas que já haviam ido a óbito.

O enlace com o tema em estudo no presente tópico deve-se ao fato de que, certamente, nem todas as pessoas que ingeriram a água contaminada ao longo dos anos desenvolveram quadros de enfermidade.

---

as coisas dariam certo. Mas tudo havia dado errado e que ela precisava de um emprego. Ele se sente mal por ela, e decide dar-lhe uma chance no escritório.

É dado para Erin arquivos de um caso de imóveis, onde Pacific Gas and Electric (PG&E) está oferecendo para comprar a residência de Donna Jensen, no município de Hinkley, Califórnia, . Erin fica surpresa ao ver registros médicos no arquivo de Donna e a visita. Donna explica que apenas manteve todos os documentos juntos a sua correspondência com a PG&E. Donna aprecia ajuda da PG&E: ela teve vários tumores e seu marido tem o linfoma de Hodgkin, mas PG&E tem sempre fornecido um médico, às suas próprias custas. Erin pergunta por que eles faziam isso, e Donna responde: "por causa do cromo". Erin começa cavando o caso e encontra evidência de que as águas subterrâneas em Hinkley estavam contaminadas com cromo hexavalente - cancerígeno, mas PG&E tem dito aos residentes de Hinkley que eles usam uma forma mais segura de cromo. Ela convence Ed a deixá-la fazer mais pesquisas, e ganha a confiança de muitos residentes de Hinkley. Ela encontra muitos casos de tumores e outros problemas médicos em Hinkley. Todo mundo tem sido tratado pelos médicos da PG&E e pensam que o conjunto de casos é apenas uma coincidência, sem relação com o cromo "seguro".

Um homem diz a ela que ele estava encarregado de destruir documentos de PG&E, mas notou as condições médicas que afligem os trabalhadores e manteve os documentos guardados. Ele então dá os documentos para ela. Os memorandos de 1966 são a prova que a corporação conhecia que a água estava contaminada com cromo hexavalente, não fez nada sobre isso, e aconselhou a "operação Hinkley" para manter este segredo.

Ao invés de atrasar qualquer acordo durante anos, Ed aproveita a oportunidade para mandar a questão para arbitragem judicial. Erin convence todos os 634 queixosos para ir junto. O juiz ordena PG&E para pagar um montante de liquidação de 333 milhões de dólares para serem distribuídos entre os queixosos. Na cena final, Ed entrega a Erin seu pagamento de bônus por conta do caso, mas diz que mudou a quantia. Ela começa a reclamar que merece mais respeito, mas é surpreendida ao descobrir que ele aumentou o valor a ser pago para 2 milhões de dólares.

Fonte: Wikipédia.

Não obstante, é cristalino, e o filme bem demonstra isso ao retratar os dramas familiares vividos pelos intérpretes, que muitos daqueles que não desenvolveram doença oriunda da água contaminada, desenvolveram, por outro lado, distúrbios de ordem mental e quadros depressivos, em razão do medo de, cedo ou tarde, também se virem acometidos por aquelas mazelas.

No filme em questão, as seiscentas e trinta e quatro pessoas que Erin Brockovich conseguiu reunir foram encaminhadas à arbitragem judicial, oportunidade em que a empresa foi condenada a pagar significativa quantia em montante de liquidação, a ser distribuída entre as vítimas do evento.

A produção cinematográfica, por óbvio, não retratou as peculiaridades de todas aquelas famílias envolvidas, mas não necessitamos de esforço para afirmar que, entre as vítimas (ao menos podemos concluir que assim ocorreu na vida real), há aquelas que, muito embora não tenham desenvolvido doenças diretamente oriundas da contaminação da água, tiveram que lidar com a consequência marginal atual da criação do risco, indenizada sob a forma de dano moral.

No exemplo do filme podemos também consignar as consequências marginais futuras da criação ou do incremento do risco. Basta considerarmos que as pessoas que não desenvolveram, concretamente, doença oriunda da ingestão de água contaminada, acabam, pelo medo de serem atingidas pelas enfermidades daquela decorrentes, intensificando a frequência das consultas médicas, bem como a frequência da realização de exames, além de procedimentos médicos de cunho preventivo.

Assentadas as hipóteses em que a criação de riscos gera consequências marginais atuais e futuras e ambas são indenizáveis como danos autônomos, resta saber se a criação de risco propriamente dita, em si mesmo considerada, implica também em dano autônomo passível de indenização.

Rafael Peteffi assinala que a jurisprudência norte americana é simpática à ideia do dano autônomo, desde que, porém, seja ele acompanhado de dano físico presente.

Refere casos julgados naquele país em que concederam-se

indenizações decorrentes de lesão no joelho e lesão na cabeça, ao argumento da criação do risco, respectivamente, de desenvolvimento de artrite e de meningite.

Nas hipóteses em que não se vislumbra a ocorrência de dano físico presente e, portanto, totalmente certo, os Tribunais dos Estados Unidos mostram resistência ao reconhecimento da criação do risco como dano autônomo.

Segue o autor ressaltando que, em tais situações, as Cortes que não pretendem deixar o autor/vítima desassistido, acabam por reconhecer, de alguma maneira, a existência de um dano presente, a fim de justificar a reparação concedida, o que, em nosso entendimento, não se mostra a decisão mais acertada, porquanto apresenta nítida burla à inicial premissa assentada pelos próprios Tribunais, de que há necessidade, para reconhecimento de indenização pela criação do risco, de um dano presente certo e atual.

Ilustra o autor sua constatação com julgado do Estado do Colorado em que o Tribunal considerou existir dano físico presente decorrente de modificação cromossômica gerada pela exposição a urânio radioativo.<sup>156</sup>

Entendemos válida, aqui, a ressalva de que a situação é diversa da responsabilidade civil objetiva, porquanto esta prescinde de ato culposo do agente, fundamentando-se na premissa de que, aquele que utiliza, em seu proveito, coisas perigosas, deverá arcar com os prejuízos decorrentes de tal utilização, o que significa dizer que houve, na situação específica, efetivo dano, diversamente da criação do risco, em que o dano concreto ainda não ocorreu.

Perfilhamos do entendimento de que a criação do risco, por si só, não deve ser passível de indenização. Isso porque não se nos mostra razoável a indenização de danos meramente eventuais, o que certamente ocorreria, com evidente enriquecimento sem causa do suposto ofendido, o qual, em verdade, pode nunca sofrer qualquer tipo de prejuízo. Dito de outro modo: não havendo dano, não há razão para reparação, função primordial da responsabilidade civil.

---

<sup>156</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 125-126.

Isso não quer dizer, por outro lado, que as consequências marginais, presentes ou futuras, da criação do risco não possam e não devam ser indenizadas. Estas devem, sim, pelas razões já expostas no presente tópico, ser reparadas, não podendo, porém, ser confundidas com o dano futuro, que pode nunca ocorrer, tampouco com a mera criação do risco propriamente dito.

Nessa mesma linha de raciocínio, ao abordar a responsabilidade civil por negligência médica, Marc Stauch salienta que os danos por exposição ao risco não devem ser reparados.<sup>157</sup>

Em uma primeira leitura da doutrina de Rafael Peteffi, admitimos que ficamos propensos a aceitar e sustentar, como ele, uma única hipótese em que a indenização pela criação de riscos seria admitida como dano autônomo. Justamente a hipótese sobre a qual acabamos de discorrer: contaminação de um número considerável de pessoas por agentes tóxicos. Peteffi entende cabível a indenização pela criação do risco na situação em foco ao argumento da dificuldade que as vítimas certamente teriam caso o dano concreto, criado pela ação do réu, só se manifestasse muitíssimos anos após referida criação (quando caberia, em verdade, a reparação integral). Possivelmente as vítimas teriam dificuldade em encontrar o causador do dano, fora a possibilidade de já não mais existirem.<sup>158</sup>

Não obstante, após refletirmos um pouco mais sobre o tema e deixando registrada nossa sensibilidade acerca da situação particular das vítimas de eventos como o mencionado, não conseguimos nos desvencilhar do entendimento de que, mesmo assim, mesmo em situações extremas como esta, mesmo que realmente não seja necessário qualquer esforço para imaginar a imensa dificuldade que a vítima enfrentará para localizar o autor do ato culposos que lhe gerou dano, não se pode indenizar pela criação de um risco que, no momento do pleito reparatório, não chegou a gerar prejuízo concreto à parte.

E, consoante já nos manifestamos neste tópico, a vítima não restará

---

<sup>157</sup>STAUCH, Marc Causation, risk, and loss of chance in medical negligence / Marc Stauch In: Medical practice and malpractice / Harvey Teff. - [Aldershot] : Ashgate, copy.2001. - p. 281. - (The international library of medicine, ethics and law). - ISBN 0-7546-2033-6 (Encad).

<sup>158</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 135.

desamparada se considerarmos a indenização em face das consequências marginais atuais e futuras da criação do risco.

David Fisher defende a reparação decorrente da criação ou incremento do risco como dano autônomo. Para tanto, advoga a ideia de que, recebendo a vítima indenização pela criação do risco causada pela atitude culposa de outrem, deverá destinar tal valor a um contrato de seguro<sup>159</sup>. Desse modo, não haveria enriquecimento sem causa da vítima, que retiraria o valor aplicado e corrigido em caso de real ocorrência do dano em momento futuro. Em caso de não ocorrência do dano, nada receberia a vítima.<sup>160</sup>

Entendemos que esse raciocínio tem o condão de resguardar a situação do agente culposo que, com sua conduta, criou o risco da ocorrência de prejuízo à vítima.

Isso porque, ao tempo em que resta condenado ao pagamento de indenização em face da criação de um risco, já sabe, de antemão, que não mais arcará com qualquer despesa, pois, na hipótese de concretização daquele

---

<sup>159</sup> Teresa Ancona Lopes refere, dentro do que explana acerca do risco da atividade médica, a edição, na França, da Lei Kouchner nº 2002 – 303 de 4 de março de 2002 -, que veio dar solução à questão da reparação da ‘álea terapêutica’. “As idéias de acaso, má sorte, fatalidade reaparecem no direito civil, dentro da responsabilidade médica, sob a forma de ‘*risque-álea-therapeutique*’ ou ‘*risque medical fortuit*’. Essa nova responsabilidade médica é fundamentada na **solidariedade nacional**, por meio dos Fundos de Garantia (pagos pelo povo), para que ninguém mais fique sem indenização. Essa lógica da solidariedade vem substituir aquela da responsabilidade, porque há danos às pessoas cometidos durante a atividade médica que ficam irreparados: são os chamados riscos acidentais e que não podem ser controlados. Não há meios conhecidos para prevenir a realização da ‘álea terapêutica’, inerente a uma intervenção cirúrgica neurológica, por exemplo. Em matéria de risco médico, a causa do acidente danoso não pode sempre ser explicada, nem prevenida. (...) A Lei de 4 de março de 2002 deixou implícito que os riscos médicos puramente aleatórios não são asseguráveis e o remédio a essa lacuna foi o recurso à solidariedade nacional. Para as vítimas receberem indenização, é preciso que o risco seja caracterizado como ‘risco-álea-terapêutica’ ou ‘risco médico fortuito’. Dentro dessa qualificação de álea terapêutica também está a gravidade do caso. Essa gravidade se refere à perda da capacidade funcional, a perda da qualidade de vida profissional ou privada. A perícia médica vai delimitar a fronteira entre o risco-álea terapêutica, o risco médico previsível e o risco médico culpável. Mesmo havendo uma álea original, se ficar provado que as circunstâncias mostram que não houve cuidados mínimos (demora de diagnóstico ou tratamento adequado na presença de complicações) por parte da equipe médica, a qualificação de risco culpável será mantida.”

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Prevenção e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. P. 208-209.

<sup>160</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 128-130.

dano em relação ao qual criou o risco de ocorrência, a vítima se valerá da quantia amealhada pela seguradora.

Lado outro, pode ser que o autor do dano realize dispêndio excessivo de moeda, a título de indenização a ser destinada a fundo securitário e o dano nunca se concretize, ou seja, a vítima nunca vai utilizar a quantia depositada. Quem, portanto, fará uso de tal valor? Reverterá ao agente causador do dano? Se sim, em que circunstâncias? Quanto tempo depois de seu depósito securitário?

Em suma, quer nos parecer que o autor em referência buscou justificar seu entendimento de que a reparação pela criação do risco trata-se de dano autônomo por meio do argumento de que o valor recebido a esse título deve ser direcionado à contratação do seguro, porquanto, assim, não fica caracterizado o enriquecimento sem causa da vítima.

Ao nosso entendimento, o argumento supra apenas reforça a ideia de que a criação do risco não pode ser reparada, pena de gerar a incongruência da vítima receber (mesmo que a título de disposição securitária) valores monetários independentemente da concretização do risco a que fora submetida. Não há como não entender presente o enriquecimento sem causa.

Em outras palavras, a tese sustentada por David Fisher acaba, por via transversa, reconhecendo que a criação do risco por si só não deve ser indenizada. Ora, se, no entendimento do autor, indeniza-se a criação do risco mas a vítima só se vale do numerário em caso de dano concreto (transferência do risco para a seguradora), o que se tem, em verdade, é a indenização decorrente do dano final e não em razão de sua criação.

E esse dano final é a verdadeira hipótese da perda de uma chance.

Pedimos vênias pela constante indicação de exemplos, mas acreditamos em sua importância como forma de melhor esclarecer nossos posicionamentos.

E aqui colacionamos mais um, plasmado com o fito de demonstrar a diferenciação acima defendida.

Consideremos, pois, a situação em que uma mulher, em razão de

suas características, de sua genética e de problemas anteriores de saúde, lidasse com o risco de 10% de ser acometida pelo câncer de ovário. Determinada conduta culposa do réu aumentou essa probabilidade para 30%. Houve, portanto, um incremento no risco.

Entendemos que este, por sua vez, não deve ser indenizado, na medida em que, concretamente essa mulher ainda goza da plenitude de sua saúde, não tendo sido acometida, apesar do incremento do risco, da doença aludida.

Se, porém, a doença manifestar-se, teremos caso de aplicação da indenização, mas não pela criação ou aumento do risco, e sim pela concretização do infortúnio. A efetivação do dano, lado outro, é a típica materialização da perda de uma chance (na seara médica). De fato, amargado o descalabro pela vítima, esta perdeu, definitivamente, a oportunidade de ter a vida mais saudável em razão da atitude culposa do réu, que, por sua vez, não restou demonstrada como condição *sine qua non* para o surgimento da doença.<sup>161</sup>

Vera Lúcia Raposo afirma que o dano indenizável decorrente da perda de uma chance é atual, não futuro. Conquanto se refira à possibilidade de uma vantagem ocorrer no futuro, a perda da vantagem é presente. Segue esclarecendo que o dano pode dizer respeito a uma oportunidade presente ou futura. E exemplifica: *<Se um paciente sofre a oportunidade de manter a voz por via de uma cirurgia às cordas vocais (sem que se possa assegurar com rigor se este dano se deve a imperícia/negligência do médico ou antes ao risco inerente a uma intervenção médica daquele tipo) perde uma oportunidade presente de cariz pessoal. Se, cumulativamente, o paciente em causa é cantor de ópera e, por via da perda da voz, fique impedido de dar mais actuações e de auferir os rendimentos que seriam esperado da sua carreira, perde uma oportunidade futura, desta feita de cariz patrimonial. >*

Informa, porém, que o segundo dano ora assinalado é presente, no sentido de que à época em que levado à Juízo, para avaliação, já havia a

---

<sup>161</sup> Se a conduta fosse considerada condição *sine qua non* para o dano final, não seria hipótese de perda de uma chance, mas sim do pagamento da integralidade da desvantagem suportada pela vítima.

perda certa e definitiva. De modo diverso, se o paciente mantiver a voz, mas existir o risco de a perder nos cinco anos seguintes, teríamos danos futuros não indenizáveis à luz da perda de chance, já que presente mera hipótese de dano. O julgador não sabe se essa chance foi ou não perdida, ao passo que a teoria da perda de chance lida com oportunidades efetivamente extirpadas e não apenas eventualmente perdidas.<sup>162</sup>

Em conclusão do tópico podemos afirmar que as duas teorias – criação de risco e perda de uma chance – não se confundem, mas apresentam pontos de contato, razão pela qual entendemos cabível a organização do estudo em tela.

Voltando ao tema central do trabalho e dentro do que se tem como perda de uma chance como dano autônomo, diferenciamos a chamada perda de uma chance clássica da perda de uma chance na seara médica, distinção sobre as quais nos comprometeremos a seguir.

## 6.2 – Perda de uma chance clássica

De pronto acentuamos que a perda de uma chance clássica é assim chamada para o fim de abranger todas as aplicações da teoria diversas de sua serventia na seara médica.

Nela, a ação (intervenção) de terceira pessoa interrompe, completamente, a linha de desdobramento fático que levaria à vantagem esperada pela vítima. Mas mais que isto, o ofendido nunca terá condições de saber se, caso não tivesse ocorrido a interrupção, de autoria de terceira pessoa, teria logrado êxito em seu intento.

Traduzindo em exemplo de conhecimento amplo no Brasil e até mesmo mundial: Wanderley Cordeiro, atleta brasileiro, disputava os Jogos Olímpicos de 2004, em Atenas, e liderava a maratona olímpica quando, depois de percorridos cerca de trinta e cinco quilômetros, faltando pouco menos de

---

<sup>162</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. **Em busca da chance perdida : o dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica.** Revista do Ministério Público, Lisboa, a.35, n.138(Abr.-Junho2014), p. 19.

oito quilômetros para o fim e com uma vantagem de 25 a 30 segundos sobre o segundo colocado – superioridade expressiva para a prova em evidência, porquanto representava vácuo de 150 metros entre os competidores – foi empurrado por um espectador (um ex-padre irlandês) que o jogou para fora da pista. Conseguiu, com a ajuda de outro espectador (um grego), desvencilhar-se. Não obstante, perdeu o lugar mais alto no pódio. Conquistou a medalha de bronze.<sup>163</sup>

Pensamos não haver qualquer discordância no fato de que a atitude do irlandês, rompeu, definitivamente, com a expectativa de Wanderley Cordeiro sagrar-se campeão da maratona. O atleta em referência, bem como todo o mundo, nunca saberá se, caso não tivesse sido interrompido, seria, efetivamente, o vencedor.

E o raciocínio se dá porque, muito embora estivesse liderando a maratona, muito embora estivesse próximo do fim da prova, muito embora estivesse com razoável esfera de vantagem em relação ao segundo colocado, circunstâncias outras poderiam levá-lo, igualmente, ao terceiro, ou ao segundo lugar.

O brasileiro, por ter liderado a prova em quase sua totalidade e, portanto, forçado o seu corpo ao limite, poderia, nos quilômetros finais, desacelerar, de modo a perder a medalha de ouro; os maratonistas que vinham atrás, em atitude inversa, poderiam ter se poupado durante praticamente toda a corrida para, também nos quilômetros finais, efetuar o chamado '*sprint*' e superar o brasileiro. O medalhista de bronze poderia, dado o desgaste físico, ter sofrido uma câimbra que lhe retirasse da disputa. Enfim, as possibilidades são muitas. O que se tem como certeza é, paradoxalmente, a incerteza. Em verdade, a total ausência de conhecimento acerca do que teria acontecido. Qualquer ilação a respeito disso não passa de ilação, de exercício indevido de futurologia e este não encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Deve-se, assim, analisar as chances que tinha o maratonista de ganhar a prova.

---

<sup>163</sup> Fonte: wikipedia

Referimos outro exemplo. Julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no bojo do qual uma pessoa postulava a aplicação da teoria ao argumento de que, em virtude da conduta da parte contrária, que demorou a entregar-lhe um diploma, restou impedida de tomar posse em concurso público para o qual havia sido aprovada.<sup>164</sup>

A análise da situação, da forma como aqui narrada, demanda plena aplicação da teoria. A linha de desdobramento fático nas hipóteses de concurso público, com algumas variações decorrentes das peculiaridades do cargo e do empregador, ao menos no Brasil, consiste na submissão do candidato às provas escritas e físicas, em suas diversas etapas, submissão aos exames médicos exigidos pelo futuro empregador, apresentação da documentação exigida, mormente aquelas especificamente relacionadas ao cargo almejado e posse. Há situações em que tudo isso acontece e a pessoa não toma, efetivamente, posse, em razão da grande quantidade de aprovados (em todas as fases acima mencionadas) e do diminuto número de vagas disponibilizadas. Aqueles, porém, que logram ultrapassar todas as fases acima delineadas e, ao final, restam classificados dentro do número de vagas dispostas no edital, abarcam mais condições de tomarem posse. Em outras palavras: possuem a real e concreta chance de obter o emprego.

---

<sup>164</sup> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ENTREGA DE DIPLOMA. DEMORA. DANOS MORAIS, LUCROS CESSANTES E INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA. Agravo retido - Com relação à produção de prova, desnecessária se mostra a prova oral no presente feito, pois a matéria tratada é essencialmente de direito e a prova necessária à formação do convencimento do julgador é documental, cujo alcance aos autos incumbia à parte autora. Ademais disso, o magistrado é o destinatário da prova, nos termos do art. 130 do CPC de 1973, cabendo-se aquilatar a necessidade da produção probatória e indeferir diligências que considera inúteis ao desate da lide. Agravo retido desprovido. 1. Caso em que a demora na expedição do certificado de conclusão do curso se justifica também por culpa do autor que demorou mais de três anos para entregar a documentação exigida pela Universidade. 2. Constitui dano moral apenas a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, exorbitando a normalidade, afetem profundamente o comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, desequilíbrio e angústia, hipótese inócurrenente no caso em apreço. Indenização indevida. 3. Na ausência do ato ilícito, não há falar em indenização por perdas e danos. AGRAVO RETIDO E APELO DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70068520485, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 27/04/2016)  
www.tjto.jus.br

No caso levado a julgamento ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não se pode afirmar que, caso a autora da ação tivesse obtido o diploma junto à parte ré em tempo hábil à apresentação à organização do certame, efetivamente teria tomado posse.

Fatores outros poderiam surgir e o cargo inicialmente perseguido poderia escapar à autora: ela poderia conseguir outro emprego que lhe trouxesse maiores benefícios, poderia ser surpreendida com a anulação do certame, poderia descobrir uma doença que tornasse inviável a posse, poderia, com o perdão do macabro, simplesmente, morrer.

Não existe um benefício futuro certo, não existe uma certeza de que o ganho ocorreria, isto é, poderia tanto ser um resultado favorável como não, mas a atitude do requerido, ao demorar com a entrega do diploma, vedou completamente, da forma como a situação restou até aqui narrada, as chances da autora tomar posse no cargo, desde que essencial sua apresentação.

O caso concreto, porém, implicou improcedência do pleito de indenização em razão de duas peculiaridades: ficou demonstrado, pela análise do edital do concurso, que a qualificação que o diploma demonstraria poderia ser realizada por outros meios documentais. Também restou demonstrado que a demora da parte requerida na confecção do diploma requestado deveu-se também à atitude da própria autora, que, por mais de três anos, deixou de apresentar a documentação necessária à confecção do documento.

Nessa linha de raciocínio, temos que houve, por parte da autora, violação ao princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, na medida em que as dificuldades suportadas por ela, quando da não aceitação do diploma pelo almejado órgão empregador, decorreram de seu próprio comportamento em não providenciar a documentação necessária a tal confecção.

Sendo assim, muito embora não desconheçamos que o exemplo comentado em verdade negou a aplicação da teoria, entendemos conveniente a citação, porquanto tentamos aproveitar a ilustração para identificar a ocorrência da perda da chance, desde que adaptada à situação da autora.

Jacques Bore assinalou que a lesão decorrente da perda de oportunidade pode ser considerada como uma forma particular de prejuízo, apresentando dois aspectos, qualitativo e quantitativo.

Em relação ao primeiro, menciona que o dano é a frustração do valor que tem por objeto a distinção entre o que efetivamente ocorre e o projetado pelo ofendido. No que diz respeito ao aspecto quantitativo, o valor desta oportunidade é determinada por um coeficiente de ponderação numérica que apresenta um coeficiente de eficiência. Projetam-se as prováveis causas prejudiciais ao resultado final almejado e divide-se pela série de probabilidades que são atribuídas a diversas causas, o que explica que várias dívidas de reparação desta natureza podem coexistir mantendo-se estritamente independentes. A compensação não é arbitrária, mas arbitrada.<sup>165</sup>

Imediatamente antes de adentrarmos o tópico acerca da perda de chance na seara médica, juntamos caso de aplicação da perda de uma chance em caso de descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias, em que, muito embora aparentemente pareça hipótese de perda de chance no âmbito médico, não é (a explicação segue logo no primeiro parágrafo do próximo tópico da presente dissertação).

O caso retrata indenização concedida a menor que, em face da ausência de preposto da empresa contratada por seus genitores para a coleta do material no momento do parto, não teve recolhidas as células-tronco embrionárias.

Consignou-se que as células-tronco, cuja retirada do cordão umbilical deve ocorrer no momento do parto, são o grande trunfo da medicina moderna para o tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis.

Aventou-se a possibilidade de 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 das células-tronco retiradas do seu cordão umbilical.

---

<sup>165</sup> BORÉ, Jacques. L'indemnisation pour les chances perdues – une forme d'appréciation quantitative de La causalité d'un fait dommageable. *La Semaine Juridique*, Paris, I, ano 49, 1974.

Contudo, perdeu, definitivamente, a chance de prevenir o tratamento dessas eventuais futuras patologias.<sup>166</sup>

Existe independência entre os prejuízos representados pela perda da vantagem esperada (dano final) e a perda das chances.

O dono do cavalo que sequer chegou a competir, porque não transportado a tempo, teve prejuízo decorrente da perda da vantagem esperada (ganhar a corrida). Suportou, também, por óbvio, a perda da chance de chegar até o vitorioso resultado final.

O primeiro prejuízo não se pode indenizar, uma vez que nunca se saberá se o cavalo obteria êxito na prova caso chegasse a tempo de competir. A linha de desdobramento causal que levaria ao eventual sucesso na competição foi interrompido.

O segundo prejuízo, apartado do primeiro, dito, assim, autônomo, é plenamente passível de indenização. Houve indiscutível perda da chance de sagrar-se campeão da prova de hipismo. No caso específico, perdeu a chance, inclusive, de competir.

Rui Stoco assinala que apenas a perda da chance enquanto tal poderá vir a ser merecedora de atenção e consideração para efeito de reparação e não o suposto resultado que ela viesse a permitir.<sup>167</sup>

## 6.3 – Perda de uma chance na seara médica

Situação diversa da perda de uma chance clássica é a chance perdida na seara médica. Nesta hipótese, não existe qualquer ilação acerca do que poderia ter acontecido caso a linha de desdobramento causal não tivesse sido interrompida. A razão é simples. O resultado final e danoso é conhecido: ou a vítima foi a óbito, ou ficou com falhas de comunicação, de locomoção, de

---

<sup>166</sup> REsp 1.291.247-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/8/2014. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

<sup>167</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil - Tomo I**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p. 214.

coordenação, dentre outras. O que se coloca em análise é a relação de causalidade a ser estabelecida entre a conduta do médico e o resultado danoso suportado pela vítima. É preciso analisar se a morte ou a invalidez, por exemplo, advieram da conduta do médico ou da complicação/evolução natural da doença. Essa tarefa, não precisamos de esforço de raciocínio para concluir, não é nada fácil. É árdua.

A perda de chance de cura ou de sobreviver não pode, portanto, ser apreciada de forma autônoma, independente (como ocorre na perda da chance dita clássica), porquanto completamente subordinada à existência do prejuízo final.

Sérgio Cavalieri Filho sinaliza que o elemento determinante à indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. Acentua que o que se perde é a chance da cura e não a continuidade da vida. Aduz que a falta reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência. Ressalta que a omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se houver erro médico e esse erro provocar *'ab origine'* o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico.<sup>168</sup>

Em reforço ao sustentado, cita julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que uma clínica de olhos foi condenada a indenizar paciente, que sofreu descolamento de retina, não pela cegueira em si, mas pela perda de uma chance de salvar a sua visão, uma vez que, quando procurada, deixou de realizar a cirurgia necessária pela falta de médico profissional disponível na ocasião, tendo a intervenção cirúrgica sido realizada depois de ultrapassado o período da situação emergencial, quando a lesão na retina já havia se consolidado. A indenização foi concedida a título de dano moral, mas a decisão expressamente consignou que cuidava a hipótese de

---

<sup>168</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

perda de uma chance e, por isso, a responsabilidade, no que diz respeito ao *quantum*, seria mitigada.<sup>169</sup>

Mais um caso ilustrativo sobre o tema, desta feita no tocante à perda da chance de evitar prejuízo suportado em face de erro médico na escolha de tratamento, colhemos em nossas pesquisas junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O paciente sofreu uma queda e teve o punho engessado, quando, em verdade, deveria ter sido submetido à cirurgia desde o primeiro atendimento que tivera, consoante demonstrado pela prova pericial judicial inserta nos autos da ação submetida a julgamento em primeira instância. Passaram-se mais de seis meses do engessamento até que, finalmente, fosse submetido à primeira cirurgia e, então, a mais outra. Entendeu-se que, em razão da falha no diagnóstico, o paciente perdeu a chance de evitar tamanho prejuízo.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA. CLÍNICA DE OLHOS. DESLOCAMENTO DE RETINA. PERDA DE VISÃO. ATENDIMENTO TARDIO. PERDA DE UMA CHANCE. REPARAÇÃO. Inequívoca a responsabilidade civil da autora por perpetrar a autora perda da chance de salvar a sua visão evidenciada pela conduta omissiva médica na primeira consulta marcada para 29/12/1999, por volta de profissional disponível na ocasião, transferindo-se, a consulta e atuação médica para o dia 03/01/2000, quando a lesão da mácula na retina já se consolidara, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e procedimento cirúrgico, nessa ocasião, sem a mínima possibilidade de sucesso. A questão da perda da chance se afigura na situação fática definitiva de perda da visão de olho direito que nada mais modificará, visto que o fato do qual dependeu o prejuízo está consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse, ao menos, possibilidade de sucesso e salvaguarda de sua visão. PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO RECURSO E DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO. Apelação Cível 8137/2006 – Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>170</sup> Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C PEDIDO DE PENSIONAMENTO. DANOS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO NA ESCOLHA DE TRATAMENTO. PENSIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO VALOR. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO QUANTUM. PRELIMINARES AFASTADAS. 1. Questões preliminares. 1.1. Caso em que não há falar em nulidade por falta de apreciação - pelo juízo inferior - do pedido de produção de prova testemunhal, à míngua de suficiente demonstração do prejuízo daí decorrente. 1.2. Prejudicada a análise dos danos materiais, uma vez que o autor limitou-se a postular o reconhecimento destes no corpo da inicial, deixando de formular pedido final específico a respeito do tema. 2. Responsabilidade Civil dos Hospitais e dos Médicos. Em regra, os médicos, pessoas físicas prestadoras de serviços que são, assumem obrigação de meio no exercício de suas atividades profissionais, com raras exceções como, por exemplo, as intervenções estéticas embelezadoras e os serviços radiológicos. Tanto a legislação substantiva civil e o Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo 4º do artigo 14, estabelecem que a responsabilidade do médico é subjetiva, pressupondo-se, portanto, a comprovação de culpa

Não há a menor garantia de que, mesmo com a imediata intervenção cirúrgica, o autor não teria as sequelas que acabou por suportar (encurtamento do rádio esquerdo e déficit de mobilidade do punho esquerdo, implicando déficit funcional de grau médio). O que se sabe, porém, é que perdeu, em face do erro no tratamento, a chance de evitá-las.<sup>171</sup>

---

para o resultado danoso em uma de suas formas: negligência, imprudência ou imperícia. As instituições hospitalares, por sua vez, quando demandadas em virtude de seus serviços, assumem responsabilidade objetiva por força do artigo 14 do CDC, motivo pelo qual basta a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o dano para a sua responsabilização, salvo quando provada alguma excludente legal de responsabilidade (artigo 14, § 3º, do CDC). Por outro lado, quando demandadas em razão de erro médico propriamente dito, as entidades hospitalares assumem responsabilidade subjetiva. Precedente do STJ. 3. Danos decorrentes de erro médico na escolha de tratamento. 3.1. Caso em que o autor, em virtude de fratura sofrida no seu pulso, foi submetido pelo médico réu a tratamento de imobilização com gesso quando, pelo tipo de fratura sofrida, o tratamento recomendado era o de intervenção cirúrgica, desde o início, conforme clara e expressamente consignado em perícia médica judicial. Procedimento cirúrgico que, no caso, poderia evitar não só a seqüela remanescente no membro superior do autor, como também a necessidade de ser ele ulteriormente submetido a outras duas cirurgias. 3.2. Pensionamento. O valor estipulado pelo magistrado singular a título de pensionamento não deve ser alterado no caso em tela, levando especialmente em conta a perda parcial da capacidade do obreiro para o seu labor habitual. Deve-se tomar em consideração, ademais, que não se está indenizando, no caso, um dano materializado, e sim a perda de uma chance de que tal prejuízo fosse evitado. Por outro lado, não havendo base fixa, com previsão legal específica, deve o juiz fazer o arbitramento a partir de circunstância similar que permita fundamentar seu raciocínio. Indenização por dano moral que deve ser majorada para R\$ 15.000,00, uma vez que, diante do erro na adoção de tratamento pelo médico, o autor acabou tendo de submeter-se a duas intervenções cirúrgicas plenamente evitáveis. Quantificação do dano imaterial que também deve atentar para o sofrimento pessoal, as conseqüentes incertezas e o visível desgaste emocional a que foi o autor submetido, sem desconsiderar, por outro lado, a capacidade financeira da parte civilmente responsabilizada. 4. Marco inicial dos juros moratórios atinentes aos danos morais. Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, o termo inicial dos juros de mora deve corresponder à data do evento danoso (Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça). PRELIMINARES AFASTADAS. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA E APELAÇÕES DOS RÉUS DESPROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70068550029, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 13/04/2016).

[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)

171 - A análise do inteiro teor do acórdão assinala que: *“Obviamente não se pode precisar se, mesmo com o tratamento cirúrgico recomendável, a lesão do punho esquerdo do autor estaria ou não totalmente curada, sem resultar qualquer seqüela para as funções típicas do membro. Essa certeza é inalcançável. O que se pode afirmar, no entanto, é que o autor foi privado da utilização de um meio que, de acordo com a perícia, seria mais eficaz para o tratamento da lesão e para evitar as sequelas decorrentes. Não há dúvida, diante disso, que houve a privação de uma expectativa séria e provável de se evitar as sequelas decorrentes da lesão, onde reside a culpa do agir do facultativo demandado, que deveria empregar o meio mais eficaz para o tratamento da lesão, inexistindo nos autos qualquer justificativa para tal omissão. Por outro lado, adentrando-se também na questão do nexo causal, não se pode afirmar que as sequelas*

A condenação pela perda de uma chance ocorreu mediante pensionamento vitalício, mas não em valores que seriam devidos caso se comprovasse que as sequelas decorreram indubitavelmente da ausência de imediato procedimento cirúrgico (o que, sustentamos, redundaria em aplicação direta do dano material), mas em valor reduzido, justamente pela ausência dessa certeza. Restou a instituição ré condenada também ao pagamento de indenização a título de dano moral.

Nessa mesma linha de redução da indenização em decorrência da ausência de certeza que ligue direta e imediatamente a conduta do demandado ao prejuízo sofrido pela vítima na seara médica, assinalamos mais um precedente, também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dando conta de situação em que familiares da vítima entraram em contato com o serviço de atendimento médico solicitando apoio, porquanto aquela estava passando mal. Havia, inclusive, relato de pessoa da área da saúde, e que estava com a enferma, destacando que o caso era grave. No entanto, foi negado o deslocamento da ambulância pela médica responsável pela triagem dos atendimentos. A enferma foi a óbito. Consignou-se, na exata linha de entendimento abarcada pela teoria da perda de uma chance, que não havia maneira de precisar que a morte decorreu da falta de remoção imediata da vítima para a unidade hospitalar, até porque condições clínicas pretéritas da enferma foram consideradas. Não obstante, não se pode negar que a ausência da ambulância postulada, mormente diante de relato de pessoa da área da saúde informando que o caso era grave, espancou as chances de tratamento da vítima. Por esta razão, à indenização arbitrada (pensionamento) aplicou-se fator redutor. Houve, ainda, condenação por dano moral.<sup>172</sup>

---

*apresentadas pelo autor decorreram única e exclusivamente da atuação médica do réu. As lesões decorreram da queda do demandante de um telhado. As sequelas havidas, por sua vez, resultaram da ausência de plena eficácia do tratamento médico utilizado, quando outro – o cirúrgico – era indicado para o caso. Mas, caso empregado o tratamento médico recomendável, vale dizer, a intervenção cirúrgica, não resultaria para o autor qualquer sequela? Efetivamente não há como saber. Não resta dúvida, entretanto, que o autor foi privado da utilização de um meio que, consoante apontado pela perícia, traria maiores probabilidades de recuperação total.”*

<sup>172</sup> Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. - Estando a causa de pedir amparada exclusivamente em alegada falha na prestação do serviço de atendimento médico oferecido pelo município réu, descabida a denúncia da lide em desfavor do hospital que atendeu a paciente. Responsabilidade que deve ser analisada

Sabemos todos que o direito à saúde se insere nos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Trata-se, pois, de um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. A redação do artigo 196 do texto constitucional brasileiro exterioriza o status do referido direito ao estabelecer que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”*<sup>173</sup>

Com foco nesse viés da ausência de qualquer distinção no que diz respeito ao direito à saúde, englobando, portanto, expressamente, o acesso universal a ações de promoção, proteção e recuperação, tanto no âmbito individual como genérico, trazemos à colação julgado proferido pelo Superior

---

pela alegada omissão de socorro. Descabida a intervenção para garantir eventual direito de regresso. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÉDICO. SAMU. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. CULPA DEMONSTRADA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO EQUITATIVA DA INDENIZAÇÃO. PENSIONAMENTO. DANO MORAL. - Tratando-se de ato omissivo praticado pelo ente público, deve ser aplicado o regime de responsabilidade civil subjetiva, com a demonstração de uma conduta dolosa ou culposa por parte do agente, do dano suportado pela vítima e do respectivo nexo de causalidade. - Caso em que familiar dos autores passou mal, sendo solicitado o serviço de atendimento médico pelo SAMU. Relato de pessoa da área da saúde, que estava com a enferma, dizendo que o caso era grave. Negativa de deslocamento de ambulância por médica responsável pela triagem dos atendimentos. Avaliação superficial e equivocada. Enferma que veio a óbito. Conduta negligente evidenciada. Responsabilidade civil reconhecida. - Nexo de causalidade demonstrado a partir da aplicação da teoria da perda de uma chance. Negativa de prestação de socorro que retirou da enferma a possibilidade de tratamento. Subtração da paciente da perspectiva de cura ou melhora da saúde. Dever de indenizar configurado. Condições clínicas pretéritas da de cujus que igualmente devem ser sopesadas. Necessidade de redução de percentual sobre as parcelas indenizatórias. - Pensionamento devido ao filho menor até que complete 25 (vinte e cinco) anos de idade. Montante estabelecido em 2/3 da renda auferida pela vítima, abatido o percentual de 50% (cinquenta por cento). - Dano moral in re ipsa. Negligência na prestação de socorro. Situação que, por si só, é capaz de causar aflição e angústia aos familiares da falecida. Ainda, o evento morte caracteriza dano moral puro, por presunção. Lição doutrinária. Montante indenizatório (R\$ 80.000,00 - oitenta mil reais - dividido entre os autores), abatido do percentual de 20% (vinte por cento). - Honorários advocatícios. Manutenção do valor fixado em sentença. - Pagamento das custas processuais por metade pelo ente público. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. NO MAIS, MANTIDA A SENTENÇA EM REMESSA NECESSÁRIA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70066571324, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 31/03/2016).

<sup>173</sup>BOFF, Caroline Moreira. Comentários à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito fundamental à saúde e a responsabilidade civil do hospital privado nos casos de emergência. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p.263-277, jul-set 2014.

Tribunal de Justiça, a exemplo do último julgado acima referido, fixando responsabilidade civil de hospital privado por omissão no atendimento.

O aresto retrata a situação de pais de criança falecida em hospital público do Distrito Federal que ajuizaram ação postulando indenização a ser paga por hospital particular perante o qual, mesmo com decisão judicial em sede liminar, determinando o atendimento por aquele estabelecimento privado, a criança não foi aceita, sob o argumento de que a decisão extraída da internet e apresentada pelo próprio médico da rede pública que acompanhara a paciente ao hospital particular, não era dotada de validade. Em primeira instância e perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o pedido foi julgado improcedente, ao argumento de que não restou comprovado que o óbito teve origem apenas na recusa do nosocômio particular.

Em sede de novo recurso, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão primeira, garantindo aos pais da criança falecida indenização a título de danos morais, fundamentando que *“A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.”*<sup>174</sup>

---

<sup>174</sup> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO.

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, porquanto para a resolução da questão, basta a valoração das consequências jurídicas dos fatos incontroversos para a correta interpretação do direito. Precedentes.

3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico,

Entendemos acertada a indenização com base na teoria da perda de chance, uma vez que não se pode afirmar que a menor sobreviveria caso tivesse sido recebida pelo hospital particular, mesmo tendo este mais e melhor estrutura para atendimento. O que se pode afirmar, de fato, é que ela perdeu a oportunidade de acesso a melhores condições de atendimento e tratamento e, por conseguinte, de sobrevivência.

A ressalva que fazemos ao julgamento, contudo, é que o pedido dos pais tinha como pano de fundo e objeto a morte da menor (postularam indenização por dano material e moral decorrente do óbito).

O julgamento, porém, fulcrado na teoria da perda de uma chance, determinou a indenização tão somente a título de dano moral, em razão da frustração da chance de sobreviver (de receber atendimento e tratamento adequado).

O que se indeniza, em termos de valores, é a chance perdida, e não o valor do bem em si mesmo.<sup>175</sup>

Parece-nos que houve desconformidade com o princípio da congruência, não podendo o Superior Tribunal de Justiça adotar 'tese' subsidiária não postulada pela parte para o fim de amparar os pais da criança. Estes poderiam até ter postulado a indenização da forma como fizeram (regra tudo ou nada), mas pensamos que deveriam, em caráter subsidiário, caso o

---

que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral.

5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado.

6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.

7. Na linha dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe.

8. Recurso especial parcialmente provido.

Resp 1335622/DF

Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Data do Julgamento 18/10/2012

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

<sup>175</sup> ALMEIDA, Felipe Cunha de. A Teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil do profissional da saúde sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça: Que tipo de indenização? **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 61, n. 427, p.73-88, maio 2013.

pleito principal não fosse acolhido, postular, também, a indenização decorrente da perda de chance.

Diante de tudo que acabamos de catalogar, concluímos que a perda da chance na seara médica traduz-se na efetiva aplicação da causalidade parcial.

O revés aqui observado reside no fato de que, se adotarmos os princípios contidos nas decisões que consagram a perda de uma chance na área médica, toda a jurisprudência que trata de responsabilidade civil estaria autorizada a utilizar a causalidade parcial e, como a certeza absoluta em relação à causalidade é uma utopia, não mais haveria condenações totais.<sup>176</sup>

Acerca da responsabilidade civil médica e a problemática da metodologia da perda de chance, observamos julgado francês, datado de 10 de outubro de 2010, em que restou identificado que o conflito de um elemento de incerteza e um elemento de certeza apresenta a chave para a metodologia de perda da oportunidade, aferível em dois passos:

- o primeiro consiste em caracterizar a incerteza quanto ao nexo de causalidade entre o erro cometido e a perda total do paciente. Esta incerteza revela a dificuldade em determinar se a evolução do quadro do paciente teria sido distinta sem a ocorrência do erro cometido pelo profissional da Medicina.

- o segundo passo consiste na incerteza exclusiva de que uma indenização pela perda total seja estabelecida, o que implica verificar se o paciente teve uma hipótese de melhoria do seu estado do qual foi privado pelo erro cometido.

No entanto, esta pesquisa não pode ser realizada limitando-se a fazer referência a uma incerteza sobre a evolução da patologia ou a indeterminação da causa em que a síndrome ocorreu. Tais elementos de incerteza têm efeito apenas sobre a relação de causalidade entre o erro e a perda total, não sobre a relação de causalidade entre essa falha e o prejuízo

---

<sup>176</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 88.

específico da perda de chance. Decidir em contrário é negar a existência da especificidade da perda de chance como prejuízo distinto.<sup>177</sup>

Citamos julgado português, proveniente do Tribunal da Relação do Porto, em que julgou-se improcedente pedido da parte que postulava indenização de profissional médico por erro de diagnóstico.<sup>178</sup> Em consulta ao inteiro teor formamos convicção de que o pleito do autor deveria ter sido exitoso caso fosse fundamentado na perda de uma chance.

O caso em espécie narra, em brevíssimo resumo, a situação de paciente que, queixando-se de dores em um dos pés, foi diagnosticado com *hallux valgus*, conhecido vulgarmente como joanetes e, após realização da cirurgia e com a não cessação das dores, foi constatado, por outro profissional da medicina, a existência de obstrução vascular, real causa de seu padecimento, além de psoríase e doença de Buerger, de modo que a operação realizada no *hallux valgus* foi um erro de diagnóstico. O paciente sofreu amputação parcial do dedo maior do pé esquerdo, submeteu-se a tratamento doloroso e conviveu com a possibilidade de ter o pé amputado.

O Tribunal entendeu que, muito embora não tenha ficado demonstrado que, no exame físico, o médico tenha feito a palpação dos pulsos periféricos, circunstância que poderia conduzir ao juízo de que omitiu comportamento necessário a diagnosticar a vascularização, consignou que, objetivamente, o médico não agiu mal. Afirmou que qualquer suspeição determinaria a realização de exames complementares de diagnóstico da área vascular, não podendo porém afirmar, como seria necessário para reprovar a conduta do médico, que tais exames devam ser feitos por rotina, quando o quadro clínico aparente não aponta nesse sentido. Por fim consigna que “*Foi um lamentável erro médico, que muito padecimento deu ao autor, mas que cai no âmbito do risco próprio do exercício da medicina.*”

---

<sup>177</sup> FRANÇA. Cour de cassation. 1re Civ., 14/10/2010 Confirmation et approfondissement du nouveau fondement de la responsabilité civile médicale et de la problématique et méthodologie de la perte de chance/[comentário de] Pierre Sargos Recueil Dalloz. Jurisprudence, Paris, n.40(18nov.2010), p. 2685.

<sup>178</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11.09.2012 – Processo 2488/03.

Observando a situação sob a ótica dos pressupostos da perda de chance, entendemo-la presente.

Inicialmente consignamos parte da decisão em referência que claramente afirma a ocorrência do erro de diagnóstico, ao pronunciar: “*O relato factual adquirido, repetimos, patenteia um inquestionável erro médico ao nível do diagnóstico, porque o réu Dr. D... não verificou que o autor padecia de uma insuficiência vascular que lhe provocou a complicação pós-cirúrgica e que conduziu à amputação do primeiro dedo do pé esquerdo, que ficou com três centímetros de base por três centímetros de altura.*”

Ao que se depreende da leitura do acórdão, um simples exame de sangue (realizado sem dificuldades em outra clínica) teria detectado o problema, ou ao menos levantado suspeita, dando azo a maior investigação.

Não conhecemos a realidade médica em Portugal, mas ao menos no Brasil, e não acreditamos que na Europa seja diferente, exames de sangue pré-operatórios são absolutamente requisitados pelos profissionais da Medicina, à exceção dos casos cirúrgicos de emergência, o que não parece ser o caso de pessoa portadora de *hallus valgus*.

Logo, o erro de diagnóstico não poderia ter sido utilizado como mero risco decorrente da atividade médica, uma vez que, muito embora não possamos inferir que, uma vez descoberto o problema vascular do autor ele não teria complicações pós-cirúrgicas, podemos, lado outro, concluir que, caso referido diagnóstico tivesse sido prévio, tratamento outro poderia ter sido recomendado e até uma postergação da cirurgia, a fim de que fossem realizados outros procedimentos relacionados aos demais padecimentos. Entendemos, portanto, que o erro de diagnóstico implicou nítida perda de chance de sobrevida mais saudável (sem a amputação de parte do dedo do paciente).

Dito de outro modo: a omissão do médico é causa direta da perda da oportunidade do lesado de não amargar o prejuízo à sua saúde.

A apreciação em espeque, em cotejo com tantas outras por nós pesquisadas perante o Judiciário português<sup>179</sup>, demonstra a resistência daquele país à aplicação da perda de chance.

Referida conclusão pode ser também retirada do trabalho de pesquisa desenvolvido por Mafalda Miranda Barbosa, investigadora do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que realizou análise da jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica como integrante do projeto ‘Para um quadro legal de Responsabilidade Médica menos agressivo, mais eficaz e mais favorável à redução do erro médico’<sup>180</sup>.

Na aludida investigação, consultou cerca de vinte e três acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, sendo que nove resultaram em condenação e catorze em absolvição.

Restou destacado que as nove condenações decorreram, praticamente todas, de presunção de culpa que recaía sobre os réus e das quais estes não conseguiram de desincumbir.

As absolvições, de seu turno, giraram em torno da não demonstração de que os profissionais da Medicina agiram com falta de

---

<sup>179</sup> 2759/10.8TBGDM.P1.S1-A

Disponível

em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f60d57dfaef44dd680257f33005658f8?OpenDocument>

Nesse julgado o banco recusou pagamento ao portador de um cheque, ao argumento de que o sacador revogou a cártula. O Tribunal entendeu que, mesmo tendo o banco aceitado a recusa do cheque pelo sacador de forma ilícita, a conta do sacador não tinha provisão de fundos e, portanto, ao tomador só seria cabível julgamento de procedência de seu pleito indenizatório se conseguisse demonstrar o prejuízo advindo da recusa do banco ao pagamento (porquanto o mesmo se dera pela recusa do sacador).

O voto vencido mencionou a perda de chance dizendo que *“o comportamento do Banco sacado, ao aceitar ilicitamente a revogação do cheque, destruiu as expetativas do autor e inviabilizou a obtenção do resultado esperado, ou seja, o pagamento do montante inscrito no cheque. Estão assim preenchidos os pressupostos da ressarcibilidade da chamada “perda de chance”, dano que se não confunde com a perda da vantagem esperada – aqui, o pagamento do cheque – mas diz respeito à perda da chance de obter uma vantagem – o referido pagamento.*

Para mais exemplos, vide nota de rodapé 330.

<sup>180</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte. **Cadernos de Direito Privado**, Braga, n. 38, p.14-27, abr -jun. 2012.

cuidado, zelo, diligência, imperícia ou falta de conhecimentos técnicos-científicos, bem como da ausência de comprovação, pelos autores, denexo de causalidade entre os fatos provados e os danos cuja indenização era reclamada.

Todas as decisões, portanto, deixaram transparente a dificuldade e posição de desvantagem do paciente no que diz respeito à atividade probatória.

Em nosso modo de pensar a carga dinâmica da prova<sup>181</sup> deveria ser aqui utilizada<sup>182</sup>. Nada obstante, parece não ter sido a opção escolhida pela corte portuguesa.

É justamente em razão de inconvenientes como os ora relatados e suportados pela vítima que a teoria da perda de chance tem seu âmbito de aplicação caracterizado. Nada obstante e como já dito, sua adoção pelos Tribunais de Justiça Portugueses ainda é tímida.

Seguindo, o cabimento concreto da indenização em casos de aplicação da teoria abrange o que se tem como interesse real e sério, tema que abordaremos no tópico seguinte.

---

<sup>181</sup> Tem por escopo romper com a regra estática de divisão do ônus da prova, de modo que, aquele que tenha melhor condição de produzi-la, arcará com o respectivo encargo.

É expressamente positivada na legislação brasileira, com a recente entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (18 de março de 2016), a ver:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 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.

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>

<sup>182</sup> Caetano Lagrasta Neto manifesta-se favorável à carga dinâmica da prova em casos de responsabilidade médica, citando, para tanto, julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em junho de 1996 e salientando que o mesmo permite dar extensão ao princípio sem que haja exclusividade na esfera consumerista.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de et al (Org.). **A prova no Direito Processual Civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013. P. 100.

### 6.3.1 – Perda da chance pelo descumprimento do dever de informação (consentimento informado)

Começamos o tópico narrando um caso julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, o qual retratou a seguinte situação: a autora procurou um médico para realização de cirurgia estética. Tinha a intenção de alterar o local em que possuía uma cicatriz, a fim de que a mesma não ficasse visível em suas pernas quando utilizasse roupas de banho. Queria, portanto, subir a cicatriz.

O médico consultado informou que faria o procedimento por meio de duas cirurgias que ocorreriam em momentos distintos: em um primeiro momento faria uma lipoaspiração na parte interna das coxas da paciente e, em uma segunda etapa, subiria as cicatrizes.

Realizado o primeiro procedimento, foi surpreendida a autora com a notícia de que o problema havia sido resolvido de uma vez só, tendo o médico aproveitado a gordura que extraiu de suas pernas e a enxertado na vulva da paciente.

A autora relatou extrema dor, inchaço, incapacidade para as ocupações habituais por cerca de 40 dias, deformação definitiva na zona dos grandes lábios, tratamento ginecológico por conta de infecções que ressurgiram, dor e mal estar generalizado no período menstrual, incômodos ao usar roupas de baixo, vida sexual praticamente inexistente no ano subsequente à intervenção cirúrgica e necessidade de buscar ajuda de outro profissional.

Postulou judicialmente a reparação material e moral pelos danos suportados, ao argumento, grosso modo, de que contratou e subscreveu termo de consentimento informado para a realização de cirurgia de ‘subida’ de cicatriz e foi ‘premiada’ com vulvoplastia, sem que tivesse sido, em nenhum momento, avisada acerca da possibilidade de realização de tal intervenção.

O médico, em sua defesa, informou que a correção que a autora pretendia era de difícil resolução, dada a grande diferença de elasticidade entre

a pele das duas regiões, tendo sido informada das dificuldades cirúrgicas e, apesar de devidamente informada, solicitou o seu tratamento; que na segunda cirurgia planejada estava prevista a eventualidade de injetar tecido adiposo da autora nos grandes lábios para respectiva reconstrução, após a elevação da pele das regiões crurais, o que aceitou; que após a realização da cirurgia programada de lipoaspiração das regiões crurais verificou-se que a elasticidade da pele das regiões operadas não era suficiente para obter o efeito desejado no segundo tempo operatório, pelo que foi decidido intra-operatoriamente aproveitar algum tecido adiposo que havia sido extraído da autora e injetá-lo nos grandes lábios, criando-se, desta forma, maior tensão proximalmente, fazendo subir a pele da região inguinal, procedimento este que estava previsto eventualmente ter de se realizar na segunda intervenção cirúrgica; que desta forma simples e aproveitando apenas injetar o tecido adiposo da própria autora, tentou-se num só tempo operatório restaurar a anatomia da região e elevar as cicatrizes para uma zona escondida. Afirmou, ainda, que o consentimento tácito existiu e decorreu da relação de confiança havida entre médico e paciente.

O Supremo Tribunal de Justiça assinalou que o consentimento do paciente é um dos requisitos da licitude da atividade médica (artigos 5.º da CEDH BioMed e 3.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e tem que ser livre e esclarecido para gozar de eficácia: se o consentimento não existe ou é ineficaz, a atuação do médico será ilícita por violação do direito à autodeterminação e correm por sua conta todos os danos derivados da intervenção não autorizada; que em relação às operações estéticas reconstrutivas, porque se repercutem na imagem da pessoa e na relação consigo mesma e com os outros, porque relacionadas com o corpo e com a identidade, e, no caso *sub judice*, com a vida sexual e íntima, não é possível que se verifiquem os pressupostos do consentimento presumido; que o consentimento presumido destina-se a fazer face a situações em que no decurso de uma operação se verifica um perigo imprevisto para a vida ou para a saúde, que é preciso resolver de imediato enquanto o/a paciente se encontra ainda em período de inconsciência e incapaz de prestar consentimento; que o ônus da prova do consentimento hipotético, doutrina oriunda da jurisprudência

alemã, pertence ao médico e obedece aos seguintes requisitos: 1) que tenha sido fornecido ao paciente um mínimo de informação; 2) que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; 3) que a intervenção fosse: i) medicamente indicada; ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente; iii) visasse afastar um perigo grave; 4) a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto e que, por fim, faltam os requisitos do consentimento hipotético em relação a intervenções cirúrgicas suscetíveis de causar riscos graves, como dores intensas e incapacidade para manter relações sexuais, andar e trabalhar, tendo de se concluir que a autora, se soubesse dos riscos da mesma, teria recusado o consentimento.

Com base nesses argumentos o pleito da autora, reconhecido em primeira instância (indenização por dano material e moral), restou mantido pelo Supremo Tribunal de Justiça.<sup>183</sup>

Deixamos aqui salientado o nosso entendimento de que o caso acima levado à apreciação do Tribunal luso amolda-se, em verdade, à teoria da perda de uma chance.

Justificamos o nosso posicionamento.

A perda de chance por falta de informação tem guarida quando a vítima experimenta um dano em razão de não ter sido adequadamente informada e, por isso, não ter tido a opção de tomar outro tipo de decisão, qual seja, aquela que não lhe causasse o prejuízo suportado.

O dever de informação abrange o de informar o médico acerca do progresso da ciência e sobre a composição e as propriedades das drogas que administra, bem como sobre as condições particulares do paciente, realizando, o mais perfeitamente possível, a completa anamnese. Integra ainda o grupo dos deveres de informação o de orientar o paciente ou seus familiares a respeito dos riscos existentes no tocante ao tratamento e aos medicamentos a serem indicados.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup><http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument&Highlight=0,2488%2F03>

<sup>184</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. V 4. P. 268.

Destaque-se que, se o risco de dano hipoteticamente for eliminado caso a informação adequada seja prestada, não há que se falar em perda de chance, dado que existe nexó de causalidade entre a não prestação da informação e o dano ao final ocorrente (apesar da hipotética eliminação do risco de seu acontecimento). Neste caso, responde o agente nos moldes da responsabilidade civil tradicional.

Na circunstância em que o dano seja absolutamente inevitável, a prestação da informação torna-se letra morta, não sendo o caso, pois, de responsabilização.

Importante registrar, por óbvio, que a informação deve ser dada por aquele que tinha essa obrigação e que, na falta dela, será responsabilizado.

Mais uma vez: por certo, o paciente tem o direito de consentir ou recusar o procedimento, bem como interromper o tratamento médico sugerido.<sup>185</sup>

É ainda importante termos em mente que o consentimento deve ser aliado à escolha esclarecida do paciente. Eduardo Dantas assinala, acerca do tema, que todo o cuidado com o dever de informação e com o direito à autonomia por parte do paciente não podem se esgotar em um procedimento tão hermético e falho quanto o da obtenção do consentimento informado.

<Hermético, por não permitir ao enfermo (usuário do serviço de saúde e consumidor em última análise), uma visão mais abrangente de seu quadro, restringindo seu papel ao ato de consentir ou não com o tratamento proposto. Justamente por isso, falho, já que impede o exercício da escolha esclarecida, que pressupõe não somente o conhecimento de todas as alternativas, mas também a compreensão do que cada uma delas pode representar.

Entender este processo de consentimento como um fim em si mesmo não atende aos princípios espalhados por todo o ordenamento jurídico brasileiro, criando uma falha no cumprimento do dever de informação. É um

---

<sup>185</sup> MASSAFRA, Bárbara Quadrado. **A responsabilidade civil médica e o termo de consentimento informado.** Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/3/2016\\_03\\_0173\\_0259.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0173_0259.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

engano pensar que a obtenção do simples consentimento informado, nos termos como é conhecido e vem sendo praticado, pode representar um excludente de responsabilidade civil, ou mesmo um eximente de culpabilidade, no caso de ocorrer um resultado não desejado ao longo do tratamento>.<sup>186</sup>

Por outro lado, não se requer, por parte do médico, uma dissertação técnico-científica sobre a moléstia e o tratamento do paciente, nem é aconselhável o uso de terminologia técnica inacessível à generalidade das pessoas.<sup>187</sup>

Consignamos que Paula Ribeiro de Faria fala, ainda, em dever de documentação do médico (ficha clínica e toda documentação relativa ao doente), importante por adquirir valor fundamental em termos processuais e probatórios.<sup>188</sup>

Pois bem. Voltando à ação levada ao julgamento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, consignamos que, por óbvio, o pleito da autora só foi judicializado porque a intervenção cirúrgica foi infrutífera. Ainda que não tenha havido informação adequada à paciente, conforme registrou o Tribunal, se exitosa tivesse sido a cirurgia, demanda judicial muito possivelmente não haveria.

Fizemos questão de salientar, acima, que demanda judicial, na hipótese de exitosa a cirurgia, *possivelmente* não ocorreria, porque identificamos julgado italiano acerca de responsabilidade civil médica, no bojo do qual o entendimento sufragado foi o de que, para que haja a responsabilização do profissional médico em casos de falta de informação e aquisição de consentimento do paciente e não tenha havido prejuízo à saúde do enfermo, este tem direito à compensação apenas quando demonstrar lesão ao direito de autodeterminação que exceda os limites do tolerável.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> DANTAS, Eduardo. **Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente.** Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, a.4, n.8 (2007), p.127.

<sup>187</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. **Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente.** Revista do CEJ, Lisboa, n.16(2.sem.2011), p. 32.

<sup>188</sup> DIREITO DA MEDICINA. **Direito da medicina : eventos adversos, responsabilidade, risco -** coordenação Maria do Céu Rueff. - Lisboa : Universidade Lusíada Editora, 2013. P. 75.

<sup>189</sup> ITÁLIA. Cassazione Civile. Sezione III, n. 6045, 12/03/2010 Difetto di informazione o consenso : problemi di autodeterminazione al trattamento medico /

A par disso, porém, entendemos necessária a realização do seguinte raciocínio: se a autora tivesse sido adequadamente informada, pelo médico, de todos os inconvenientes e riscos que decorriam da cirurgia para aplicação de tecido adiposo em sua região genital teria, realmente, negado-se a se submeter ao procedimento cirúrgico?

Creemos que não podemos adivinhar, em um exercício de futurologia, essa resposta. É possível, porém, imaginar que sim, existia a possibilidade da autora ter um perfil ousado – o que se pode inferir da própria sujeição a procedimento cirúrgico com finalidade estética, considerando toda a complexidade inerente à realização de anestesia, de internação hospitalar, de risco de infecção – e, devidamente informada, submeter-se à cirurgia.

A realidade é que a resposta não vem cristalina e, dessa maneira, a responsabilização do médico, nos moldes da responsabilidade civil tradicional, ao argumento da ausência do dever de informação, como consignado pelo Tribunal Português, não nos parece correta.

Se a autora tivesse sido informada e ainda assim experimentasse os dissabores que lhe acometeram, poderia até ajuizar ação de reparação em desfavor do médico, mas sob o argumento de eventual imprudência, imperícia ou negligência, não sob o argumento de ausência de informação adequada.

Na hipótese aludida, porém, a ausência de informação médica não possui nexos de causalidade com o dano. Dito de outro modo: a relação de causalidade entre o fato danoso e o prejuízo não restou demonstrada.

Diante do exposto, comungamos do entendimento de que a aplicação da teoria de perda de chance amolda-se com maior eficácia à hipótese em análise, dado que a autora, por ausência de informação que lhe deveria ter sido prestada pelo profissional da área médica, foi expurgada da chance de não anuir à cirurgia.

Verificamos outro julgado oriundo do Supremo Tribunal de Justiça Português<sup>190</sup> onde, em situação análoga ao primeiro contido neste tópico<sup>191</sup>,

---

commenti di Stefano Balbussola La nuova giurisprudenza civile commentata, Padova, a.26n.10(Ottobre2010), Parte prima, p.1015-1023.

<sup>190</sup> 3925/07.9TVPR.T.P1.S1 – Relator João Bernardo – Sessão de 09/10/2014. [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

entendeu-se, em todas as instâncias, de maneira diametralmente oposta ao julgado mencionado, que muito embora o termo de consentimento informado tenha se mostrado genérico, o fato de nele restar inserida a informação de que *“o doente não deve hesitar em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido”*, implica dizer que o paciente abdicou do seu direito a ser informado em termos detalhados. Negou-se, assim, a indenização por danos patrimoniais postulada pelo enfermo.

Aqui, tal como sustentamos em relação ao julgado citado no início deste tópico, entendemos que a solução adequada é a que reconhece o dano de perda de chance por falha no dever de informação e consentimento informado.

Não há como associar o dano suportado pela vítima à inadequada informação prestada pelo médico acerca dos riscos do procedimento cirúrgico.

Não há como afirmar que se a informação prestada pelo médico fosse mais ampla o paciente necessariamente deixaria de se submeter à cirurgia.

Tampouco há que se imputar ao paciente a responsabilidade pela simplicidade e insuficiência das informações prestadas pelo profissional, ao argumento de que ‘o doente não deve hesitar em solicitar mais informações ao médico’.

Ora, normalmente parte-se da premissa de que o paciente, já fragilizado pela doença ou pela notícia da necessidade de intervenção cirúrgica, estabeleça relação de confiança com o médico, pessoa em tese gabaritada tecnicamente para lhe prestar assistência e a quem incumbe, certamente, o dever de prestar todos os esclarecimentos necessários ao conhecimento do paciente e que o capacitem à decisão acerca da realização ou não do ato cirúrgico, notadamente as consequências negativas possíveis.

Sendo assim, a única certeza que podemos extrair é a que, por força da simplória informação prestada pelo profissional da medicina, a vítima perdeu

---

<sup>191</sup> Autor submetido a cirurgia que resultou em sequelas nefastas e que alega falta de informação adequada e suficientemente precisa, por parte do médico, acerca das sequelas que poderiam lhe acometer, afirmando, ainda, que, soubesse de tais possibilidades, não se submeteria à intervenção cirúrgica.

a chance de consentir, de maneira esclarecida, à realização do ato cirúrgico. Perdeu, por conseguinte, a chance de evitar o prejuízo à sua saúde que acabou por suportar.

Constata-se que o Judiciário Português acaba aplicando a regra do tudo ou nada (tudo no primeiro julgado referido, nada no segundo julgado referido) sem que tenha demonstração probatória suficiente para tal, deixando, por outro lado, de aplicar a perda de chance, criada justamente para abarcar situações desse quilate (ausência de causalidade entre conduta e dano final).

Rafael Peteffi da Silva reporta que a jurisprudência francesa, desde o começo da década de 1990, utiliza, de forma majoritária, a noção da perda de uma chance para conceder reparação pela quebra do dever de informar.<sup>192</sup>

Em nossas pesquisas também encontramos texto de origem francesa, datado do ano de 2006, em que a autora relata ter o Judiciário daquele país deparado-se com uma situação em que o cerne da questão era a ocorrência de eventual responsabilidade penal do médico que, em razão de eventual deformidade e/ou anomalia do feto, realizasse a interrupção da gravidez e, após, descobrisse que a doença não era incurável.<sup>193</sup>

Fora a questão da eventual responsabilização penal, que não é objeto do presente estudo, a preocupação exarada no trabalho mencionado é, também, a eventual responsabilização civil do médico, com base na teoria da perda de uma chance.

---

<sup>192</sup> Relata a ocorrência de três acórdãos, datados dos anos de 1996 e 1997, em que a Corte de Cassação se manifestou sobre a aplicação da lei 84.610, de 1984, diploma que obriga todas as federações esportivas a não apenas chamar atenção sobre a possibilidade de se fazerem seguros para evitar danos físicos durante as práticas esportivas, mas também oferecer propostas concretas para contratação de seguros individuais e informar sobre a cobertura de algum eventual seguro coletivo que já tenham firmado. Aponta que na decisão de fevereiro de 1997, a Corte de Cassação cassou um acórdão da corte de Apelação de Bastia que havia condenado a Federação Francesa de Handebol pelos danos físicos integrais sofridos por um filiado, tendo em vista que este último não havia sido adequadamente informado sobre as possibilidades de seguro individual a que ele poderia ter aderido. A decisão final foi pela utilização da noção de perda de uma chance, pois, mesmo bem informado, o atleta poderia ter optado por não aderir a um seguro mais completo.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 165.

<sup>193</sup> SOUPLÉ, Isabelle. **Interruption médicale de grossesse abusive et perte de chance**. Droit administratif. L'actualité juridique, Paris, a.62 n.11 (20mars2006), p.602-603.

E tal se dá porque o profissional da medicina poderia se deparar com o seguinte dilema: autoriza a interrupção da gravidez e descobre, posteriormente, que a doença que acometia o feto tinha cura, dando azo à perda de chance de sobrevivência/cura ou deve deixar o feto em risco, podendo ele morrer no nascimento ou ser severamente deficiente, invocando os pais a perda de chance de recorrer ao aborto terapêutico ?

A solução encontra-se no dever de informação imputável ao médico, considerando a informação clara, de fácil compreensão e, principalmente, sua transcrição no registro médico do paciente. Havendo esta de forma efetiva, e não apenas uma declaração de consentimento pré-concebida (na forma quase de um contrato de adesão), sem maiores e precisas informações ao paciente, a interrupção ou não da gravidez será matéria afeta à discricionariedade dos pais, resguardando-se, assim, a responsabilidade do médico.

Ainda nessa toada, abordamos julgado francês, de 17 de fevereiro de 2005, em que a Corte Administrativa de Apelação de Paris, entendeu que a prova da informação ao paciente, relacionada aos riscos do procedimento médico pode ser feita por qualquer meio. No caso específico, ressaltou que o monitoramento realizado durante a gravidez de uma mulher (pré-natal) implica suficientemente informação acerca dos riscos especiais de sua gestação, notadamente, no caso apreciado, o parto natural.<sup>194</sup>

No Brasil, em caso semelhante ao exposto no início deste tópico, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou médica que, a despeito da orientação passada pela profissional de saúde que acompanhava a autora (outra médica), aplicou, no procedimento cirúrgico que realizou, técnica diversa. Referida técnica implicava maior possibilidade de recidiva, a qual, restou, concretamente, ocorrente. A condenação deveu-se à ausência de informação à paciente acerca da alteração da técnica utilizada. Destacamos que a defesa da médica, dentre outros argumentos, aludiu que ela tinha, enquanto médica, autonomia para decidir qual técnica deveria utilizar, ao que o Tribunal de Justiça não refutou, mas esclareceu que a autonomia da médica

---

<sup>194</sup> FRANÇA. Cour Administrative d'Appel de Paris, 17/02/2005 Preuve de l'information du patient et perte de chance / [comentário de] Bénédicte Folscheid Droit administratif. L'actualité juridique, Paris, a.61n.31(19sept.2005), p.1741-1745

não pode infirmar a autonomia do paciente de anuir ou não à técnica quando não há risco de morte.<sup>195</sup>

De fato, a moderna dogmática da responsabilidade médica vê no consentimento informado um instrumento que permite, para além dos interesses objetivos médico-terapêuticos, incrementar o respeito pela pessoa doente, na sua dimensão holística. O fim principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e consequências, bem como os seus riscos, assumindo-se assim o doente como senhor do seu próprio corpo, exercendo mesmo a *'informed choice'*.<sup>196</sup>

No Rio Grande do Sul, médicos foram condenados por não terem informado aos pais de recém-nascido que este apresentava sintomas de sopro no coração, o que impediu que os responsáveis procurassem diagnóstico preciso e tratamento adequado e imediato. O bebê foi a óbito cerca de quinze dias após seu nascimento. A condenação fundamentou-se na perda de chance, uma vez que não havia a certeza de que, sendo os pais informados e aqui com certeza, tendo procurado diagnóstico preciso e tratamento adequado, o filho sobreviveria, mas, definitivamente, houve a perda da chance de cura, decorrente, diretamente, da falta de informação médica.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO – FALTA DE INFORMAÇÃO ADEQUADA – MÉDICA-CIRURGIÃ QUE NÃO SEGUE SUGESTÃO DO MÉDICO DA AUTORA E ADOTA OUTRA TÉCNICA CIRURGICA SEM *INFORMAR* ADEQUADAMENTE A PACIENTE SOBRE A ESCOLHA REALIZADA E OS RISCOS INERENTES – TÉCNICA ESCOLHIDA QUE APRESENTAVA MAIOR RISCO DE RECIDIVA DO QUE A TÉCNICA SUGERIDA – RECIDIVA EFETIVADA – *PERDA DE UMA CHANCE* – *DEVER DE INDENIZAR DANOS MATERIAIS E MORAIS* – SENTENÇA MANTIDA. . RESULTADO: Apelação desprovida. Apelação 0008253-82.2011.8.26.0004 – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Data do Julgamento: 25/11/2015. Disponível em [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

<sup>196</sup> PEREIRA, André Gonçalves Dias. **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 408.

<sup>197</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. MÉDICO. RECÉM-NASCIDO. SOPRO CARDÍACO. FALHA NO DEVER DE INFORMAR AOS EFETIVOS RESPONSÁVEIS PELO BEBÊ SOBRE A NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO, E CUIDADOS QUANTO A EVENTUAL SINTOMATOLOGIA. MORTE QUE SOBREVÉM, POUCOS DIAS APÓS A ALTA, POR PROBLEMAS CARDÍACOS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS TIPIFICADOS. No caso dos autos, o erro se tipificou basicamente na forma omissiva, qual seja, na ausência de informação aos efetivos responsáveis pelo bebê, do possível sopro cardíaco constatado e dos cuidados a serem observados quanto à sintomatologia evolutiva e investigação. Frisa-se, outrossim, a inexistência de certeza quanto à cura, mas a chance que adviesse, se mais precocemente fosse

Em suma: o consentimento introduz uma ‘tonalidade contratual’ na relação médico-doente que não devemos menosprezar.<sup>198</sup>

## 6.3.2 – Críticas à Aplicação da Teoria na Seara Médica

Sabe-se que a teoria da perda de uma chance possui alguma resistência diretamente relacionada ao fato de que, ao aplicá-la, o julgador simplesmente “foge” da angústia e da inquietação de proferir decisão sem a certeza material e processual necessária ao julgamento, seja ele de procedência ou de improcedência do pedido do autor. Se no Direito Penal prevalece a máxima do *‘in dubio pro reo’*, aqui caberia a máxima: “na dúvida, aplica-se a teoria da perda de chance”.

Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza relatam que sempre tiveram a preocupação de denunciar o alto preço que a saúde da população brasileira pagaria por usar ferramentas desiguais para atacar médicos éticos, pois o medo do processo levaria a classe médica a fugir do atendimento, tentando evitar o risco de receber ação em seus desfavor.<sup>199</sup>

Esta é uma realidade que não podemos ignorar.

Por outro lado, não temos bola de cristal, não possuímos poderes sobrenaturais. Não praticamos exercício de futurologia. Há uma expressão americana que bem demonstra a situação: “It is what it is”. Em uma tradução

---

o menor encaminhado a avaliação cardiológica, que, quiçá, ainda que com procedimentos mais invasivos, teriam evitado o seu óbito. Típico caso, pois, de responsabilidade por perda de uma chance, havendo os danos serem estabelecidos por arbitramento, sopesando-se, sobremaneira, que não se indeniza a morte, mas sim a perda da oportunidade de cura. A indenização deve ser graduada tendo em vista a probabilidade da cura, que, no caso, não se mostrava aleatória, porém também não era certa. Denúnciação da lide acolhida. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70030146138, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 28/10/2009).

Disponível em [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)

<sup>198</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil - Responsabilidade Civil: O Método do Caso**. Coimbra: Almedina, 2006. P. 117.

<sup>199</sup> COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de Direito Médico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 61.

talvez grosseira: Isso é assim porque é assim. E de fato, não há como tangenciar a questão.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> Marco Antônio de Barros, ao falar sobre a verdade material e formal no Direito Penal, traça um paralelo com o processo civil que nos parece bastante pertinente. Pedimos vênia para transcrever: "Mediante a aplicação desse princípio (verdade material), procedia-se a busca da verdade com o propósito de ir ao encontro de um porto seguro e superior ao do território no qual assenta-se a verossimilhança fática, pois, para o processo penal, nunca foi suficiente aquilo que tem aparência de verdadeiro. Agitou-se, assim, a busca da verdade material visando introduzir no processo o retrato que mais se aproxime de sua realidade.

Em outras palavras, com a adoção desse princípio, pretendia-se reproduzir o fato objeto da acusação, que pertence ao mundo externo, sem artifício, presunção ou ficção, pois, segundo o entendimento defendido por muitos, é por meio da aplicação do princípio da verdade material que o juiz passa a conhecer a verdade como ela é, despida de qualquer artificialismo.

Levando-se em conta todos esses elementos é possível definir a 'verdade material' como sendo o resultado intelectual da reprodução plena de um fato. Mas, de que forma se dá essa reprodução?

Por meio da busca das melhores provas em matéria penal, não sendo caso de contentar-se com provas fornecidas, senão quando são as melhores que se possam ter em concreto e, por fim, quando a lógica das coisas não autoriza crer que devam existir outras ainda melhores. Nesse sentido, o depoimento de testemunha presencial do evento criminoso prefere ao daquele que 'ouviu dizer'; e o documento original (v.g. o cheque obtido do crime de estelionato) deve ser objeto de busca e apreensão para ser submetido ao exame pericial, relegando-se a sua cópia a segundo plano.

Seguindo ainda o desenho traçado por tal princípio e tendo em vista que o Estado reservou para si o soberano poder-dever de aplicar as sanções previstas em lei, incumbe a seus órgãos a obrigação de investigar a verdade do fato para que se possa exercitar, com absoluta isenção e correção, o *jus puniendi*, pois é na órbita do Direito Penal que se pode vulnerar inestimáveis direitos e interesses individuais, dos quais a liberdade da pessoa é a sua maior expressão.

(...) durante muitas décadas prevaleceu o entendimento de que o ideal de justiça seria alcançado quando a sentença estivesse alicerçada na 'verdade material', considerada a própria alma do processo penal. Se assim foi no passado, ainda não muito distante, a pergunta que se faz agora é a seguinte: Esse entendimento doutrinário ainda prevalece nos dias atuais?

(...)

Outro vértice da verdade *stricto sensu*, admitido no processo também por força de construção doutrinária, corresponde ao princípio da verdade formal.

Trata-se igualmente de vetusto dogma, segundo o qual, permite-se ao juiz ser mais condescendente na apuração dos fatos, sem que tenha de submeter-se ao rigor da exigência de diligenciar *ex officio* com o objetivo de descobrir a verdade, tal qual sucede no caso de aplicação do princípio da verdade material. Enquanto deste último se extrai o aceite à intervenção na colheita de provas por parte do aparelho estatal incumbido de exercer a *persecutio criminis*, no campo da verdade formal firmou-se a ideia de que a reprodução jurídica do fato exaure-se nas provas e manifestações trazidas aos autos pelas partes. Ou seja, entende-se que em tal caso é mínima, ou até inexistente, a iniciativa do juiz na produção de prova com o intuito de se descobrir a verdade.

Cuida-se de uma opção de política criminal mediante a qual se acolhe o princípio da verdade formal como forma de favorecer o encerramento de litígios e abreviar o restabelecimento da paz social. Ideal seria que em todo processo judicial aflorasse naturalmente a verdade plena dos fatos. Mas como isso é quase impossível de ser concretizado, sobrevém, na prática, a opção política que pretende abreviar a solução de determinados conflitos de interesses, para os quais o Estado-Juiz contenta-se com a verdade

---

projetada pelas partes no processo. Por isso o magistrado não se dispõe a empreender toda a sua energia no sentido de apurar *ex officio* a veracidade do fato, sem retoques.

Logo, a verdade formal também é produto da inteligência humana, que podendo não ser totalmente coincidente com a realidade, produz os efeitos jurídicos essenciais da chamada 'verdade judicial'. Isto não corrompe a decisão que encerra o processo, pois a providência jurisdicional assim declarada, repousa num conjunto probatório do qual emerge a verdade formal, também chamada de verdade convencional, fracionada ou limitada, sem que nisto haja qualquer inconveniente para a atividade jurisdicional.

Novamente se relembra o entendimento doutrinário antigo, segundo o qual a verdade formal é própria do processo civil, apresentando-se por disposição ou atribuição da lei. A aceitação desse princípio foi sustentada sob o argumento de que a sua aplicação visa agilizar a normalização das relações jurídicas conflituosas, sobretudo aquelas que versem sobre litígios de natureza patrimonial. Aliás, em se tratando de solução jurídica concernente a relações patrimoniais, MANZINI dizia ser vantajosa, quando os particulares pudessem dispor livremente de seus interesses, a possibilidade de mediante um acordo direto ou indireto excluir-se em tudo ou em parte, necessária ou eventualmente, a verdade matéria do processo civil.

(...)

Consoante já ficou anotado, defendia-se a tese de que o processo civil amoldava-se à aplicação do princípio da verdade formal, enquanto que o processo penal se presumia regido pelo princípio da verdade material. Mas, essa concepção já não conta, nos dias atuais, com irrestrito apoio, pois ditos princípios podem encontrar guarida indistintamente numa e noutra área do Direito, segundo as condições reveladas em cada caso.

É mister não incorrer no grave equívoco de pensar que ao processo civil satisfaz a chamada busca da verdade formal, ou que a ele se aplica tão somente o princípio da verdade formal. Realmente, não se pode concluir dessa forma, notadamente porque o próprio Código de Processo Civil, em alguns casos, preceitua que o juiz pode, enquanto noutros deve, deixar de ser um mero assistente inerte na fase de produção das provas.

(...) É claro que não se pode escapar da realidade vivenciada no cotidiano forense. Em regra, no caso em que a demanda verse sobre direitos patrimoniais, na qual figurem como interessadas partes maiores e capazes, pouco se tem notado a intervenção judicial desse gênero. Dizendo com outras palavras, no campo dos direitos disponíveis é comum a atitude mais reservada do juiz, o qual deixa ao encargo exclusivo das partes o ônus de provar as suas alegações. Porém, se a causa tem por objeto interesse público, prevalece o dever judicial de perquirir a verdade material.

Houve época em que se atribuía tamanha importância ao princípio da verdade material que este chegava a ser comparado à própria alma do processo penal. O princípio era fim e não meio, visto que importava descobrir a verdade, a qualquer custo. Hoje, tal não sucede, pois não se pode perder de vista alguns parâmetros que regem a busca da verdade no moderno processo penal.

A começar pelo fato de se poder aplicar ao processo penal e ao processo civil dispositivos que, em tese, permitem identificar a presença dos princípios (verdade real e verdade formal), não há sentido lógico em continuar afirmando que a um procedimento interessa exclusivamente a busca da verdade material, enquanto outro se satisfaz com a meramente formal. A distinção que a doutrina antiga tanto insistia fazer perdeu consistência e hoje é indiferente para o resultado do processo.

Ainda que se admita que o princípio da verdade material não se prende unicamente à ciência da formação das ideias em abstrato, visto corresponder a um juízo de valor extraído das provas produzidas no curso da ação, o certo é que tal princípio, em si, representa hoje um simbolismo provavelmente inatingível. Está mais próximo de um idealismo utópico, de valor ideológico, mas não científico.

---

Isto se afirma porque o emprego do termo ‘verdade material’, ou ‘real’, ou ‘substancial’, melhor se acomoda ao aspecto filosófico da verdade, em cuja sede se requer a reconstituição absoluta do fato, em detalhes ou com minúcias indissociáveis, que embora podendo ser verificada de forma excepcional num determinado caso concreto, é mesmo rara no processo penal.

Bem por isso é que MITTERMAIER colocou em destaque uma particularidade da prova consistente em demonstrar a evidência de fatos que pertencem ao passado, eis que estes não podem submeter-se ao exame material do juiz em toda sua pureza primitiva. É que dita realidade não pode ser estabelecida senão por via de indução, tomando por ponto de partida os efeitos, os sinais característicos e toda espécie de vestígios.

Se por um lado, a investigação diligente permite anular a participação ruínoza das partes, quando estas conspiram para influenciar e desvirtuar o verdadeiro significado e conhecimento das provas, por outro, convém dosar corretamente os limites dessa investigação. Assim, a verdade material há de ser uma verdade judicial processualmente válida, de modo que o princípio da verdade material significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial, ou seja, já não reflete mais a força de um dogma fundamental que tem o condão de harmonizar o sistema normativo com lógica e racionalidade.

O só fato de se ter de dosar corretamente os limites da busca da verdade material significa que ela não transita por um campo infinitamente aberto e sem barreiras legais. Com efeito, a investigação da verdade não pode invadir a órbita da imoralidade a pretexto de transformar-se, ela própria, no objetivo supremo do processo penal. Isto é inaceitável porque, em primeiro lugar, o objetivo maior do processo é produzir a verdadeira justiça, ou seja, todos os atos que o compõem se dirigem à concretização desta. E, em segundo lugar, na realização da justiça não se compreende a subversão de preceitos morais condizentes com os direitos e garantias individuais nomeados pelo Direito Constitucional.

A conclusão desse raciocínio pode ser assim sintetizada: o processo penal é presidido por insuprimível regra moral que submete o descobrimento da verdade a rigorosos princípios éticos. Certo é que a lisura moral e a ética efetivamente impõem restrições à busca da verdade e até formam uma espécie de barreira intransponível que prejudica a reconstituição fiel e integral dos fatos.

Esse é o preço a ser pago em benefício da preservação de direitos e garantias individuais proeminentes. A questão se resolve em sede de política criminal e de acordo com a opção legislativa que emoldura o sistema processual, de sorte que se permite vedar a utilização de algum direito justamente para se garantir a preservação de outro que a lei considere mais relevante.

Foi visto que todos os ramos do Direito estão subordinados a princípios genéricos e a princípios que lhes são próprios. Uns e outros têm se mostrado mais duradouros quando se destinam a irradiar diretrizes básicas do direito material, mas se tornam acessíveis à dinâmica das mutações quando regem o sistema processual, pelo fato deste deixar-se impregnar mais facilmente pelo dinamismo das garantias e direitos fundamentais paulatinamente conquistados pela humanidade.

É por isso que se nota o enfraquecimento dos dogmas da verdade material e da verdade formal, princípios jurídicos que já tiveram seu esplendor em época de forte intervenção estatal, porém, considerados de pouca expressão científica na escola moderna. Segundo a nova ótica, na persecução penal importa simplesmente descobrir a verdade. E essa verdade, do ponto de vista jurídico e mais diretamente ligada à explanação fundamental do tema que aqui se desenvolve, é a verdade processual.”

BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P.33-42.

Temos como por muitas vezes praticamente impossível, principalmente na seara médica, quando as peculiaridades da ciência são muito distintas e muitíssimas vezes desconhecidas, tanto mais quando aliadas a uma infinidade de circunstâncias clínicas que formam a natureza do paciente, conseguir o julgador identificar que o resultado absolutamente desfavorável suportado pela vítima decorreu direta e exclusivamente da conduta do médico ou do estabelecimento hospitalar.

A Medicina é, essencialmente, ciência conjectural, sujeita a injunções que derivam, sobretudo, das características orgânicas peculiares a cada pessoa (hábitos alimentares, tabagismo, vida sedentária, ingestão de álcool e outras drogas, idade, sexo, peso, carga genética – e um sem-fim de nuances que nos tornam indivíduos singulares).<sup>201</sup>

João Lobo Antunes nos traz curiosidades que não devem ser ignoradas. Assinala que, por razões várias, a narrativa da doença, ou seja, a forma como o doente descreve o seu mal e o médico o escuta, é hoje muito mais pobre. Destaca que os doentes creem que a sua doença está mais bem explicada nas imagens que trazem (TAC ou ressonância) do que em quaisquer palavras que possam usar. Por seu turno, os médicos não escutam, ficam impacientes, e admitem igualmente que a imagem tudo revela. Aponta dois estudos, classificando-os como desoladores, que afirmam que o tempo médio que decorre entre o doente começar a contar a sua história e o médico o interromper é de 18 a 25 segundos. Relata estudo do Wall Street Journal dando conta de que apenas 24% dos doentes abandonam o seu médico por considerarem-no incompetente. Os outros 76% o fazem por não conseguirem estabelecer relação pessoal satisfatória.<sup>202</sup>

Não sendo possível atingir a certeza necessária ao julgamento de procedência ou improcedência que deve permear a atividade do magistrado, pensamos que, em vez de criticar a aplicação da teoria da perda de uma chance em situações dessa estirpe, devemos, em verdade, festejá-la.

---

<sup>201</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 527 p.

<sup>202</sup> ANTUNES, João Lobo. **A nova medicina**. In: Direito da medicina : eventos adversos, responsabilidade, risco / coordenação Maria do Céu Rueff. - Lisboa : Universidade Lusíada Editora, 2013. - p. 14.

Sim, porque não nos parece ético, não nos parece moral, não nos parece, sobretudo e na acepção mais simples do termo, correto, proferir julgamentos e conviver com a eterna sensação de que, para o caso em análise, no fundo, no fundo, pairava dúvida, além é claro, da probabilidade sempre existente de ter incidido em erro, em injustiça (de erro já basta o do médico)

Valemo-nos, uma vez mais, do Direito Penal, para dizer que lá, havendo um mínimo de dúvida acerca da participação do réu em determinado delito, a absolvição é medida que se impõe.

O processo penal não autoriza conclusões condenatórias baseadas somente em suposições ou indícios. A prova deve estar clara, escoreta e sem qualquer dúvida a respeito da autoria do delito para ensejar sentença condenatória.

O mesmo deve ocorrer no processo civil. Não nos furtamos à premissa de que, no Direito Penal, estamos lidando com o direito fundamental à liberdade e, nos países em que a pena de morte é aceita, com o direito à vida, sendo certo que, por isso, a dúvida milita e sempre deve militar em favor do réu, pena de vulneração absoluta e, nas hipóteses de aplicação da pena de morte, sem volta, daqueles direitos (liberdade e vida).

Todavia, é de se consignar que também muito importantes são o nome, a fama, o prestígio, os direitos da personalidade do médico e do estabelecimento clínico ou hospitalar demandado.

Sabemos que uma condenação açodada a um profissional da saúde, imputando-lhe a responsabilidade por falha no procedimento, no atendimento, no diagnóstico, além de poder causar-lhe um prejuízo financeiro considerável, pode gerar-lhe danos irreversíveis no que diz respeito à sua honra, fama e credibilidade.

Não que a aplicação da teoria da perda de uma chance tenha o condão de eliminar essas consequências, mas, seguramente, as minimizará.

De outra banda, um julgamento de improcedência desconsiderando-se as reais e sérias possibilidades que tinha a vítima de ter afastado os prejuízos que restou por experimentar é desprestigiar toda a evolução da

responsabilidade civil, que prima e privilegia a defesa dos interesses do ofendido.

O Julgador deve, destarte, trabalhar com a certeza necessária ao próprio convencimento, motivado, é claro, a fim de eliminar as nefastas consequências que o julgamento de dúvida pode gerar. Se essa certeza não existir e a aplicação da teoria da perda de uma chance restar viável, sim, porque não, deve, com certeza, ser aplicada.

Salientamos no parágrafo anterior que a perda de chance deve ser aplicada quando restar viável porque, diante de tudo o que foi dito, não é qualquer perda de chance que se torna passível de acolhimento pelo ordenamento jurídico e de reconhecimento como base para fins de indenização.

## 6.4 – Chances Reais e Sérias

O ponto nodal da perda de uma chance é, nas palavras de Paulo Mota Pinto, o da “interferência da incerteza relacionada com o futuro na questão da determinação da responsabilidade.”<sup>203</sup>

Ao longo de todo nosso estudo sobre o tema e ao longo do presente trabalho, temos visto e ressaltado que não é qualquer perda de chance que encontrará guarida no ordenamento com fincas à reparação patrimonial.

A chance, em razão de sua característica de abstração, nos faz observar e concluir o quanto é difícil impor-lhe limites.

Há necessidade, sempre, de filtrarmos quais são as chances que verdadeiramente, nas palavras da jurisprudência, são reais e sérias e que, dessa maneira, merecem proteção jurídica e reparatória.

Em não havendo esse filtro, o limite da indenização seria, certamente, a imaginação daquele que se sentiu prejudicado.

---

<sup>203</sup> PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II. Coimbra Editora. 2008. p. 1103. nota de rodapé 3103.

A plasticidade do termo chance constitui uma porta aberta aos interesses pouco importantes, pois a vítima poderia, sempre, encontrar supostas oportunidades perdidas em razão de um evento danoso. Chances que por vezes não passam de meros sonhos do demandante, ou então de seu oportunismo travestido em prejuízos. Para evitar esse tipo de abuso, os juízes se veem, então, obrigados a considerar que a chance perdida deve ostentar uma importância particular como condição à sua reparação.<sup>204</sup>

Em resumo: há necessidade, para que a demanda do autor seja digna de julgamento de procedência, que a chance perdida represente muito mais que uma mera esperança subjetiva.

Nessa toada, as chances somente serão merecedoras de credibilidade quando forem reais e sérias.

Referido critério de avaliação possui grande carga de discricionariedade do julgador, na medida em que compreende caráter absolutamente genérico.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Agravo Regimental no Recurso Especial 1220911/RS reconheceu a não aplicação da teoria da perda de uma chance a um candidato a cargo de policial rodoviário federal que fora reprovado na segunda etapa do concurso. Destacou-se que o certame era composto de prova de conhecimento, psicotécnico, avaliação médica, capacidade física e motricidade e, por fim, curso de formação.

Entenderam os Ministros que, tendo o candidato passado apenas na primeira fase, restando, portanto, quatro etapas pendentes, considerando-se o grau de dificuldade dos concursos, a imensidão de candidatos inscritos e, principalmente, a ausência de meios para aferir a probabilidade do candidato em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas disponibilizadas para o cargo, não se poderia falar em chance real e séria passível de indenização.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013. p. 125.

<sup>205</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa nº AgRg no REsp 1220911 / RS. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 17 de janeiro de 2011. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, 25 mar. 2011. Disponível em:

Flávio da Costa Higa, discorrendo sobre a relação entre a seriedade e a realidade inerentes à chance perdida, nos brinda com o exemplo, para lastrear negativa de indenização, daquele que, por dez anos, todas as quartas-feiras, às 10h, tem por hábito caminhar até a lotérica próxima de sua casa e fazer um jogo de seis números aleatórios e diferentes na mega-sena. Em determinado dia, quando faz seu percurso até a casa de apostas, é atropelado e vê obstada a possibilidade de concorrer no certame. Considerando-se que a probabilidade de acerto dos seis números em um concurso é de 1 em

---

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=perda+de+uma+chance+real+e+séria&&b;=ACOR&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=5>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

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. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 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, 4ª 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 de 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., pp. 91-92), dentre outras.
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.

50.063.860 (segundo dados da Caixa Econômica Federal), não se pode cogitar, na espécie, de perda de uma chance real e séria. Chance há, tanto que as pessoas jogam. Não há, contudo, na acepção jurídica adotada, seriedade e realidade.<sup>206</sup>

Citamos, ainda, outro julgado, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, no qual o autor da ação adquiriu três sucos de determinada marca, com a finalidade de participar de promoção divulgada nacionalmente pela empresa demandada. Porém, após pagar pelos produtos e enviar o código de barras, conforme dispunha o regulamento, notou que não poderia participar, porquanto os produtos não faziam parte da promoção. Sustenta que foi induzido a erro pela demandada e vítima de constrangimento, com base na ausência do direito à informação descrito no Código de Defesa do Consumidor, além da frustração por ter perdido a chance de participar da promoção a que tanto almejava concorrer.

O Tribunal de Justiça pontuou que o requerente não conseguiu demonstrar ao longo da instrução processual que os produtos por ele adquiridos não faziam parte da promoção, razão pela qual, entendeu que a conduta ilícita ou injusta do requerido não restou devidamente comprovada.

Outrossim, destacou, no que interessa ao nosso estudo, que a leitura dos fatos narrados apontam no sentido de que o suposto dano moral sofrido não se mostra indenizável.

Isso porque, menciona, a situação narrada na inicial não configura dor, sofrimento ou humilhação que extrapolem a normalidade dos fatos cotidianos, suscetível de ocasionar duradouro dissabor psicológico no autor, configurando mero aborrecimento a que estão sujeitas todas as pessoas em suas relações socioeconômicas diárias, não se vislumbrando, dessa forma, o

---

<sup>206</sup> HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil**: A perda de uma chance no Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.p.84-85.

“(…) do ponto de vista estritamente teórico, seria correto dizer que, em tal hipótese, a vítima perdeu a chance de concorrer ao grande prêmio, que poderia ter sido, v.g. de R\$ 1.000.000,00, e, assim, diante do seu percentual probabilístico de chances (uma em cinquenta milhões), o valor da oportunidade perdida seria de R\$ 0,02, o que seria um despautério tomar como meritório para efeitos de tutela jurisdicional de chances.”

prejuízo de natureza não patrimonial ao ânimo do consumidor, hipótese que afasta o direito a indenização pelo dano moral.<sup>207</sup>

Não desconhecemos que a fundamentação do julgado aqui exposta está completamente conectada à reparação por dano moral.

Apesar disso, comungamos do entendimento de que, na espécie, o dano moral postulado teve como mote a arguição da perda da chance de participar da promoção, de modo que, ao nosso ver, a Corte de Justiça, ao julgar improcedente a demanda do autor por ausência de dor, sofrimento ou humilhação que extrapolem a normalidade dos fatos cotidianos, acabou por esclarecer que a chance perdida não foi relevante e séria a sustentar pleito indenizatório.

Colhemos julgado do Tribunal Administrativo de Nice, do ano de 2005, em que foi concedida indenização pela perda de uma chance séria de ganhar mercado. Na espécie, uma empresa havia sido irregularmente despejada de local em que pleiteava ganhar mercado. O Tribunal entendeu que, em razão da desigualdade de tratamento em relação a outros concorrentes, existência de poucos candidatos e benefício concedido a um beneficiário para o estabelecimento de sua oferta, a empresa DALE teve a proposta mais baixa efetivamente apresentada. Sendo assim, na medida em que teve uma chance séria de ganhar o contrato, o Tribunal decidiu que ela tinha o direito de ser compensada pela perda de rendimentos devido ao seu despejo ilegal.<sup>208</sup>

Dentro dessa linha de raciocínio, poderíamos nos perguntar se há percentual de probabilidade que a pessoa deve auferir para que suas chances sejam consideradas sérias.

Em verdade, referida técnica foi empregada em alguns ordenamentos.

---

<sup>207</sup> Número do processo CNJ:0001752-24.2010.8.14.0008. Número do documento:2015.04696647-97.

Disponível em [www.tjpa.jus.br](http://www.tjpa.jus.br). Acesso em 27.abril.2016.

<sup>208</sup> FRANÇA. Tribunal Administratif de Nice, 09/12/2005 L'indemnisation d'une chance sérieuse de remporter un marché / [comentário de] Frédéric Dieu Droit administratif. L'actualité juridique, Paris, a.62n.16(1ermai2006), p.877-881.

A doutrina da *Common Law*, por exemplo, no caso *Hotson v. Fitzgerald*, firmou entendimento no sentido de que as demandas cujas chances perdidas possuíssem menos de 25% (vinte e cinco) por cento de probabilidade de resultarem em êxito deveriam ser apreciadas com rigor redobrado, uma vez que a hipótese de serem estritamente especulativas era extremamente plausível e não deveriam ser encorajadas.<sup>209</sup>

A Suprema Corte de Nevada, no caso *Perez v. Las Vegas Med. Ctr.* considerou que uma chance que representasse probabilidade abaixo de 10% de auferir a vantagem esperada pela vítima não poderia ser considerada substancial, digna de reparação.<sup>210</sup>

O sistema norte-americano, principalmente nos casos de responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica, aplica o padrão *'more likely than not'*<sup>211</sup> (já mencionados por nós no tópico 5.1.6). Por ele, caso um procedimento médico retire 51% das chances de um paciente sobreviver, estaria presente o nexo de causalidade entre a ação do agente e a perda da vantagem esperada pela vítima, tornando inaplicável a utilização da teoria da perda de uma chance (haveria reparação integral do benefício aguardado). Dessa maneira, somente são observadas ações julgadas de acordo com a

---

<sup>209</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138.

<sup>210</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 139.

<sup>211</sup> “Nos casos de responsabilidade médica, o ‘standard’ probatório exigido pelos julgadores se funda na fórmula ‘more likely than not’. De acordo com esta fórmula, o autor apenas seria obrigado a demonstrar que é mais provável que o dano tenha sido causado pela ação ou omissão do réu do que por uma causa estranha, mesmo que não exista um sólido convencimento sobre a verdadeira causa do dano.

Para se ter ideia do alcance deste padrão probatório, seria possível dizer que, se a fórmula *'more likely than not'* fosse posta em termos estatísticos, toda causa que apresentasse cinquenta e um por cento (51%) de chances de ter sido a causa do dano já seria considerada como *'but for'*, ou seja, como *conditio sine qua non*. Assim, o simples fato de apresentar uma probabilidade igual ou superior a cinquenta e um por cento (51%) já seria suficiente para caracterizar a condição necessária.

Essa característica peculiar do sistema norte-americano será extremamente importante para fundamentar uma aplicação distinta da teoria da perda de uma chance, possibilitando a reparação integral da vantagem esperada, nos casos em que a ação ou a omissão do agente apresentar uma probabilidade igual ou maior que cinquenta e um por cento (51%) de ter causado o dano final.”

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35-36.

teoria da perda de uma chance quando o ato do agente retira menos de 50% das chances da vítima auferir a vantagem esperada.<sup>212</sup>

A Corte de Cassação Italiana parece adotar, em alguns julgados, postura oposta à norte-americana acima pincelada, pois considera que o requisito da seriedade e certeza das chances perdidas somente seria alcançado se a vítima provasse que possuía, pelo menos, 50% de probabilidade de alcançar a vantagem esperada, isto é, que a ação do agente aniquilou 50% das chances da vítima alcançar seu desiderato.<sup>213</sup>

No Brasil, Sérgio Savi possui entendimento igual ao da Corte de Cassação Italiana acima referida. Defende a ideia de que apenas naqueles casos em que for possível demonstrar uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado é que se poderá falar em reparação da perda da chance.<sup>214</sup>

Daniel Amaral Carnaúba destaca, em entendimento contrário, com o qual concordamos, que a adoção de um patamar mínimo de probabilidades, independentemente do valor escolhido, é solução simplista e inadaptada, tendo em vista a diversidade dos interesses sobre probabilidades. Salaria que um número, escolhido arbitrariamente, jamais poderia servir de divisor de águas entre as chances relevantes e aquelas que não o são.<sup>215</sup>

Em reforço ao aduzido no parágrafo anterior, temos os exemplos elencados por Flávio da Costa Higa: *“Não há como dizer que um candidato a cargo eletivo com 40% (quarenta por cento) de intenções de voto nas pesquisas não possui uma chance considerável. Impossível sustentar que um paciente que tem à sua disposição um tratamento que lhe confere 30% de chance de cura não tem direito a indenização alguma, se esta oportunidade lhe for expungida. E, para concluir as hipóteses, é um desatino afirmar que, em um jogo de ‘cara ou coroa’, ‘vermelho ou preto’ ou ‘par ou ímpar’, nenhum dos*

---

<sup>212</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 141.

<sup>213</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 141.

<sup>214</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 65.

<sup>215</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013. p. 125.

*jogadores possui uma chance séria, pois a probabilidade de ambos é ‘apenas’ igual a 50% (cinquenta por cento), e não superior, como sugerem a doutrina e a jurisprudência italianas e parte da brasileira.*<sup>216</sup>

Em Congresso de Direito da Insolvência, Nuno Manuel Pinto Oliveira, ao tratar sobre a responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização, assinalou, inicialmente, que o credor ou devedor que viole o dever de cooperação construtivo na (re) negociação do contrato, adotando comportamento obstrutivo de um acordo ou de uma possibilidade de acordo razoável, deverá responder pelo dano da perda de uma chance de recuperação ou de revitalização. Assevera que havendo probabilidade de recuperação superior à probabilidade de não recuperação do devedor, o critério do grau de certeza ou de incerteza é que determinará que o dano da perda de uma chance seja indenizável.<sup>217</sup>

No Brasil, o caso mais conhecido, em face da enorme repercussão que causou, acerca do tema, diz respeito ao chamado ‘Show do Milhão’, em que o Superior Tribunal de Justiça considerou a chance séria para efeitos reparatórios mesmo com a probabilidade de êxito inferior a 50%. Dito de outro modo: não se restringiu ao critério mencionado em linhas volvidas, de porcentagem de probabilidade para auferir reparação.

O ‘Show do Milhão’ era um programa televisivo diário, comandado pelo apresentador Sílvio Santos, no qual os candidatos respondiam a perguntas sequenciais sobre conhecimentos gerais, em grau supostamente crescente de dificuldade e, à medida que acertavam, prosseguiam na competição, amealhando uma premiação cada vez maior. As perguntas eram de múltipla escolha dentre quatro alternativas. Os concorrentes contavam com determinados recursos para contribuir com o seu desempenho: tinham a opção de ‘pular’ (furtar-se de responder) até três perguntas; ouvir a opinião de três universitários para uma determinada pergunta; pedir a ‘ajuda das placas’, que eram erguidas por cada um dos outros onze concorrentes (que aguardavam a

---

<sup>216</sup> HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: A perda de uma chance no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.p.87.

<sup>217</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização**. II Congresso de direito da insolvência / coordenação Catarina Serra. - [Coimbra] : Almedina, [2014]. - p. 187-188.

vez de participar), com as respectivas opiniões; ou, ainda, escolher aleatoriamente dentre quatro cartas, que continham números de zero a três, as quais representavam a quantidade de opções que seriam eliminadas de uma determinada questão escolhida pelo candidato, restando a ele, na sequência, optar entre as alternativas restantes.

O objetivo do certame era conquistar o maior prêmio possível: R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro. Para isso, o aspirante a milionário deveria responder corretamente a uma série de 15 perguntas, de acordo com as regras acima mencionadas, até atingir o prêmio de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), quando, então, deparar-se-ia com a pergunta capital, denominada 'pergunta do arrisca tudo'.

Para tal indagação, as regras do jogo se modificavam ligeiramente: o concorrente 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, findos os quais, o candidato dizia se desistia ou respondia à pergunta; exaurido o tempo, e tendo o candidato optado por responder, levaria o prêmio total, desde que acertasse a resposta, ou, caso desse a resposta errada, ficaria apenas com simbólicos R\$ 300,00 (trezentos reais). Havia, ainda, a faculdade de não responder à última pergunta, caso em que o candidato encerraria sua participação auferindo o prêmio até então adquirido, de R\$ 500,000,00 (quinhentos mil reais).

No ano de 2010, uma candidata, a baiana Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, passou por todas as etapas e chegou à questão que valia o prêmio máximo.

Sobreveio, então, a pergunta: "A Constituição reconhece o direito aos índios de quanto do território brasileiro? 1) 22%; 2) 2%; 3) 4%; 4) 10% ? Poderia ser uma pergunta ideal, afinal, Ana Lúcia havia declarado durante o programa, nas conversas sobre amenidades com o apresentador, que havia sido acadêmica de Direito, sem concluir o curso. Portanto, ela, que já vinha demonstrando conhecimento em diversos assuntos, poderia ter a *chance* de responder à pergunta decisiva dentro de uma área que, presumidamente, possuía maior domínio.

Ocorre, entretanto, que a questão não tinha resposta correta. Os artigos 231 e 232 da Constituição Federal, os únicos no texto constitucional a versarem sobre os índios, não os contemplam com percentual algum. Ana Lúcia não tinha alternativa.

Diante do impasse, optou por não responder. Ajuizou ação perante a 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador/BA, alegando a perda da oportunidade de receber o prêmio máximo em razão da conduta do réu, e vindicando, em consequência, a outra metade (R\$ 500.000,00), a título de danos materiais, além de reparação por danos morais.

A sentença julgou procedente em parte os pedidos veiculados por Ana Lúcia, rejeitando, tão somente, o pedido de indenização por danos morais, e adotando, como razões de decidir, os fundamentos da teoria da perda de uma chance, mas, paradoxalmente, concedendo, à então autora, a totalidade do resultado final obstado. Desse modo, apesar de ter reconhecido que não seria possível saber se ela acertaria a derradeira questão caso houvesse uma resposta, não foi aplicado o corte redutor probabilístico. O réu recorreu de tal sentença e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia manteve o *decisum* inicial.

Novamente o réu recorreu, desta feita ao Superior Tribunal de Justiça.

Em novembro de 2005, a Quarta Turma do Tribunal Superior afirmou que embora a candidata tivesse, até então, um desempenho brilhante no concurso, não havia como, dentro de um juízo de probabilidade, afirmar categoricamente que ela acertaria a última resposta. Destarte, como a questão era de múltipla escolha e possuía quatro alternativas, a indenização concedida foi à razão de um quarto do valor do resultado final frustrado (R\$ 125.000,00), ou seja, no percentual aleatório de probabilidade (chance) aritmética de acerto (25%).<sup>218</sup>

---

<sup>218</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa nº REsp 788459 / BA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 8 de novembro de 2005. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, 13 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=show+do+milh%E3o&&b=ACOR&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil**: A perda de uma chance no Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.p.92-97.

Em crítica ao *quantum* indenizatório (tema que abordaremos no próximo tópico) fixado pelo Superior Tribunal de Justiça encontramos manifestação de Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum, salientando que os julgados desprezaram qualquer fator existente (conhecimento acumulado, mérito de ter chegado naquela fase do programa, etc.) que diferenciasse a participante da última fase de outro concorrente. Entende 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.<sup>219</sup>

De fato, a legislação brasileira, ao tratar de todas as situações lesivas, em nenhum momento utiliza-se de tarifação. Ao contrário, vale-se de conceitos jurídicos indeterminados com o fito de conferir ao magistrado alguma margem de atuação em casos específicos, concretos, que lhe forem apresentados para julgamento. Não cabe, assim, à teoria da perda de uma chance, pelos motivos elencados em parágrafos anteriores, subverter a premissa observada pela legislação brasileira.

Dois elementos, portanto, são considerados na análise do que se tem como chance real e séria: as probabilidades envolvidas no caso e a prova de que a chance em análise interessava, concretamente, ao autor da demanda judicial.

Como já sustentado, as probabilidades envolvidas não podem ser restringidas a percentuais previamente estabelecidos doutrinária ou jurisprudencialmente, mas devem indicar, em análise pontual, que quanto menor a probabilidade de se atingir a oportunidade perdida pela ação de terceiro, mais os julgadores terão elementos para concluir que aquela chance não era real e séria.

O segundo elemento, de seu turno, está diretamente ligado aos esforços que o ofendido empreendeu para a conquista da oportunidade que

---

<sup>219</sup> 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**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 48, p.99, 2009.

restou perdida. Os maiores exemplos desta hipótese estão relacionados às perdas de chance de ascensão profissional.

Aquele estudante do ensino médio que almeja alcançar a profissão de médico e teve referido sonho ceifado ou ao menos, prejudicado, em razão de atropelamento que o deixara tetraplégico encontra-se em situação absolutamente diversa daquele efetivo estudante de medicina que já estava no oitavo semestre do curso, já fazia residência médica e também ficara tetraplégico em razão de atropelamento.

O último, sem sombra de dúvidas, demonstrou, concretamente, a energia dedicada a seu mister.

O Supremo Tribunal de Justiça Português, seguindo exatamente essa linha de entendimento, negou indenização por alegada perda de remuneração durante período de incapacidade para o trabalho postulado por vítima de acidente de viação, ao argumento de que, à época do acidente a autora estava desempregada e não houve demonstração de que estava à procura de emprego, tampouco restou demonstrado que a incapacidade decorrente do acidente que suportou possuía vínculo direto com a impossibilidade de procurar trabalho.<sup>220</sup>

Quando os juízes condicionam a reparação de uma chance ao seu caráter real e sério, eles não querem nada além da prova concreta de que a vítima estimava aquela chance e que, assim, essa perda representa uma lesão efetiva a um interesse seu. O objetivo dos tribunais é descartar os falsos interesses, inexplicavelmente 'descobertos' pela vítima apenas no momento em que ela propôs sua ação de reparação.<sup>221</sup>

Em suma, a perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma verdadeira expectativa possível de ser indenizada da mesma

---

<sup>220</sup> 237/13.2TCGMR.G1.S1 Relatora Maria da Graça Trigo. Sessão de 07/04/16. [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>221</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013. p. 127.

forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento.<sup>222</sup>

Em julgado português relatado por Azevedo Ramos, consignou-se que a mera perda de uma chance não terá, em geral, *virtualidade jurídico-positiva* para fundamentar pretensão indenizatória.<sup>223</sup>

Para finalizar o tópico, reproduzimos enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>224</sup>, no qual restaram sedimentados os entendimentos de que a perda de uma chance pode apresentar-se tanto como categoria de dano patrimonial como categoria de dano extrapatrimonial (tema sobre o qual nos vincularemos neste trabalho), bem como o entendimento de que não pode ficar limitada a percentuais previamente fixados.

Enunciado 444 – “Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as

---

<sup>222</sup> BRITO, Roberta Veras de Lima. A Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance no Direito Brasileiro: Evolução, Posição Doutrinária, Posição Jurisprudencial e Admissibilidade. **Revista da Esmape**, Recife, v. 12, n. 26, t. 2, p.269-296, jul - dez 2007.

<sup>223</sup> [1410/04.OTVLSB.L1.S1](http://www.dgsi.pt/1410/04.OTVLSB.L1.S1) – Sessão 26/10/10. www.dgsi.pt.

<sup>224</sup> “O Conselho da Justiça Federal, por meio do seu Centro de Estudos Judiciários – CEJ, dentre os serviços que presta ao aperfeiçoamento da Justiça Federal, tem promovido as Jornadas de Direito Civil, desde 2002. O objetivo é reunir magistrados, professores, representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito Civil para o debate, em mesa redonda, de temas sugeridos pelo Código Civil de 2002 e aprovar enunciados que representem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões (Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Empresa, Responsabilidade Civil e Direito de Família e Sucessões).

(...)

A compilação do resultado dos encontros realizados em Brasília contou com a criação intelectual de renomados professores e profissionais do Direito de todas as áreas e de todas as regiões do País. Os enunciados não expressam o entendimento do Conselho da Justiça Federal, que apenas promove o evento, menos ainda do Superior Tribunal de Justiça, mas representam o pensamento médio da maioria das respectivas comissões temáticas.”

Disponível em < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>> Acesso em: 17.junho.2016

Destacamos, ainda, que, como se infere, os enunciados produzidos e aprovados nas Jornadas de Direito Civil não possuem qualquer caráter vinculante aos aplicadores do Direito. Não obstante, gozam de enorme prestígio e respeito por parte da comunidade jurídica brasileira, que, vendo-se, em sua maioria, representada pelos pensamentos delineados naqueles enunciados, acabam por utilizá-los.

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.*<sup>225</sup>

## 6.5 – Quantificação das Chances Perdidas

O estudo da perda de uma chance encontra-se grassado por controvérsias que vão desde a sua teorização, a exemplo do debate sobre ser ela uma consequência da mitigação da higidez do nexu causal ou fruto da ampliação das hipóteses de dano, passam pela controvérsia sobre seu enquadramento nas categorias de dano emergente, lucros cessantes ou dano moral e vão até as divergências quanto à eleição dos critérios balizadores de sua indenização.

A título de registro percebe-se, entretanto, que a principal resistência enfrentada pelo tema quando de seu surgimento, qual seja, a alegada impossibilidade de identificação, na chance perdida, de um dano certo, indenizável e distinto da perda do benefício em si, parece estar superada.

De fato, não nos deparamos atualmente com qualquer dúvida ou titubeio acerca da distinção efetivamente havida entre a perda da oportunidade de obter algum ganho ou de evitar algum prejuízo e a perda da vantagem propriamente considerada.

As querelas relativas à teorização, a seu enquadramento nas categorias de dano emergente, lucros cessantes, dano moral e dano específico foram e serão por nós abordadas ao longo do presente trabalho.

Agora nos chega o momento de versarmos algumas palavras sobre a controvérsia relativa aos critérios utilizados para a definição da quantificação do dano e das indenizações devidas às vítimas.

---

<sup>225</sup> Disponível em < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>> Acesso em: 17.junho.2016

De um modo geral observamos, em nossas pesquisas jurisprudenciais, que os Tribunais tem se valido do dano final como paradigma à fixação daquele devido a título de perda de chance.

Para tanto calcula-se a estimativa do ganho integralmente esperado e decota-se a porcentagem correspondente às chances de êxito que o ofendido teria de alcançar aquele benefício.

Pensamos que não poderia ser diferente, porquanto a indenização devida em razão da perda de uma chance parte sempre da premissa de que a vítima não conseguiu demonstrar a relação de causalidade existente entre a conduta do agente e a perda definitiva do proveito esperado.

Desse modo, para que não amargue o gosto da integral derrota, permite-se seja indenizada pela perda da oportunidade de obter aquela vantagem aguardada. Demonstra a vítima, pois, a relação de causalidade ocorrente entre a conduta do agente e a perda da conveniência de obtenção da graça almejada.

Se a vítima não consegue demonstrar que a conduta de seu advogado deu causa à improcedência de seu pedido perante o Tribunal de Justiça, mas obteve êxito em provar que a conduta de seu advogado gerou a perda da possibilidade de obtenção do proveito requestado, recebe indenização, mas não em valor correspondente àquele que seria devido com a procedência do pedido, pois isto seria o mesmo que provar a relação de causalidade entre a ação do advogado e a improcedência do pleito, o que não ocorreu. Recebe, sim, valor inferior, correspondente à porcentagem referente à probabilidade que tinha de obter julgamento de procedência.

Nem sempre, porém, os Tribunais agem dessa forma. Por vezes, a título de perda de chance, acabam indenizando a vítima em valor equivalente ao próprio benefício almejado.

Nos socorremos de indenização fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça em ação em que se discutia a licitude da recusa de pagamento, pelo Banco, de cheque que lhe fora apresentado mas que havia sido revogado. A par disso, a conta bancária correspondente não tinha provisão de fundos. Restou decidido que *“Da revogação ilícita de um cheque e da consequente*

*proibição do seu pagamento, sempre resultaria para o seu portador, independentemente do seu resultado final, a privação de determinadas oportunidades para chegar a esse resultado – o pagamento – ou seja, a perda de uma chance.”* <sup>226</sup>

Dito em outras palavras: o Tribunal exarou entendimento no sentido de que, mesmo não havendo provisão de fundos no momento da apresentação do cheque, o tomador da cártula, em outra oportunidade, poderia obter êxito no pagamento, apresentando-o novamente; poderia obter êxito no pagamento a descoberto, através de uma operação de facilidade de caixa; poderia obter êxito no pagamento valendo-se da cártula para utilizá-la como título executivo. Entretanto, diante da ilícita aceitação da revogado do cheque, o Banco extirpou tais possibilidades, as quais, embora não certas, existiam.

Admitiu, assim, a ocorrência da perda de chance.

Ocorre que fixou o montante da indenização coincidindo o prejuízo do autor com o montante do cheque que almejava descontar.

Para tanto, recorreu o acórdão à equidade estampada no nº 3 do artigo 566 do Código Civil Português.<sup>227</sup>

Acreditamos que apesar de toda a certa construção acerca da perda da chance encontrada no julgado, houve equívoco no momento da fixação da indenização.

Os julgadores igualaram o resultado da perda de chance à indenização decorrente da tradicional responsabilidade civil quando, em nosso entendimento, não poderia, haja vista não ter restado demonstrado liame entre a atitude do banco em aceitar ilícita revogação do cheque e o dano suportado

---

<sup>226</sup> 4591/06.4TBVNG.P1.S1 – Relator Oliveira Vasconcelos. Sessão 21/03/2013.

<sup>227</sup>

1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor.
2. Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos.
3. **Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.**

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=501&artigo\\_id=&nid=775&pagina=6&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=501&artigo_id=&nid=775&pagina=6&tabela=leis&nversao=&so_miolo=)

pela vítima, de não receber o valor almejado e inserto na cártula (lembramos que a conta não tinha fundos no momento da apresentação).

A conduta do banco, diante de tudo o que aqui já restou dito, decotou-lhe, em verdade, a possibilidade de, em momento outro, buscar o adimplemento do pagamento contido no cheque. Esse pagamento podia efetivamente ocorrer, mas podia não ocorrer, o que caracteriza a incidência da perda de chance e a impossibilidade de quantificá-la em patamar idêntico ao contido na cártula.

O valor deveria ter sido reduzido a montante proporcional à probabilidade de êxito do autor em conseguir o numerário em outro momento, em decote daquele contido no cheque. E aqui a equidade estaria sendo corretamente utilizada, dado que o artigo em referência (566 do Código Civil Português) prescreve que *“Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.”*

Laurence Tedeski Costa Petters Sardagna assinala que serão necessários, obrigatoriamente, recursos estatísticos para poder aferir com justiça o valor a ser percebido à vítima.<sup>228</sup>

Jean-Pierre Couturier, valendo-se de um conceito matemático, assinala que “a ‘função chance perdida’ é a derivada da ‘função vantagem esperada’, (dano final)” e varia conforme esta, mesmo mantendo a sua autonomia.<sup>229</sup>

Há de se considerar, entretanto, que em algumas hipóteses o cálculo da indenização da perda de chance deverá levar em conta não apenas um, mas a participação de dois ou mais eventos aleatórios, o que se convencionou chamar de princípio da *“conjunction”*<sup>230</sup>.

A probabilidade de dois eventos ocorrerem é igual a probabilidade

---

<sup>228</sup> SARDAGNA, Laurence Tedeski Costa Petters. Teoria da Perda de Uma Chance e Responsabilidade Civil do Estado. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 13, n. 153, p.50-61, nov. 2013.

<sup>229</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 144.

<sup>230</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 146.

de o primeiro evento ocorrer, multiplicada pela probabilidade de ocorrência do segundo evento, depois de saber que o primeiro evento de fato ocorreu.<sup>231</sup>

Joseph King Jr., citado por Rafael Peteffi, menciona o caso do médico que na primeira consulta falha em iniciar a realização de um exame complementar cuja necessidade era facilmente demonstrada pelo quadro clínico apresentado pela paciente. Dezoito meses depois, descobre-se que a vítima está com câncer terminal. Se o médico tivesse diagnosticado a doença mediante exame complementar à época da primeira consulta, a paciente teria 55% de chances de ter uma sobrevida normal. Porém, devido ao local do tumor, a chance do aludido exame complementar diagnosticar a doença não era de 100%, mas de apenas 85%. Dessa forma, há que se considerar os dois fatores aleatórios, pois não era absolutamente certo que a paciente viveria após o diagnóstico tempestivo, bem como não era absolutamente certo que o exame complementar levaria a um diagnóstico correto. Assim, a chance de sobrevida perdida foi de 46,75%, eis que 0,85 multiplicado por 0,55 é igual a 0,4675.<sup>232</sup>

Embora ofereçam ajuda valiosa, os percentuais estatísticos e matemáticos refletem sempre uma média colhida de uma série de situações tidas como semelhantes. Cada caso, analisado concretamente, porém, é composto de circunstâncias que o tornam peculiar em relação aos demais considerados parecidos.

Estatisticamente, cada concorrente de uma corrida disputada por dez cavalos tem dez por cento de chance de vencer o prêmio. Não há dúvida, contudo, de que o atraso no transporte dos animais gera uma perda mais intensa ao proprietário do corcel amplamente favorito do que gera ao dono do pangaré azarão.<sup>233</sup>

A estatística estará sempre um passo atrás da realidade, permitindo

---

<sup>231</sup> Joseph King Jr citado por SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 146.

<sup>232</sup> Joseph King Jr citado por SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 147.

<sup>233</sup> FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Org.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado: A Perda da Chance na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

a todo momento, pela própria complexidade da vida social, que se identifique aspectos ou fatores adicionais, deixados de fora do cálculo. Tais aspectos ou fatores não podem ser desconsiderados pelo juiz, sempre que assumam relevância no caso concreto. É por isso que, sem embargo da importância da estatística, o cálculo da probabilidade não pode partir senão da situação específica da vítima, não devendo o magistrado hesitar em se distanciar da média dos casos no momento de atribuir valor à chance perdida. Basta que o faça fundamentadamente, indicando os parâmetros utilizados de modo a assegurar à contraparte seu direito de impugná-los por meio dos recursos cabíveis.<sup>234</sup>

Mencionamos julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em que o princípio da *conjunction* foi utilizado. Na espécie, uma mulher, grávida, com a bolsa rompida e o feto prematuro adentra hospital para atendimento. Os médicos viram-se frente a um dilema: ou fariam o parto e corriam o risco do feto vir ao mundo com o sistema respiratório incompleto ou aguardariam um pouco mais, correndo-se o risco, lado outro, de infecção do nascituro. Optou-se pela manutenção da gestação, mediante ingestão de medicamentos, pela mãe, a fim de evitar a contaminação. Até aí não houve qualquer divergência relacionada à correta conduta do médico, o qual, embora pudesse ter optado pelo imediato parto, valeu-se da outra possibilidade que tinha. A demanda foi apresentada ao Judiciário porque, quando constatado o sofrimento fetal agudo, houve demora de ao menos oito horas e meia para a realização do parto, ocasião em que não foi mais possível salvar a vida do bebê.

Ocorre, porém, que não havia segurança para afirmar que se a cesariana tivesse ocorrido em momento anterior o feto teria sobrevivido. Isso porque restou constatado que a saúde da mãe e, conseqüentemente, da criança, estava debilitada. O quadro de cirrose desenvolvido pela genitora posteriormente e as características dessa enfermidade, levou à conclusão de que o quadro hepático era pré-existente à época do parto.

---

<sup>234</sup> FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Org.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado: A Perda da Chance na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Conjugando as informações acima com o fato de que a bolsa rota, desde a ruptura, fora ambiente propício a infecções, não havia elementos seguros a demonstrar que a intervenção imediata teria evitado o mal maior suportado.

Por essa razão foi aplicada a teoria da perda de uma chance e o *quantum* indenizatório fixado levou em consideração a diversidade de fatores acima relacionados (*conjunction*).<sup>235</sup>

Referida quantificação não é tarefa fácil. Não obstante, essa dificuldade não pode fortalecer os argumentos dos contrários ao ressarcimento. Valemo-nos aqui das mesmas ponderações já exaradas ao longo do presente estudo acerca da inicial resistência havida quando do ‘surgimento’ do dano moral.<sup>236</sup>

Como já mencionado, o dano pela perda da chance há de ser ressarcido por meio da reintegração pelo equivalente, levando-se em conta a relação que se estabelece entre o dano final (vantagem que não foi auferida) e

---

<sup>235</sup> EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RETARDAMENTO DE CIRURGIA CESÁREA.SOFRIMENTO FETAL AGUDO. MORTE DO INFANTE POR INFECÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOSOCÔMIO. OCORRÊNCIA. É cediço que os hospitais, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. Hipótese em que restou assente nos autos, mormente no laudo pericial, a falha na prestação de serviço por parte do nosocômio demandado, consistente na demora de oito horas e meia entre a constatação do sofrimento fatal agudo e a cesárea realizada na autora, o que reduziu as chances de recuperação da infecção generalizada sofrida pelo infante, patologia que provocou o óbito deste. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Reconhecimento do dever de indenizar do hospital mantido. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS POR MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70045428323, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 18/11/2011)

<sup>236</sup> À época, os argumentos contrários muito se assemelhavam às críticas hoje enfrentadas pelos defensores da teoria da perda de uma chance, mormente no que tange à sustentada impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro (impossibilidade de perfeita equivalência entre prejuízo e ressarcimento) e a imoralidade da compensação da dor com o dinheiro.

Não se desconhecem os por nós reputados valiosos argumentos tecidos pelos críticos à indenização decorrente do dano moral suportado pela vítima (atualmente resignados e vencidos) e pelos críticos da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance. Não obstante, tendo como mote o atual paradigma da responsabilidade civil (aqui já delineado por mais de uma vez), a resposta adequada reside na necessária consideração de que as falhas apresentadas e relativas à “condição de impossibilidade matemática exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo.”  
Item 2.2 do presente estudo.

a probabilidade (frustrada) de auferir a vantagem, de modo que o valor da indenização seja apurado com base na concreta possibilidade de alcançar o resultado almejado.<sup>237</sup>

Destaque-se que a quantia a ser ressarcida não infirma o princípio da reparação integral, na medida em que engloba a totalidade das chances, que são inferiores, por óbvio, ao resultado final pretendido.

O artigo 944 do Código Civil Brasileiro prescreve que a indenização mede-se pela extensão do dano. Desse modo, seja qual for a dimensão do dano causado, o ressarcimento deve ser integral.

Já o parágrafo único de referido artigo assinala que se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização (não se fala na possibilidade de aumentar o valor do ressarcimento com base na culpa do agente, razão pela qual não pode o juiz, com base neste fundamento, aumentar o valor da indenização).

Nessa mesma linha de intelecção caminha o Código Civil Português, ao assinalar, em seu artigo 494, que *“Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.”*

Resta saber se também na indenização pela perda de chance, o grau de culpa do causador do dano reflete no *quantum* a ser reparado.

Sabemos que a perda da chance possui maior atenção voltada à verificação do dano (chances frustradas) e ao do nexo de causalidade entre a conduta do agente e a ocorrência daquele infortúnio.

Assim, comungamos do pensamento de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, ao afirmar que permitir ao julgador reduzir equitativamente a indenização quando se tratar da perda da chance pode contrariar toda a construção doutrinária e jurisprudencial em torno da aceitação desse instituto

---

<sup>237</sup> AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade Civil pela Perda da Chance: Natureza Jurídica e Quantificação do Dano**. Curitiba: Juruá, 2015.

no ordenamento jurídico brasileiro. A interpretação sistemática de artigos do Código Civil (dada a ausência de expressa previsão legal) poderia conduzir a posicionamento de menosprezo à indenização das chances perdidas, justamente sob o argumento de que foram apenas chances frustradas, e que, por isso, haveria desproporcionalidade em conceder indenizações, quando elevada a probabilidade de atingir o resultado favorável ou evitar o prejuízo, já que fora simples culpa leve a causadora do dano. Há um perigo manifesto de, adotando-se a aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, iniciar-se uma caminhada desconstrutiva da teoria ora apresentada. A razão desse perigo é mormente porque o valor da indenização do dano pela perda da chance é, necessariamente, menor do que a do resultado final.<sup>238</sup>

Não obstante o receio estampado no parágrafo anterior, não se pode impedir a aplicação do artigo 944 do Código Civil à perda de chance, pois seria o mesmo que subtrair do julgador a autoridade que lhe foi conferida pelo Poder Legislativo de proporcionar o justo equilíbrio entre causador do dano e vítima, entre credor e devedor, de solidificar com razoabilidade a indenização devida e necessária aos reclamos do ofendido.

Na prática, porém, não conseguimos encontrar julgados em que, no âmbito da aplicação da perda de uma chance, a indenização foi equitativamente reduzida pelo magistrado sob o argumento de que houve excessiva desproporção entre o grau de culpa do agente e o dano suportado pelo lesado.

O que pudemos observar, em verdade, é que a redução da indenização toma como parâmetro, como já assinalado desde o início do presente tópico, o valor que seria devido caso houvesse comprovação de nexos causal entre a conduta do agente e o ganho esperado que restou frustrado. Não vislumbramos, para além disso, novo rebaixamento na indenização com supedâneo no grau de culpa do lesante.

Na doutrina de Rafael Peteffi encontramos exemplo de situações que geram, com fundamento no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil

---

<sup>238</sup>AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade Civil pela Perda da Chance: Natureza Jurídica e Quantificação do Dano**. Curitiba: Juruá, 2015. Pág. 211.

Brasileiro, distorções relativas ao reconhecimento da perda de uma chance.

O caso fictício é o do médico que deixa de fazer um exame preventivo e o paciente vai a óbito. Caso esse exame seja extremamente novo e de conhecimento restrito, ter-se-ia um caso de falha levíssima com um grande prejuízo (morte do paciente), o que poderia ensejar a redução de eventual indenização, com fundamento no artigo 944, parágrafo único. Sendo o exame parte da prática médica e deveras conhecido pelos profissionais, o ato configurar-se-ia falha grave, porém seria impossível afirmar que a realização do referido exame teria evitado o falecimento do paciente. Neste caso teríamos a aplicação da teoria da perda de uma chance, operando com o conceito de causalidade parcial.<sup>239</sup>

Outro exemplo também fornecido por aquele autor: perda de prazo por advogado. Erro grave.<sup>240</sup> Contudo, o dano suportado pelo cliente poderia não ser grande, caso o causídico comprovasse que as chances de sucesso na demanda eram baixas. Não seria hipótese de aplicação do artigo 944 e seu parágrafo único, por ausência de desproporção entre a culpa do advogado e o dano experimentado pelo cliente. Resta demonstrado, lado outro, o nexo entre a conduta do advogado e a perda de uma chance de obtenção de sucesso na demanda.<sup>241</sup>

## 7 – Perda da chance e sua intersecção com o Direito De Família

---

<sup>239</sup>Citado por AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade Civil pela Perda da Chance: Natureza Jurídica e Quantificação do Dano**. Curitiba: Juruá, 2015. Pág. 209.

<sup>240</sup> Por força do caráter de múnus público que tem a função advocatícia, ao advogado se impõe uma correção especial no exercício da profissão. Deve desempenhar com zelo e dedicação o encargo que lhe foi confiado, para que o seu cliente se sinta protegido e possa nutrir a esperança de regular desenvolvimento da demanda.

CRUZ, Adenor José da. Responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance de um direito demandado, em juízo, investigada sob a luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência. **Repertório Iob de Jurisprudência**, São Paulo, v. 3, n. 3, p.93-100, 1. Quinz. fev. 2010.

<sup>241</sup>Citado por AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade Civil pela Perda da Chance: Natureza Jurídica e Quantificação do Dano**. Curitiba: Juruá, 2015. Pág. 209.

Quando se fala em família, ainda hoje pode ser que nos venha à mente aquele modelo tradicional, de nossos antepassados: casamento entre homem e mulher, ambos rodeados por filhos.

Sabemos, porém, que hoje a realidade é outra. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas, oriundas do casamento, de uniões estáveis e de uniões nem tão estáveis assim nos se apresenta cada vez mais frequente. São elas, pois, plurais<sup>242</sup>.

A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade – que não se alterou – de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem.<sup>243</sup>

No contexto do mundo globalizado, ainda que continue ela a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação de seu conceito.<sup>244</sup>

Dentro de toda essa mudança vivenciada perante aquele modelo tradicional, o que se destaca, sem qualquer sombra de dúvidas, é a busca por sua incessante proteção, fulcrada na dignidade da pessoa humana e no melhor interesse da prole.

Constata-se, de maneira cabal, a profunda mudança de paradigma e, dito de maneira simples, de atenção, que a família atingiu quando analisamos a Constituição Federal de 1988, a qual acabou por dar azo ao que se convencionou chamar de constitucionalização do Direito de Família<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> Maria Berenice Dias, em razão dessa pluralidade, adota em seu livro a expressão Direito das Famílias. Aduz que, para ela, a expressão família já perdeu o significado. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 7.

<sup>243</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 36.

<sup>244</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 36.

<sup>245</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 64.

Os dispositivos constitucionais exararam o reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado; a existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; a competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução; a igualdade jurídica entre os cônjuges; o reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio; o direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício; a igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias; a proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente e a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância; a atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos e a proteção do idoso.<sup>246</sup>

---

<sup>246</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. [\(Regulamento\)](#)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

~~§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.~~

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. [\(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010\)](#)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [Regulamento](#)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

~~Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e~~

---

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

~~§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:~~

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

~~II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.~~

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

~~III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;~~

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

~~VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.~~

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

Essa enorme preocupação com o núcleo familiar<sup>247</sup>, com o seu bem estar, com a sua felicidade, com a noção de respeito, com a busca equilibrada dos conflitos e com o afeto que se busca permear entre seus membros gerou profunda alteração no foco da responsabilidade civil aplicada ao Direito das Famílias, de onde se extrai a plena possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance.

No âmbito das relações afetivas e patrimoniais envolvendo as famílias, é possível observar situações em que o comportamento de terceira pessoa frustra a expectativa de resultado favorável nutrida por outra, seja no aspecto patrimonial ou não.

---

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: [\(Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010\)](#)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; [\(Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010\)](#)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. [\(Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010\)](#)

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

<sup>247</sup> Luc Ferry, citado por Fernanda Carvalho Leão Barretto, destaca que 'a história da família moderna, fundada no sentimento, vai nos mostrar que a única causa que vale a pena, afinal, é a da pessoa.'

BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, sua Intersecção com o Direito das Famílias e o Estabelecimento das Relações Parentais: Investigando Possibilidades. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, ano XIV, nº 29, p.28, ago-set 2012.

Três específicas situações que abarcam o maior âmbito de aplicação da teoria da perda de uma chance aliada ao Direito das Famílias são apresentadas por Cristiano Chaves de Farias.

A primeira diz respeito à perda da chance de obter alimentos futuros, quando o devedor da prestação (alimentante) é vítima de ato ilícito que impossibilita o cumprimento da obrigação.

Segue o autor citando exemplo colhido da jurisprudência francesa, que já admitiu, em situação específica, dano à vida de relacionamento sexual consistente na frustração de um cônjuge pela perda da capacidade sexual do outro convivente.

Invoca, ainda, o âmbito filiatório como campo fecundo, dentro das relações familiares, para a aplicação da teoria.<sup>248</sup>

Acerca do primeiro exemplo sublinhado pelo autor, salientamos que, em verdade, não há chance real e séria extirpada daquele pai que perdeu o filho menor, de obtenção de vantagem patrimonial decorrente de eventual futuro emprego do filho e de eventual ajuda deste, ora falecido, ao sustento do pai.

De forma objetiva, o menor, ao tempo de sua morte, sequer era devedor de alimentos ao pai, sequer era alimentante.

Várias circunstâncias poderiam surgir e impedir que esse filho viesse a ajudar no sustento dos pais. Poderia não obter emprego que lhe rendesse o suficiente a tal ajuda, tanto mais se passasse a constituir a própria família. Poderia, em razão de eventuais desavenças com os genitores, não ter interesse em ajudá-los. Poderia o próprio pai alcançar situação financeira mais confortável e não precisar da ajuda do filho. Enfim, o campo das possibilidades é farto, não podendo, assim, a morte de filho em tenra idade, em idade sequer escolar, dar azo ao grau de seriedade e realidade exigidos à configuração da perda de uma chance.

---

<sup>248</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A Teoria da Perda de Uma Chance aplicada ao Direito de Família: Utilizar com Moderação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 105, n. 406, p.93, nov-dez 2009.

No entanto, como já mencionado no presente trabalho, o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, nas famílias de baixa renda, presume-se, sim, que aquele filho que teve a vida ceifada, cresceria, trabalharia e ajudaria, com parte de sua renda, a família vitimada.

De fato, cedemos a esse entendimento, não, para sermos francos, do ponto de vista técnico (consoante argumentos já aqui elencados), dado que, no caso concreto, é bem possível que não se conseguisse demonstrar, por exemplo, que naquela família havia outros filhos, que cresceram e ajudaram financeiramente os pais, circunstância que, em matéria de prova, seria hábil à presunção de que o mesmo ocorreria com o filho falecido.

Cedemos a esse entendimento, em verdade, do ponto de vista da situação do país, em que os costumes nos mostram que, em famílias de baixa renda é, usualmente, o que acontece. Ou seja, os filhos vão crescendo, vão se dando conta da situação precária em que vivem os pais, começam a trabalhar e, de imediato, ajudam os familiares com parte da renda que passam a perceber.

Excepciona-se, aqui, por óbvio, a circunstância daquele pai que, ao tempo da morte do filho, já recebia ajuda do mesmo, pois neste caso a aplicação da responsabilidade civil segue o modelo tradicional, não havendo que se falar em perda de chance.

Colhemos, lado outro, nos termos, cremos, do propugnado por Cristiano Chaves, julgado oriundo do Superior Tribunal de Justiça, em que foi concedida indenização com base na teoria da perda de uma chance a um filho, cuja mãe faleceu pouco antes de ser nomeada para tomar posse em um concurso, que garantiria seu sustento. O autor da ação ainda não recebia percentual dos rendimentos da mãe, mas as chances de isso acontecer eram grandes, sendo obstadas pelo ato ilícito do réu.<sup>249</sup>

---

<sup>249</sup> ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ERRO MÉDICO - DEVER DE INDENIZAR - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – SUMULA 7 DO STJ - PENSIONAMENTO - RAZOABILIDADE DA PRETENSÃO - TERMO FINAL - ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM OS PRECEDENTES DESTA CORTE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.  
1. A obrigação de indenizar, na espécie, está assentada em fatos e provas, aspectos estes que não podem ser revistos na via estreita do especial, consoante Súmula 07 desta Corte.

A segunda situação mencionada pelo autor Cristiano Chaves prescinde de maiores comentários. Não se nos afigura difícil imaginar situações em que reste frustrada a vida sexual da vítima em decorrência da perda da capacidade sexual de seu parceiro ou da perda da capacidade reprodutora da mulher, restando demonstrado que ela tinha intenção de engravidar. Chances, portanto, reais e sérias, perdidas em decorrência, a título de exemplo, de acidente ou de intervenção médica mal sucedida.

Acerca do tema, encontramos julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em que o autor, vítima de acidente de trânsito que lhe resultou amputação da bolsa escrotal, ajuizou, juntamente com a esposa, ação indenizatória em face do causador do acidente. Postularam e receberam indenização por dano material, estético e moral (este em razão da perda da função sexual e reprodutiva, fato que também afetou a esposa do ofendido).<sup>250</sup>

Apesar da perda da capacidade reprodutiva ter sido assimilada dentro do conceito de dano moral, entendemos que, em decorrência do mesmo fato, caberia não só a indenização pelo dano material (prejuízo com a motocicleta), pelo dano estético (transformação do corpo da vítima, em razão das diversas lesões) e pelo dano moral (angústia, sofrimento, humilhação, estresse pós traumático), mas também pela perda da chance de ter filhos

---

2. A Corte de origem, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, conclui que a vítima só não tomou posse no concurso para qual foi nomeada, justamente porque veio a falecer, por culpa do ora agravante.

3. Há de ser referendada a compreensão no sentido de que: "A probabilidade de que determinado evento aconteceria ou não aconteceria, não fosse o ato de outrem, deve ser séria, plausível, verossímil, razoável. E, no caso concreto, a chance de que a vítima destinaria ao filho menor parcela de seus ganhos é bastante razoável, e isso é suficiente para gerar a obrigação de reparar a perda".

4. Nesse contexto, não merce acolhida a tese de que o filho possuía apenas expectativa de direito a receber percentual dos rendimentos líquidos da mãe.

5. É firme o entendimento de que o termo final da pensão devida ao filho menor em decorrência da morte do pai, seja a idade em que os beneficiários completarem vinte e cinco anos de idade, quando se presume terem concluído sua formação, incluindo-se a universidade.

6. agravo regimental não provido.

AgRg no Ag 1222132/RS

Data do Julgamento 03/12/2009

Relatora Ministra Eliana Calmon

www.stj.jus.br

<sup>250</sup> Apelação Cível nº 1.0105.09.315641-9/001. Relator Desembargador Tiago Pinto. Julgamento em 08/08/2013. www.tjmg.jus.br

(perda da capacidade reprodutiva, cuja seriedade deveria ser analisada no caso concreto: casal jovem, sabidamente com intenções de terem filhos).

Por fim, no que tange à aplicação da teoria ao espectro da filiação, podemos exemplificar com a perda da oportunidade de tornar-se pai.<sup>251</sup>

Este tem, além de inúmeros deveres, também alguns direitos. Entre eles encontra-se o de gozar da companhia da criança durante toda sua vida.

Para efeito de aplicação da teoria objeto de nossos estudos, basta imaginarmos a situação daquele homem que teve relacionamento furtivo com uma mulher e esta, logo em seguida, passa a viver em outra cidade, ou mesmo em outro país. Basta ainda imaginar que essa mulher realize essa mudança grávida, tenha o filho e o crie sem, em nenhum momento, cientificar o pai. Não acabou. Basta agora imaginar que essa mãe, além de não informar ao pai acerca da existência desse filho, ingresse em outro relacionamento, desencadeando relação socioafetiva<sup>252</sup> entre seu descendente e seu novo companheiro.

Não há novidade na fiel e árdua defesa do direito do filho a um pai, tanto que o exame de DNA resta cada vez mais acessível aos investigadores e a guarda compartilhada tem ocupado cada vez mais espaço no cenário da população.

Nessa trilha, o entendimento dos Tribunais tem sempre caminhado no sentido de que sempre que a posse do estado de filho advinda da relação de socioafetividade apontar para a formação de relação de índole parental,

---

<sup>251</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 488.

<sup>252</sup> O termo 'socioafetividade' conquistou as mentes dos juristas brasileiros, justamente porque propicia enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas, porque congrega o fato social (sócio) e a incidência do princípio normativo (afetividade).

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Org.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado: Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

esta deve prevalecer e ser prestigiada em detrimento da paternidade puramente biológica.<sup>253</sup>

E então, voltando ao exemplo da mulher que partiu sem olhar para trás, carregando um filho no ventre, e ainda favorecendo o relacionamento de sua prole com outra pessoa, caracterizando-se entre aqueles o vínculo parental socioafetivo, resta uma pergunta: E o direito do pai (biológico) ao filho?

Fernanda Otoni de Barros faz menção à ocorrência de situação semelhante à acima descrita.

A autora, que é psicóloga judicial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, narra cenário concreto com a qual se deparou em sua lida forense, em que um homem, após separar-se da companheira, viu a mesma desaparecer com a filha de ambos e concluir, em tempo recorde e à sua revelia, um processo de destituição do poder familiar e de adoção da criança pelo novo marido da ex-companheira.

---

<sup>253</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. SOCIOAFETIVIDADE. ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. ART. 42, § 6º, DO ECA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. MAGISTRADO COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. 1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem". 2. A comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, prevista no art. 42, § 6º, do ECA, deve observar, segundo a jurisprudência desta Corte, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. 3. **A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.** 4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias. 5. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias. 6. Recurso especial não provido.

Destacamos

Resp 1500999/RJ

Julgado em 12/04/2016

Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br

O pai biológico, desesperado pelo resgate da relação com a filha, desabafa: *“Sei que hoje o pai dela é o Clóvis...ela nem sabe quem sou. Meu desejo de ser pai não foi suficiente para fazer dela minha filha...a mãe dela fez o que prometeu...deu-lhe outro pai e eu não pude fazer nada. Os processos que interpus são apenas a expressão de meu desespero e desconforto. Sou como um peixe fora d’água...debatendo, mas sem conseguir chegar ao mar. O que eu quero? Quero conhecer minha filha...tenho esse direito. A Justiça me deve isto. Quero ser apresentado a ela, participar da vida dela...mesmo de longe, como um amigo da família, alguém que gosta dela e quer o melhor para ela. Quero saber se ela vai estudar na Suíça e como é a educação na escola que ela frequenta...quero poder estar perto dela, telefonar para ela e quem sabe....um dia...ela possa se referir a mim, como a gente se refere a amigos dos pais da gente....gosto muito do tio fulano....ele é como se fosse um pai para mim. Hoje, é por isto que luto....para ter um espaço....qualquer....junto à minha filha.”*<sup>254</sup>

E a psicóloga faz a seguinte reflexão: *“Até hoje, é a mãe quem define o que é melhor para a criança, não há nada que a justiça ou que o pai biológico possam fazer. Nesse caso, a lei não tem sido suficiente para barrar o desejo materno..., ele sofre obstáculos, mas segue convicto em direção ao seu destino”*...<sup>255</sup>

Diante desse quadro, não se tem a menor condição de prever eventual sucesso do pai biológico no reestabelecimento de sua relação com a filha.

No entanto, seu esforço resta indubitável, o que permite caracterizar, ao menos em relação ao tempo já transcorrido, a flagrante perda da chance de tornar-se pai, o que, não fosse a atitude da mãe, teria, segundo o curso natural dos acontecimentos, ocorrido.

É interessante frisar, também, o entendimento de Carvalho Neto, citado por Laís Barreto Rangel e Maria Cristina Paiva Santiago, segundo o qual

---

<sup>254</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai: A paternidade no Tribunal e na vida**. 2. ed. Belo Horizonte: del Rey, pág. 83.

<sup>255</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai: A paternidade no Tribunal e na vida**. 2. ed. Belo Horizonte: del Rey, pág. 85.

a criança também é parte legítima para obter indenização da mãe que escondeu a paternidade, tendo em vista os prejuízos que sofreu em razão da privação da companhia paterna.<sup>256</sup>

Ainda nos meandros das paternidades biológica e socioafetiva, mencionamos outro caso relatado por Fernanda Otoni de Barros, em que, no decorrer do casamento, a mãe revela ao marido que ela suspeita de que o pai biológico do filho (até então de ambos) possa ser outro. Durante o processo de separação confirma-se a suspeita da mãe. O 'pai-social' não quer perder seus direitos legais de pai e o biológico quer ter seu direito de pai reconhecido.<sup>257</sup>

Até o momento em que a autora publicou o livro, o caso ainda não tinha sido resolvido judicialmente. É possível, como já decidiu a jurisprudência brasileira<sup>258</sup>, que os dois tenham sido reconhecidos como pai e que ambos passem a constar da certidão de nascimento da criança.

Independentemente do resultado do processo, claramente vislumbramos que em algum momento no curso da vida desses homens, ambos, em função da atitude da mãe, perderam a chance de serem pais.

Outro exemplo que podemos mencionar é o da mulher que realiza aborto sem a informação ou consentimento do genitor daquele, até então, feto, frustrando a efetivação da paternidade.

Trazemos dois julgados portugueses no bojo do qual os pais de crianças que nasceram com sérias deformidades físicas postulam indenização a título de danos patrimoniais e não patrimoniais ao argumento de que referidas malformações eram visíveis por meio de ecografias realizadas desde o primeiro trimestre das gestações. No entanto, os médicos diziam que os fetos cresciam absolutamente sãos. Os pais alegaram que se tivessem sabido das

---

<sup>256</sup> RANGEL, Laís Barreto; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva. **Análise da Teoria da Perda de Uma Chance e sua possível aplicação no Direito das Famílias**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=32e7b56fb911eb28>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

<sup>257</sup> BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai: A paternidade no Tribunal e na vida**. 2. ed. Belo Horizonte: del Rey, pág. 86.

<sup>258</sup> JURÍDICO, Consultor. **Nome de pai afetivo ficará ao lado do pai biológico em registro**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-01/nome-pai-afetivo-ficara-lado-pai-biologico-registro>>. Acesso em: 05 ago. 2016 e Recurso Extraordinário 898.060/São Paulo. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

deformações à época daquelas ecografias, poderiam ter interrompido as gravidezes. O Tribunal entendeu presente, nas duas ações, relação de causalidade entre a omissão do profissional da medicina e as malformações dos filhos (dano).<sup>259</sup>

Entendemos que o Tribunal luso mais uma vez aplicou a regra do tudo ou nada, em situações em que sequer há nexos de causalidade, deixando de aplicar a perda de uma chance, que aqui se amoldaria.

Não conseguimos vislumbrar relação de causalidade entre a omissão/erro de diagnóstico e as malformações suportadas pelas crianças. O segundo não decorre, em absoluto, do primeiro.

Porém, é perfeitamente clara a relação causal havida entre a omissão/erro de diagnóstico e a perda da oportunidade de interrupção da gravidez, pelo que a indenização, ao nosso juízo, deveria ter seguido essa linha de raciocínio/julgamento.

Temos ainda a situação daquela criança que teve o relacionamento com um dos genitores extremamente abalado ou até mesmo extinto, em razão de alienação parental realizada pelo outro genitor. Seguramente, neste caso, tanto o ascendente vê-se alijado do direito de desenvolver-se pai/mãe como o filho enxerga-se, de repente, extirpado da relação sadia que tinha nesta condição. Ambos (ascendente e filho vitimados) são partes legítimas para, com espeque na teoria da perda de uma chance, buscar reparação judicial.

A alienação parental é tão grave, causa tanto transtorno aos envolvidos na situação e tanto prejuízo ao menor vitimado, que o legislador brasileiro, com fins de proteger os interesses da criança e do adolescente, editou no ano de 2010, a Lei 12.318, que assinala o que deve ser entendido por alienação parental, bem como elenca formas exemplificativas de sua ocorrência, sem afastar a eventual ocorrência de atos declarados como tal pelo magistrado ou por perícia.

Acentua, ainda, em seu artigo 3º que a “*A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de*

---

<sup>259</sup> 1212/08.4TBCL.G2.S1. Relator Helder Roque. Sessão de 12/03/2015.  
9434/06.6TBMTS.P1.S1. Relatora Ana Paula Boularot. Sessão de 17/01/2013.

*convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.*”<sup>260</sup>

Verificamos julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal em que a autora Cristina M. A. Dias, em comentários ao *decisum*, aventou possível espaço para a aplicação da perda de chance. O caso resta assim resumido: mulher com 52 anos de idade ingressa com investigação de paternidade. Pai admite a filiação, mas pleiteia, com base na alegação de abuso de direito da autora, a improcedência do pleito sucessório. Assinala o abuso de direito pelo fato da autora ter tido condições de ingressar com a ação desde sempre, já que era filha da empregada de sua residência. Os Tribunais de primeira instância, bem como o Supremo Tribunal de Justiça negaram o pedido do pai. Contudo, nas razões da decisão proferida pelo Tribunal Superior, há informação de que em Macau existe norma legal dando conta de que, quando verificado que a ação de investigação tem o nítido efeito apenas de obter vantagem patrimonial

---

<sup>260</sup> (...) Art. 2o Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (...)”

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2016.

– sucessória – reconhece-se apenas o estado pessoal (filiação).<sup>261</sup>

Cristina Dias, comentando referido acórdão, faz os seguintes questionamentos: o filho não reconhecido e que agora ingressa com a ação de investigação de paternidade muito tempo depois de atingir a maioridade é menos filho, tem menos prestígio que aquele fruto de relação conjugal do pai e, portanto, reconhecido no seio de sua família? Não se deve respeitar as razões – que certamente existem – para o filho não reconhecido ingressar em juízo muito tempo após a maioridade? Ainda que essas razões sejam exclusivamente patrimoniais – o que não se acredita – diante inclusive dos atuais estudos que dão conta de que o conhecimento da ascendência biológica é deveras importante para a formação do ser – esse filho não tem direito a tal patrimônio, tal como o concebido na relação matrimonial do pai? Vale dizer, ainda, que, muitas vezes aquele filho fruto do casamento não tenha qualquer afeição, consideração e cuidado com o pai e, nem por isso, deixará de ser parte em sua herança. Logo, fico a raciocinar se, no caso da legislação de Macau, não haveria, negando-se o acesso ao patrimônio do investigado, perda desta chance, da chance de ascender ao patrimônio decorrente da sucessão.<sup>262</sup>

Primeiramente, afirmamos que a legislação de Macau padece, aos olhos do Direito Constitucional Brasileiro, de franco vício de constitucionalidade, por ausência completa de isonomia entre os filhos havidos dentro e fora do casamento. De fato, o mencionado e eventual abuso de direito poderia ter como sujeito ativo tanto os filhos dentro, como os filhos fora do casamento. No entanto, apenas os oriundos de relação extraconjugal seriam passíveis de agirem com abuso de direito?

Para além disso, a relação biológica existente entre as pessoas transborda, sempre, para além das questões de estado. Uma vez estabelecido o vínculo biológico, sempre haverá o consectário patrimonial, sendo, portanto,

---

<sup>261</sup>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1a4bfd00c40f70e680257b4e004e8147?OpenDocument&Highlight=0,187%2F09>

<sup>262</sup> DIAS, Cristina M.A. **Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade:** Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9.4.2013, Proc, 187/09. Cadernos de Direito Privado, Braga, nº 45 (Jan-Mar. 2014), p. 32-59.

absolutamente descabida a ressalva ao abuso de direito nos moldes insertos na legislação de Macau (interesse do descendente biológico à herança pura e simples).

Abrimos aqui um parêntesis para mencionar a legislação brasileira que, no artigo 1814 do Código Civil, prevê atitudes de herdeiros que os torna excluídos da sucessão: *“São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.*

Não obstante, as situações acima elencadas passam ao largo da exemplificação do abuso de direito contido na legislação daquela cidade chinesa, colônia portuguesa até 1999, não guardando, portanto, qualquer similitude com a indignidade relatada no Código Civil Brasileiro.

Para que tenhamos noção do quanto o Direito de Família resta avançado no Brasil, recentemente<sup>263</sup> o Supremo Tribunal Federal entendeu que a existência de paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico. Na hipótese, a filha tinha a figura do pai na pessoa do genitor socioafetivo, mas tinha também a intenção de ver reconhecida a sua ascendência biológica. O Tribunal declarou que não há impedimento do reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade, *com a produção de efeitos jurídicos por ambas*, desde que seja interesse do filho. O Ministro Dias Toffoli observou que *“Se teve o filho, tem obrigação, ainda que o filho tenha sido criado por outra pessoa”*<sup>264</sup>

Se mesmo havendo paternidade socioafetiva, o Brasil entende, em nosso conceito, acertadamente, a relevância do reconhecimento da paternidade biológica em todos os seus aspectos, inclusive patrimoniais, com maior propriedade a necessidade do reconhecimento daquele que, ao que consta do julgado português, sequer teve em sua vida a figura de pai

---

<sup>263</sup> 21 de setembro de 2016.

<sup>264</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>

socioafetivo.

Não obstante, sem embargo de todo o exposto até o momento, não vislumbramos a ocorrência de perda de chance patrimonial ventilada por Cristina Dias na hipótese da legislação de Macau reconhecer a ocorrência de abuso de direito e conceder apenas o estado de filha à investigante, negando-lhe direitos sucessórios.

Justificamos nosso ponto de vista por meio da análise pura dos pressupostos da responsabilidade civil pela perda de chance.

Esta ocorre quando a expectativa de obtenção de proveito de alguém é subtraída pela atitude ilícita de outrem. O transcorrer da linha de desdobramento causal dos acontecimentos poderia ou não redundar no ganho almejado pela parte. Contudo, essa oportunidade lhe é decotada.

Na espécie levada a julgamento para o Tribunal Português, é certo que a linha de desdobramento causal dos acontecimentos levaria ao reconhecimento da paternidade com seus consectários legais (sucessão), não fosse a legislação de Macau a reconhecer a ocorrência de abuso de direito.

Logo, não há álea a gerar desconhecimento acerca do desdobramento fático que ocorreria.

Só por isso já não se identifica perda de chance.

Mas mais que isso. Na perda de chance o dano é quantificado por meio de fator redutor em relação àquela vantagem final inicialmente esperada pela vítima. Na espécie vertente, não há como ignorar o conhecimento acerca da integralidade do valor almejado (cota parte na herança) e seu efetivo direito a ela, não havendo que se falar em proporcionalidade entre a chance de obter a herança e o seu efetivo recebimento.

Por fim, na medida em que o reconhecimento do abuso de direito (a ceifar o alcance patrimonial do investigante da paternidade) só pode ser efetivado por aquele que aplicar a lei macauense, pois só assim teríamos o ato ilícito, a ação postulando indenização por perda de chance seria proposta em desfavor de quem? Do magistrado? Este, de seu turno, não estaria a agir, consoante fundamentação expressa em sua decisão, nos termos do disposto em lei? Sua conduta seria, assim, ilícita? Pensamos que não (ressalvada a nossa concepção de inconstitucionalidade).

Por todo o exarado, não enxergamos aplicação da perda de chance

no caso em análise.

Encerramos este tópico com a polêmica recorrente acerca da indenização postulada por filhos com suporte no abandono afetivo realizado pelos genitores, notadamente o pai.

A jurisprudência brasileira em algumas circunstâncias<sup>265</sup> profere decisões condenando genitores que, embora tenham cumprido rigorosamente suas obrigações do ponto de vista patrimonial, não deixando que nada faltassem aos filhos em termos de alimentação, vestuário, lazer, instrução escolar e plano de saúde, simplesmente não eram presentes no aspecto afetivo da vida daqueles menores, que cresceram sem a presença da figura paterna e, com base nesse abandono afetivo, postularam indenização.

O argumento legal utilizado no pleito reparatório é a quebra do dever de convivência estampado no artigo 1634, incisos I e II do Código Civil.<sup>266</sup>

Referidos dispositivos trazem expressos os deveres de 'dirigir-lhes a criação e educação' e 'tê-los em sua companhia e guarda'. Rodrigo da Cunha Pereira e Cláudia Maria Silva assinalam que tais deveres paternos não guardam relação com o suprimento das necessidades materiais que se faz por meio do pagamento de pensão alimentícia. Destacam que a lei é muito clara ao impor aos pais a companhia, a guarda, a direção de sua educação. Cravam o entendimento de que se tais deveres não são cumpridos em razão da ausência

---

<sup>265</sup> Resp 1159242/SP – Relatora Ministra Nancy Andrigui – Julgado em 24/04/2012. Superior Tribunal de Justiça; Apelação Cível 408.550-5 – Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Julgado em 1º/04/2004.

Apelação Cível 20130111367200 – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – Data do julgamento 01/06/16. Disponível em [www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br)

Apelação Cível 1.0223.13.002650-1/01 – Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Data do julgamento 12/03/15. Disponível em [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)

Apelação Cível 0900021-64.2015.8.24.0071 – Julgado em 20.09.16 – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Apelação Cível 356778-53.2012.8.09.0006 – Julgado em 14.01.14 – Tribunal de Justiça de Goiás

<sup>266</sup> “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)”

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2016.

e/ou da recusa paterna, estamos diante de nítidos atos ilícitos, os quais geram o dever de indenizar, em razão dos sérios danos que causam.<sup>267</sup>

Colacionamos entendimento contrário de Cristiano Chaves de Farias, no sentido de que não se pode caracterizar como perda de chance eventuais rupturas de vínculos afetivos, decorrentes de manifestações volitivas das partes. Assinala o autor que não se pode admitir que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos moral e materiais dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que ter valia mais do que o ser.<sup>268</sup>

Luciano Chaves de Farias, citado por Cristiano Chaves de Farias, destaca, em reforço ao entendimento de seu irmão<sup>269</sup>, que a falta de amor e de afeto são motivos mais do que justos e suficientes para o rompimento de um relacionamento. Salieta que o Judiciário não deve e nem pode querer obrigar alguém a amar ou manter um relacionamento afetivo.<sup>270</sup>

João Gaspar Rodrigues manifesta-se igualmente contrário à referida indenização, demonstrando preocupação com a indústria do dano moral, capaz de gerar, segundo seu entendimento, insegurança jurídica, sociedade intolerante, promoção do ódio, rivalidade, busca de vantagens sobre outrem e até mesmo a exaltação do narcisismo.<sup>271</sup>

---

<sup>267</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 21, n. 3, p.669-682, set.-dez. 2006.

<sup>268</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A Teoria da Perda de Uma Chance aplicada ao Direito de Família: Utilizar com Moderação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 105, n. 406, p.93, nov-dez 2009.

<sup>269</sup> Referido grau de parentesco é de nosso conhecimento.

<sup>270</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A Teoria da Perda de Uma Chance aplicada ao Direito de Família: Utilizar com Moderação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 105, n. 406, p.93, nov-dez 2009.

<sup>271</sup> RODRIGUES, João Gaspar. **A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização**. Disponível em:

Pensamos um pouco diferente de referidos autores.

A matéria é controversa e o alcance de uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária.

A noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim, situações anteriormente tidas como 'fatos da vida', hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.<sup>272</sup>

Certamente o Judiciário não pode obrigar ninguém a ter afeto e amor por outrem, ainda que este seja seu próprio filho.

Logo, as indenizações concedidas não podem ser analisadas sob o espectro da falta de afeto (você não é obrigado a me amar, mas se não o fizer, pagará, literalmente e em espécie, por isso).

Associar irresponsavelmente o abandono afetivo a uma mera negativa de afeto propiciaria elevada insegurança jurídica, a ponto de filhos terem a aptidão de deduzir pretensões de responsabilidade civil contra os pais mesmo que vivam todos no mesmo lar, pelo fato de que o genitor fora uma pessoa pouco carinhosa e amável, mesmo que jamais tenha negligenciado o dever imaterial de cuidado.<sup>273</sup>

A questão, entendemos, deve ser analisada sob o enfoque do dever de cuidado. O cuidado é uma forma de amor, claro, mas não se está aqui a tratar do amor que vincula um casal pelo afeto, ou do sentimento que os pais nutrem, normalmente, pelos filhos.

---

<<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1140/R> DJ Impossibilidade reconhecer dano- joao gaspar.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 set. 2016.

<sup>272</sup> FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Org.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado: Filhos do Pai, Filhos da Mãe e o Abandono Afetivo - A Responsabilidade Parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>273</sup> ROSENVALD, Nelson. **Indenização por abandono afetivo: possibilidade**. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-possibilidade/14838>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

Os membros da família devem se responsabilizar uns pelos outros quando existe algum tipo de vulnerabilidade. Essa responsabilidade independe do afeto, pois se trata de deveres de conduta objetivos, cuja fonte é a filiação, e quando os deveres não são exercidos de forma espontânea, o Estado interfere e imputa tal responsabilidade, para que a pessoa vulnerável tenha garantida uma vida digna.<sup>274</sup>

Desse modo e voltando à análise da hipotética situação daquele pai que, a despeito de toda a sorte de auxílio material disponibilizado ao filho, nunca se fez presente a um evento comemorativo na fase escolar de sua prole, nunca participou de suas festas de aniversário, nunca teve a criança em sua companhia em quaisquer de suas atividades sociais e situações semelhantes, não cumpriu com o dever de cuidado que lhe é imposto por lei.

Ele continua não sendo obrigado a amar o filho, a ter afeto, a nutrir o sentimento sublime que a relação de parentalidade costuma provocar. Não obstante, o dever de solidariedade que deve permear a família o obriga a, na hipótese acima pontuada, fazer-se, ainda que pragmaticamente, presente na vida daquela criança ou adolescente.

O filho tem direito ao amor apenas como fundamento argumentativo subsidiário (em caso de judicialização), uma vez que o fator principal, para ele, é o dever de convivência do pai. O interesse jurídico da demanda gira em torno de uma compensação pela inércia paterna de um dever normativo expresso de educar, criar, sustentar, guardar e acompanhá-lo. Não se trata, portanto, de uma violação do dever subjetivo de amar ou de ofertar afeto.<sup>275</sup>

O cuidado é um amor construído com dispêndio de tempo e energia – o amor proativo da pós-modernidade -, forjado em um processo diuturno de providências, e sacrifícios; ou seja, atos materiais perfeitamente sindicáveis e objetivamente aferíveis por um espectador privilegiado. Esse cuidado ocorre à margem da miscelânea de sentimentos e emoções que permeiam a razão e o instinto dos cuidadores. Na pluralidade do Estado Democrático de Direito, o

---

<sup>274</sup> ROSENVALD, Nelson. **Indenização por abandono afetivo: possibilidade**. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-possibilidade/14838>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

<sup>275</sup> LOPES, Bárbara. Controvérsias acerca do tema 'abandono afetivo'. **Revista Eletrônica Eje**, Brasília, Ano IV, n. 2, fev./mar 2014. P. 41.

vasto setor da vida íntima de cada ser humano é impermeável aos humores do legislador de plantão. Todavia, na privacidade da relação filial, o adimplemento do cuidado é o fato jurídico que interessa ao ordenamento jurídico.<sup>276</sup>

Não se pode negar que o abandono paterno ou materno não cause dano psíquico ou até mesmo material. Não se pode, igualmente, negar a relação de causalidade existente entre a conduta omissiva do pai ou da mãe e o dano suportado pelo filho.

A função compensatória tem como objetivo retornar as coisas ao estado anterior. O bem perdido é restituído. No entanto, quando isso não se torna mais possível, de rigor o pagamento de indenização.

A noção de punição ao ofensor é uma função secundária, cabendo, inclusive, a sua não incidência quando possível a restituição ao estado anterior. Embora não seja a finalidade precípua, a prestação imposta ao lesante gera efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não reiterar tais condutas.

Aline Biasuz Suarez Karow fala ainda da função dissuatória da responsabilidade civil, diferente da função punitiva por não ter como foco conduta anterior, mas sim, a prevenção de condutas futuras. Assinala que o objetivo é a prevenção geral, orientando sobre condutas a não serem adotadas. Argumenta que o meio para alcançar este modelo é por intermédio do não exemplo, condenando o responsável à compensação dos danos individuais, a partir de condutas que não são desejadas no seio da sociedade.<sup>277</sup>

Rodrigo da Cunha Pereira resume o nosso pensamento: *“Indenizase por um constrangimento sofrido em uma viagem ao exterior ou pelo abalo advindo da impossibilidade de se registrar o diploma, por exemplo, mas não se condena um genitor ao pagamento pelos danos decorrentes do abandono do filho. No Direito de Família, o assunto é recente, e as resistências ficam,*

---

<sup>276</sup> ROSENVALD, Nelson. **Indenização por abandono afetivo: possibilidade**. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-possibilidade/14838>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

<sup>277</sup> KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 273-274.

*inclusive, por conta do medo de se instalar uma indevida indústria indenizatória, com uma avalanche de pessoas requerendo, aos tribunais, indenização por todo e qualquer sofrimento nas relações amorosas. É preciso separar o joio do trigo, e, certamente, os tribunais terão maturidade para entender que não é bem assim. A indenização que é cabível não o é simplesmente pelas desilusões e desencantos ou decepções com os pais. Não é pelo sofrimento de se constatar que o pai não é como o filho gostaria que ele fosse. Sofrimento faz parte da vida e, inclusive, é o que proporciona reflexões ao sujeito para que ele evolua. Na relação amorosa entre adultos, eles são responsáveis pelos seus encantos e desencantos amorosos. Mas, na relação parental, os pais são responsáveis pela educação de seus filhos, e pressupõe-se aí, dar afeto, apoio moral e atenção.*<sup>278</sup>

A Ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, já destacou que *“amor não se impõe, mas cuidado sim e esse cuidado me parece ser do quadro de direitos que são assegurados, especialmente no caso de paternidade e maternidade responsável”*.<sup>279</sup>

Na linha do que aqui sustentamos (reparação por abandono afetivo com indeferimento de pedidos que se fundem em aspectos rasos da relação entre pais e filhos), o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já deixou consignado que *“A indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo somente é viável quando há um descaso, uma rejeição, um desprezo pela pessoa por parte do ascendente, aliado ao fato de acarretar danos psicológicos em razão dessa conduta. 2. O fato de existir pouco convívio com seu genitor não é suficiente, por si só, a caracterizar o desamparo emocional a legitimar a pretensão indenizatória.”*<sup>280</sup>

No mesmo sentido entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao prescrever que *“A reparação via indenização por abandono afetivo, muito embora juridicamente possível, depende de*

---

<sup>278</sup> FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Org.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado: Filhos do Pai, Filhos da Mãe e o Abandono Afetivo - A Responsabilidade Parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>279</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>

<sup>280</sup> Apelação Cível 20120110447605 – Julgado em 26.01.15 – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – Disponível em [www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br)

*considerável respaldo probatório e de circunstâncias extraordinárias que justifiquem a indenização e que não representem simplesmente a indenização pelo amor não recebido.”<sup>281</sup>*

A matéria, como já dito, é das mais conturbadas no Direito de Família Brasileiro e sua dissecação não cabe dentro do que nos propomos com o presente estudo.

Por fim, registramos que a conduta ilícita daquele genitor que abandona afetivamente seu filho e que, assim, viola o dever de cuidado que lhe é imposto e que emana da lei, não pode ser confundido com perda de chance, pois nesta lidamos com a álea, com o desconhecimento acerca de que tipo de relação se estabeleceria caso o ascendente biológico não abandonasse afetivamente seu descendente.

Aqui, diversamente, o sofrimento psicológico da vítima é latente e não há desconhecimento acerca de que tipo de relação se estabeleceria entre pais e filhos caso os primeiros não abandonassem afetivamente seus descendentes. Ainda que, como já dito em algum momento deste trabalho, eventualmente os pais não fossem o exemplo que os filhos gostariam de ter e seguir, referido tipo de frustração faz parte dos dissabores vivenciados por todos ao longo de sua trajetória de vida, mas que em nenhum momento pode ser confundido com abandono afetivo.

Comungamos da percepção de que o abandono afetivo gera indenização ao nível da responsabilidade civil tradicional e não de sua ramificação externada sob a forma da perda de uma chance.

## 8 – Perda de chance e sua intersecção com o Direito do Trabalho

De início cabe ressaltar, pedindo vênias pela obviedade, mas destacando-se a necessidade da referência pela construção do raciocínio a

---

<sup>281</sup> Apelação Cível 2014.078525-9 – Julgado em 11.02.16 – Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Disponível em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)

seguir depurado, que a autonomia do Direito do Trabalho não o desvincula de sua sujeição ao ordenamento jurídico.

Sendo assim, por certo, as relações jurídicas advindas da prestação de serviço exercida de forma pessoal, não eventual, onerosa e subordinada, a par de submeterem-se à Consolidação das Leis do Trabalho<sup>282</sup>, submetem-se, ao menos subsidiariamente, às normas gerais compatíveis com o Direito Civil.

O artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu parágrafo único, vaticina que "O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste."<sup>283</sup>

Nessa linha de reflexão, a doutrina da perda de uma chance concilia-se com os princípios do Direito Laboral, na medida em que a ampliação do leque de reparação do dano injusto é harmônica ao ideal de melhoria da condição social do trabalhador. Lado outro, também valoriza a livre iniciativa, visto que o empregador também pode se valer do instituto para se ressarcir de eventuais oportunidades perdidas.<sup>284</sup>

Embora a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance seja tradicionalmente utilizada no âmbito da responsabilidade dos profissionais liberais, especialmente médicos e advogados, sua aplicação na esfera trabalhista encontra campo fértil, sobretudo no âmbito das doenças profissionais e acidentes de trabalho, em face das condutas omissivas ou comissivas do empregador ou do tomador dos serviços, consubstanciadas nas condições de trabalho impostas ao trabalhador, e por consequência, venha ele a perder uma chance provável e séria, por exemplo, de melhoria de sua

---

<sup>282</sup> A Consolidação das Leis do Trabalho estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho, nela previstas. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2016.

<sup>283</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2016.

<sup>284</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Carlos Brandão Ildelfonso; RABELO, César Leandro de Almeida. A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance nas Relações Jurídicas Cíveis e do Trabalho. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, v. 12, n. 85, p.41, set./out. 2013.

carreira profissional.<sup>285</sup>

Iniciamos as referências com julgado italiano datado de 1998, em que restou definido, em caso de alegado preterimento de trabalhador a determinada promoção realizada sob a forma de concurso interno, que referido empregado teria que provar a superioridade de seus títulos em relação aos demais candidatos que tenham obtido ou não a promoção por ele desejada e que o precederam no ranking. Em não se desincumbindo de tal ônus o ressarcimento viria, então, a título de perda de chance, cuja quantificação pode ser baseada em evidências relacionadas à probabilidade de ocorrência da promoção não ocorrida, dotada de coeficiente redutor e mediante equidade.<sup>286</sup>

Já outro julgado, também italiano, realizado em ano bem posterior ao acima relacionado – 2006 – identificou diferença entre o dano causado pela falta de promoção profissional e o dano da perda de chance. Em relação ao primeiro afirma que o lesado deve demonstrar a ilegitimidade do procedimento concursal, o qual, uma vez legítimo, certamente o abarcaria em sua lista de promovidos.

Segue afirmando que enquanto os danos causados por falta de promoção podem encontrar uma correspondência completa com a perda de benefícios em relação a candidatos com maior qualificação, o dano decorrente da perda de possibilidade só pode ser proporcional, e não identifica, na perda dos benefícios, por causa do grau de probabilidade de obter a promoção existente no momento da exclusão legítima – a relação ocorrente no dano advindo da falta de promoção.<sup>287</sup>

Exibimos julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região –

---

<sup>285</sup> FONSECA, Cristina Maria Nepomuceno de. Responsabilidade pela Perda de Uma Chance - Compatibilidade com o Sistema Jurídico Brasileiro e Aplicabilidade nas Relações de Trabalho. **Ltr Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 73, n. 10, p.1276, out. 2009.

<sup>286</sup> ITÁLIA. Corte di Cassazione. Sezione Lavoro, 17/03/98 Nesso causale e quantificazione del danno da perdita di una chance / [comentário de] GiorgioBolegoRivista italiana di diritto del lavoro, Milano, a.17n.4(1998), Parte Seconda, p.713-722.

<sup>287</sup> ITÁLIA. Corte di Cassazione, 18/01/2006 Sulla distinzione tra danno da mancata promozione e danno da perdita di chance / [comentário de] Elisa BarbieriDiritto delle Relazioni Industriali, Milano, a.16 n.3 (2006), p.777-779

Rio Grande do Sul - em que o autor, em razão de acidente de trabalho, almejava indenização por perda da chance de alcançar promoção funcional. O pleito foi negado, destacando o acórdão que “ o autor, com a mínima limitação funcional, consegue realizar as mesmas atividades no ramo, não havendo qualquer prova de que o percentual ínfimo de redução da capacidade laborativa tenha suplantado um currículo tão grande no ramo da mecânica em empresas de concreto. Tal ônus lhe incumbia e dele não se desincumbiu a contento, não havendo o que prover”.<sup>288</sup>

Muito embora o pedido tenha sido julgado improcedente, serve o exemplo para demonstrar que, em casos de acidente do trabalho, quando restar efetivamente demonstrada que a redução da capacidade laborativa do empregado implicou perda da oportunidade de obter melhor e mais bem remunerado cargo (participação em eventual processo seletivo já em curso refletindo a seriedade e a realidade da chance) é cabível a indenização pela perda da oportunidade.

O mesmo se dá quando o trabalhador, em razão de abusiva demissão (perseguições e assédio moral por parte do chefe), perde a chance de alcançar melhores cargos e, assim, de gozar melhores condições de vida.

Certamente não podemos olvidar que essa perda de chance deve

---

<sup>288</sup> RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. ACIDENTE DO TRABALHO. PERDA DE UMA CHANCE. A partir do cotejo dos arts. 186, 187, 402, 927 e 949 do CC com o artigo 5º, inciso V da CF, podemos concluir que apesar da inexistência de um dispositivo específico para regular tal modalidade indenizatória, o art. 944 do CC permite o deferimento de indenização pela perda de uma chance com base na noção de que a indenização é medida pela extensão do dano, o que autoriza a inferir que deve ser indenizado aquilo que se deixou de ganhar, inclusive quando há elevada probabilidade de obtenção da vantagem com a chance suprimida. Caso dos autos em que o pressuposto não ocorre, pois além de o laudo médico indicar a capacidade para o trabalho, o autor, com a mínima limitação funcional, consegue realizar as mesmas atividades no ramo, não havendo qualquer prova de que o percentual ínfimo de redução da capacidade laborativa tenha suplantado um currículo tão grande no ramo. Provimento negado.

0000241-71.2010.5.04.0006 - 12/05/2016 – Origem 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre - 10a. Turma

Redatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo

Disponível

em:

<

[http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:XoVj\\_GNEKcgJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp\\_sdcps.p.baixar%3Fc%3D56164476+perda+de+uma+chance+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2015-08-09..2016-08-09++&client=jurisp&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:XoVj_GNEKcgJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcps.p.baixar%3Fc%3D56164476+perda+de+uma+chance+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-08-09..2016-08-09++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)

Acesso em: 09 ago. 2016.

ser dotada do carácter de seriedade e certeza. Um trabalhador que laborava em determinada empresa por seguidos e longos anos, sempre no mesmo cargo, sem ter realizado, por absoluta falta de interesse, qualquer dos diversos cursos de capacitação e especialização fornecidos gratuitamente pela própria empresa, já próximo à aposentadoria e sem qualquer real perspectiva de mudança de emprego ou mesmo de ascensão profissional na própria empresa, não sagrar-se-á vencedor em demanda judicial postulatória de indenização por perda de chance em caso de eventual acidente de trabalho.

Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça deixou de reconhecer a perda de chance de escalada profissional a autor de demanda que alegava ter sofrido assédio moral. Entendeu-se que não restou demonstrado que, não fosse o comportamento do empregador, ele alçaria a promoção almejada.<sup>289</sup>

Em julgado em que se discutia a eventual abusividade do pacto de não concorrência, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal entendeu que o mesmo implica perda de chance do trabalhador de conseguir outro emprego, ao menos no período estipulado no pacto.

Contudo, na espécie em referência, concluiu que *“na ausência de disposição legal que o consinta e tendo em conta todas as razões expostas, não pode deixar de concluir-se no sentido da impossibilidade de subtrair os pactos de não concorrência do princípio segundo o qual os contratos*

---

<sup>289</sup> Colhe-se do Julgado o seguinte trecho: *“Adverte, contudo, Júlio Gomes, que, “a demonstração desta evolução hipotética é extremamente problemática e delicada, mesmo que em termos de verosimilhança, já que se reporta a um processo evolutivo que se estende ao longo de um período significativo de tempo e que aparece marcado por numerosas incertezas”. Ora, essa comparação e evolução também não se mostra efectuada nem provada nos autos. Sendo certo que era ao lesado – ao Autor – que competia alegar e provar esses danos, descrevendo, para tal, o referido processo evolutivo, as perdas registadas e os ganhos que poderia ter auferido caso não tivesse ocorrido o facto por aquele considerado impeditivo de usufruir os aludidos ganhos, inerentes à categoria profissional aduzida. O que não foi feito.*

*Destarte, não é possível reconhecer ao A. o direito a ser promovido à pretendida categoria profissional de “Consultor” nem, conseqüentemente, às diferenças remuneratórias relativas à perda de ganho pela sua não promoção”*

www.dgsi.pt

79/13.5TTVCT.G1.S1 – Relatora Ana Luísa Geraldes – Sessão 21/04/2016.

*livremente celebrados devem ser pontualmente cumpridos e só por acordo dos contraentes podem modificar-se (art. 406.º, n.º 1, C. Civil).*<sup>290</sup>

Ou seja, reconheceu a ocorrência de perda de chance, mas consignou que ela não cede à regra geral do *pacta sunt servanda*, razão pela qual não será passível de indenização.

Aresto da lavra do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - Minas Gerais - condenou empresa a indenizar empregado que perdera a chance de obter recolocação no mercado de trabalho em razão de sua carteira haver ficado retida no antigo trabalho.<sup>291</sup>

Outra situação trazida à reflexão por Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho é o cabimento da indenização por perda de uma chance nas hipóteses das chamadas listras negras elaboradas por empregadores.

Ao divulgar entre as demais empresas do ramo que determinado ex-empregado ingressou com reclamação trabalhista após ter se desligado da empresa, o empregador reduz suas chances de conseguir recolocação no mercado. Deve, por conseguinte, indenizá-lo pelos danos provados pelas

---

<sup>290</sup> 2525/11.3TTLSB.L1.S1 – Relator Mário Belo Morgado. Sessão 30/04/2014.

<sup>291</sup> INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE - DEMORA NA DEVOLUÇÃO DA CTPS QUANDO DA RESCISÃO CONTRATUAL - DANOS MORAIS E MATERIAIS. A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance autoriza o deferimento de indenização por danos morais e materiais quando a probabilidade de obtenção de um resultado positivo que é esperado pelo lesionado é obstado por ato ilícito praticado pelo agente ofensor. Se o reclamante, ex-empregado da reclamada, tinha como real a chance de uma melhor colocação no mercado de trabalho, com a sua admissão por uma terceira empresa, já que aprovado em processo seletivo, mas a viu perdida em razão do ato ilícito praticado pela reclamada, sua ex-empregadora, consubstanciado na demora da devolução de sua CTPS, ato este manifestamente abusivo e ilícito, mister se faz o deferimento da reparação patrimonial e moral daí decorrente. Com efeito, se a conduta do agente ofensor, lesa os direitos da parte, privando-a da oportunidade de obter os benefícios de uma dada situação, essa perda da chance autoriza o deferimento de uma compensação, proporcional ao valor da chance perdida. Contexto este em que, comprovado que o reclamante perdeu a oportunidade de obter imediata recolocação profissional porque não dispunha de sua CTPS, retida injustificadamente pela ex-empregadora, faz jus à indenização correspondente aos prejuízos de ordem material e moral suportados.

01042-2009-079-03-00-6 - 03/12/2010 – 4a. Turma

Relatora: Maristela Iris S. Malheiros

Disponível

em:

<

<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm;jsessionid=37E1CC22E0F239955138E815F66FAC3B>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

perdas de oportunidade.<sup>292</sup>

O exemplo nos parece muito apropriado à perfeita aplicação da teoria em voga. Todavia, vislumbramos extrema dificuldade na demonstração, pela vítima, de que não conseguiu determinado emprego almejado porque seu nome aparece na chamada 'lista negra'. Isso por uma razão muito simples e, sob o nosso ponto de vista, cruel: o pretense novo empregador nunca apresentará como razão para a recusa da contratação a figuração do ofendido em mencionada lista.

Por isso, temos que a vinculação empregatícia é uma das relações de maior complexidade no Direito, dado que envolve, geralmente, partes econômicas e socialmente bastante desiguais, atingindo a teoria da perda de uma chance especial relevo nesse ramo do Direito, especialmente para salvaguardar um mínimo de direito a que a vítima faça jus e que, por muitas vezes, encontra extrema dificuldade em demonstrar, em razão da superioridade econômica, técnica e social da parte adversa e de sua subordinação a ela.

Maria Fernanda Alvares Kopper fala, inclusive, que no Direito do Trabalho a boa-fé é o alicerce da conduta humana, traduzindo-se no dever de cada parte agir de forma a não lesar a confiança da outra. O dever de lealdade que se estabelece entre os contratantes assume peculiar importância, porque de um lado está o hipossuficiente, pessoa menos favorecida seja economicamente, seja, até mesmo, intelectualmente, em relação ao seu empregador.<sup>293</sup>

Articula, ainda, que o princípio citado consiste em limitador ao exercício de direitos subjetivos, pois serve de indicativo, por exemplo, nos casos de abuso de direito, quando o empregador extrapolar o *jus variandi*<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil Por Perda De Uma Chance às Relações de Trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 27, n. 318, p.31, jun. 2010.

<sup>293</sup> KOPPER, Maria Fernanda Alvares. Responsabilidade Civil do Empregador pela Perda de uma Chance no Direito do Trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 26, n. 306, p. 35, jun. 2009.

<sup>294</sup> "(...) faculdade decorrente do poder diretivo do empregador de promover modificações lícitas durante a vigência do contrato de trabalho, de forma unilateral, tendo-se em vista, que

Impede o rompimento injustificado das tratativas, na fase pré-contratual, ou a demonstração de atitudes desrespeitosas e que venham ou possam vir a frustrar as expectativas resultantes do término do ajuste (fase pós-contratual). Desta forma, este valor fundamental atua como um balizador da conduta das partes, particularmente do empregador em relação ao seu empregado, evitando que o lado mais poderoso se beneficie deslealmente do menos favorecido.<sup>295</sup>

Sem descurarmos do acima exposto e sustentado, reflexo da esmagadora maioria dos casos por nós pesquisados e assentes na jurisprudência brasileira, mas, por outro lado, para não correremos o risco de sermos interpretados como tendenciosos, fica o registro da possibilidade de perda de chance do empregador de incrementar seus ganhos em virtude de abandono da empresa pelo trabalhador com qualificação e conhecimento exclusivos, sem o cumprimento de aviso prévio ou de cláusula de permanência previamente pactuada, justamente em época em que tais conhecimentos eram necessários para a empresa empregadora participar de licitação em curso. Na hipótese, embora meramente hipotética, mas não impossível de ocorrer, caberá ao empregado a indenização pela perda de chance suportada pelo empregador.

Ao final, cabe a menção de que, nos casos de responsabilidade civil por perda de chance imputada a advogado, sendo a situação subjacente da alçada trabalhista, a competência para apreciação do pleito indenizatório também é da Justiça Trabalhista.

Como exemplificado por Fernando Corrêa Martins, em um pedido de responsabilização de advogado pela perda de uma chance em uma reclamação trabalhista que não foi ajuizada, na qual o advogado se defende alegando que quando foi procurado o prazo de prescrição já estava esgotado, toda a discussão das chances reais e sérias consubstanciará na interpretação

---

essas modificações não podem causar lesões ao trabalhador, quaisquer que sejam. E, ademais, devem respeitar a integridade material e moral do empregado.”

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; SILVA, Nathan Lino da. **O Jus Variandi Empresarial**. Disponível em: <[http://www.facefaculdade.com.br/arquivos/revistas/Artigo\\_Prof.Rubia\\_Nathan.pdf](http://www.facefaculdade.com.br/arquivos/revistas/Artigo_Prof.Rubia_Nathan.pdf)>. Acesso em: 27 set. 2016.

<sup>295</sup> KOPPER, Maria Fernanda Alvares. Responsabilidade Civil do Empregador pela Perda de uma Chance no Direito do Trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 26, n. 306, p.35, jun. 2009.

das normas trabalhistas que tratam de prescrição, do prazo adotado, da forma de contagem da prescrição, parcial ou total, bienal ou quinquenal. Apenas um juiz trabalhista terá condições de aferir as chances reais e sérias de acolhimento da reclamação trabalhista para eventual condenação do advogado.<sup>296</sup>

Outro que não esse o entendimento atualmente pacífico dos Tribunais Brasileiros.<sup>297</sup>

---

<sup>296</sup> MARTINS, Fernando Corrêa. A Competência da Justiça do Trabalho para apreciar Ações de Reparação Civil Pela perda de Uma Chance em Face de Advogado e Sindicato. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 30, n. 359, p.77, nov. 2013.

<sup>297</sup> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUPOSTO ATO ILÍCITO PRATICADO PELO EMPREGADO. REGISTRO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA IMPUTANDO A PRÁTICA DE CRIME POR PARTE DO EMPREGADOR. CAUSA DE PEDIR. PEDIDO. DIRETA LIGAÇÃO COM A RELAÇÃO DE TRABALHO ESTABELECIDADA ENTRE AS PARTES.

1. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ação de indenização por danos morais promovida pelo empregador, por suposto ato ilícito perpetrado por empregada de sociedade empresária da qual aquele é sócio, consubstanciado no registro de boletim de ocorrência relatando a suposta prática do crime de ameaça por parte do autor no curso da relação de trabalho.

2. A causa de pedir remonta à relação de trabalho estabelecida entre as partes, ainda que o pedido de indenização por danos morais decorra de informações supostamente falsas registradas em boletim de ocorrência feito pela ré, imputando conduta desabonadora e criminosa ao autor, sócio da sociedade empresária da qual a promovida era empregada, no curso na relação empregatícia.

3. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça do Trabalho.

Conflito de Competência 130122/SC

Julgado em 10/09/2014

Superior Tribunal de Justiça

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA POR TRABALHADOR CONTRA EX-EMPREGADOR. DANOS MORAIS. OFENSAS IRROGADAS NO ÂMBITO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA LABORAL (CF, ART. 114, VI E IX).

1. Na hipótese, o trabalhador ajuizou ação de indenização por danos morais contra ex-empregador em virtude de alegadas ofensas irrogadas em juízo pelo advogado patronal, agindo supostamente em nome e em defesa da reclamada, durante audiência de instrução no curso de

reclamação trabalhista.

2. A Segunda Seção desta Corte adotou o entendimento de que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ação de indenização por danos morais cuja causa de pedir refira-se a atos praticados no âmbito das relações trabalhista e processual trabalhista.

3. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça do Trabalho.

Conflito de Competência 127909/BA

Julgado em 14/05/2014

Superior Tribunal de Justiça

## 9 – Natureza Jurídica

A natureza jurídica da perda de uma chance, além de todas as outras divergências doutrinárias e jurisprudenciais já abordadas em nosso estudo, talvez seja a mais latente e sobre a qual mais debatem-se os estudiosos da matéria.

Basicamente encontramos afirmações de que a perda de chance enquadra-se na categoria dos danos emergentes, na categoria dos lucros cessantes, na categoria autônoma de dano como desdobramento da responsabilidade civil e na categoria dos danos morais.

Sobre cada um dos desdobramentos passaremos a tecer algumas palavras.

### 9.1 – Dano Emergente

O artigo 402 do Código Civil Brasileiro prescreve que as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.<sup>298</sup>

Os danos emergentes abarcam toda real e efetiva diminuição patrimonial sofrida pela vítima em razão do descumprimento de dever jurídico pelo autor da conduta. São chamados danos positivos, porquanto suscetíveis de imediata constatação por simples apuração do patrimônio do credor.

Roberta Veras de Lima Brito anuncia que, ao se inserir a perda da 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, indeniza-se a perda de uma chance de obter esse resultado útil aguardado.<sup>299</sup>

---

www.stj.jus.br

<sup>298</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)

<sup>299</sup> BRITO, Roberta Veras de Lima. A Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance no Direito Brasileiro: Evolução, Posição Doutrinária, Posição Jurisprudencial e Admissibilidade. **Revista da Esmape**, Recife, v. 12, n. 26, t. 2, p.269-296, jul - dez 2007.

No mesmo sentido o entendimento de Sérgio Savi<sup>300</sup>.

Entretanto, se a certeza do dano estivesse configurada estaríamos falando de algo preciso e não provável como é a teoria da perda de uma chance.<sup>301</sup>

Tommaso Gualano observa que, no âmbito extracontratual, a reparação pela perda de chance como dano emergente foi mais frequentemente justificada sob o perfil da injustiça do dano graças à figura do direito à integral reparação do patrimônio.<sup>302</sup>

Mariano Yzquierdo Tolsada, citado por Júlio Gomes, considera que *‘a perda de uma oportunidade é um autêntico dano emergente. Junto à certeza de que, sem o incumprimento, a vítima teria mantido as suas esperanças, coexiste a absoluta certeza de que o que se tinha era somente isso: esperanças. Mas privar alguém de esperanças supõe também um dano, por muito que a sua valoração resulte extremamente delicada. (...) Há incerteza no dano, mas certeza na probabilidade. Parece que se a vítima se encontrava numa situação fáctico-jurídica idônea para converter em factos essas chances, o juiz deve tê-lo em conta. Assim sendo, a perda de uma oportunidade é um autêntico dano emergente.’*<sup>303</sup>

Daniela Pinto de Carvalho também sustenta, sob a mesma argumentação supra, que a perda de chance possui a natureza jurídica de dano emergente.<sup>304</sup>

---

<sup>300</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

<sup>301</sup> SANTULO, Ana Luíze de Azevedo. A Aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6119/1/21055483.pdf>. Acesso em 15.08.2016.

<sup>302</sup> GUALANO, Tommaso. **Perdita di chance. Il Danno Risarcibile a cura di Giuseppe Vettori**. V. 1. P. 128.

<sup>303</sup> GOMES, Júlio. **Em torno do dano da perda de chance : algumas reflexões**. Ars iudicandi : estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves / organizadores Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho, José de Faria Costa. - [Coimbra] : Coimbra Editora, 2008. - 2.v., p. 307. Nota de rodapé 62.

<sup>304</sup> CARVALHO, Daniela Pinto de. **Fixação do Quantum Indenizatório na Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance**. 2012. Disponível em: <[https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8698/1/DANIELA\\_PINTO\\_DE\\_CARVALHO\\_-\\_DISSERTAÇÃO.pdf](https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8698/1/DANIELA_PINTO_DE_CARVALHO_-_DISSERTAÇÃO.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2016. P. 127.

O mesmo pode ser observado na jurisprudência portuguesa.<sup>305</sup>

Partem os autores ora mencionados da premissa de que a chance fazia parte do patrimônio do lesado desde antes de ser perdida.<sup>306</sup>

Não obstante, em nosso ponto de vista, não havia patrimônio antes do dano da perda de chance mas, sim, mera expectativa de aquisição de algum patrimônio, material ou imaterial.

Esclarecendo de outro modo: o patrimônio em foco aqui não é aquele que já fazia parte da esfera de posse da vítima, qual seja, a chance de obter algo no futuro. O patrimônio objeto da perda de chance é aquele almejado, desde o início, pelo ofendido e que definitivamente não será alcançado.

Tanto é que se considerarmos o patrimônio como aquele que já fazia parte da esfera de posse da vítima – chance – não haveria qualquer dificuldade no momento de identificar o *quantum* de indenização devido ao ofendido. E sabemos que não é o que ocorre.

Nessa construção argumentativa, não há espaço para consideração da perda de chance como dano emergente.

## 9.2 – Lucro Cessante

De seu turno, os lucros cessantes englobam a extensão econômica da privação de ganhos suportada pela vítima em decorrência da conduta do autor do dano.

Consiste na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por

---

<sup>305</sup> 29/04.0TBAFE.P1.S1. Relator Oliveira Vasconcelos. Sessão de 29/11/2012.

<sup>306</sup> “Na perda de uma chance o dano é tido como dano emergente e não como lucros cessantes, isso quer dizer que no momento do ato ilícito essa chance já se fazia presente no patrimônio do sujeito passivo desta relação jurídica, sendo algo que ela efetivamente perdeu no momento do ilícito e não algo que ela deixou de lucrar.”

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 15 set. 2016.

exemplo, da cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.<sup>307</sup>

Fabrizio Zamprogna Matiello menciona que a apuração dos lucros cessantes deve ser rigorosa, até porque nem toda expectativa do credor quanto a determinada relação jurídica enquadra-se nessa definição. Somente os ganhos comprovadamente frustrados serão considerados lucros cessantes, do que decorre lógica a conclusão no sentido de que meras esperanças, distantes expectativas e quimeras não integrarão a categoria.<sup>308</sup>

O exemplo clássico que bem delinea a diferença entre os elementos que compõem as perdas e danos é o do taxista que teve seu veículo abalroado por culpa exclusiva de outro condutor. O dano emergente é constituído pelo prejuízo suportado em relação às avarias sofridas pelo automóvel (lataria, faróis, teto, rodas). Já os lucros cessantes abrangerão o prejuízo decorrente da ausência de arrecadação da vítima em decorrência dos dias em que o carro ficar parado para conserto.

O cálculo desse prejuízo deve ser realizado de acordo com a média dos valores comprovadamente auferidos, diária ou mensalmente, pela vítima, deduzindo-se as despesas operacionais daquela<sup>309</sup>, a exemplo do valor gasto com manutenção e abastecimento do veículo.

---

<sup>307</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

<sup>308</sup> MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2005. P. 272-273.

<sup>309</sup> Acerca do tema colacionamos dois julgados do Superior Tribunal de Justiça: CIVIL. LUCROS CESSANTES. FATURAMENTO E LUCRO: DISTINÇÃO. O faturamento seguido pelo pagamento corresponde à receita, que, todavia, não equivale ao lucro, porque este é o resultado das receitas menos os custos da atividade empresarial (despesas operacionais, tributos, etc). Recurso especial conhecido e provido em parte. (REsp 575.080/CE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, DJ de 26.3.2007) CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COLISÃO DE VEÍCULOS. PARALISAÇÃO DE AUTOMÓVEL DE AUTO-ESCOLA. LUCROS CESSANTES. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PREJUÍZO EXISTENTE. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. I. Não padece de nulidade acórdão que enfrenta as questões suscitadas, apenas que de modo adverso à pretensão da parte. II. **Configurados o dano e os lucros cessantes pela paralisação de veículo de auto-escola necessário ao desenvolvimento das atividades da autora, cabível a sua condenação, cujo montante, todavia, deve ser apurado em liquidação de sentença, considerando-se, notadamente, o volume médio de aulas ministradas pela empresa e o valor das mesmas,**

Se, a título de ilustração, o acidente que deixou o automóvel fora de circulação, para conserto, ocorreu em uma cidade turística, em pleno período festivo, por exemplo, no primeiro dia do Carnaval na cidade do Rio de Janeiro, local que atrai milhares de turistas do mundo todo nesse período, há de ser considerado, na indenização, um acréscimo naquela média de ganho destacada no parágrafo anterior, porquanto, sabidamente, o período em voga – carnaval – traz maior margem de lucro aos taxistas cariocas.

Exemplo concreto ressaltado por Sérgio Cavalieri Filho acerca do cálculo dos lucros cessantes, dá conta de que, no Estado do Rio de Janeiro, em um período em que o metrô estava fazendo obras em bairros daquela cidade, muitas ruas ficaram interditadas, durante anos, para a realização de escavações, acarretando forte paralisação do intenso comércio que existia naquelas ruas. Uma série de ações indenizatórias foram propostas pelos comerciantes em desfavor do Metrô, que buscavam os lucros cessantes nesse período de paralisação. Adotou-se, à época, o critério, para fixação dos lucros cessantes, da média de lucros auferidos pelo estabelecimento nos três anos anteriores ao ajuizamento da ação, apurados em perícia contábil.<sup>310</sup>

Logo, no que diz respeito aos lucros cessantes, o julgador, valendo-se de critérios de razoabilidade e diante de conduta que gere prejuízo a outrem, deve observar qual seria o normal desenrolar dos fatos caso aquela conduta do demandado não tivesse sido realizada, ou seja, se a perda postulada pelo autor era realmente passível de ser esperada.

No ponto, é razoável esperar que o taxista, tendo como ofício a realização de corridas diárias, continuaria a fazê-las, não fosse a atuação do terceiro que abalroou seu automóvel.

---

**porém com a dedução obrigatória das despesas operacionais**, não consignadas na documentação unilateralmente apresentada, que se rejeita. III. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (Resp 489.195/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ de 19.11.2007). Destacamos.

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

<sup>310</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 80.

Razoável é o que temos como adequado, como necessário, como proporcional. É aquilo que o bom senso diz que o ofendido lucraria de acordo com a linha de desdobramento fático que se avizinhava.

O Código Civil Alemão minudenciou o conceito, no que, só por isso, ao nosso visto, andou melhor que o Brasil, assinalando, em seu § 252, que “Considera-se lucro frustrado o que com certa probabilidade era de esperar, atendendo ao curso normal das coisas ou às especiais circunstâncias do caso concreto e, particularmente, às medidas e previsões adotadas”<sup>311</sup>

A diferença existente entre o lucro cessante e a perda de uma chance consiste no fato de que, naquele, mesmo não havendo certeza absoluta de que a vantagem ocorreria (ganho financeiro do taxista), tem-se razoável correlação, a qual podemos chamar de certeza jurídica, entre o muitíssimo provável ganho e a sua supressão pela atitude de outrem.

Já na perda de uma chance essa razoável correlação não ocorre, pois não se cogita ‘o muitíssimo provável ganho’ consoante acima assinalado. Não existe a probabilidade praticamente certa de ganho. Há, apenas, uma chance, uma oportunidade de ganho. Chance real e séria, é verdade, mas incapaz de ultrapassar a barreira da possibilidade e alcançar o patamar de praticamente certeza, como ocorre com os lucros cessantes. Na chance perdida o vínculo que se apresenta é o existente entre a conduta danosa e a chance perdida de obter o ganho e não entre a conduta danosa e o ‘muitíssimo provável ganho’ decotado da vítima (patrimônio em potencial).

O jogo de palavras acima pode parecer confuso ou mesmo prolixo, tanto mais se considerarmos que os termos empregados se assemelham. Devemos ter em mente, porém, que ao fim e ao cabo, o caso concreto é que melhor pode elucidar as diferenças observadas entre os institutos.

Nancy Andrichi apresenta em julgado de sua relatoria que “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba

---

<sup>311</sup> Tradução de CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

diferenciar o 'improvável' do 'quase certo', bem como a 'probabilidade de perda' da 'chance de lucro', para atribuir a tais fatos as consequências adequadas".<sup>312</sup>

Bocchiola, citado por Sérgio Savi, assinala a existência de características comuns entre o lucro cessante e a chance, destacando que, em ambos os casos, ao invés de subtrair da vítima uma importância que esta teria no momento em que o fato danoso se verifica, este impede que a vítima possa adquirir novos elementos, lucrar e usufruir de ulteriores utilidades patrimoniais.<sup>313</sup>

Dito de outro modo: tanto a vítima de lucro cessante como a vítima da perda de uma chance terão dificuldades no que diz respeito à prova do dano. Haverá sempre a dúvida sobre se algum outro evento fortuito não teria, igualmente, impedido que aquela esperança fundada se realizasse. De fato, aquilo que nunca aconteceu não pode ser, em verdade, objeto de certeza absoluta. A única certeza absoluta é a de que uma oportunidade foi perdida.<sup>314</sup>

Salvatore Mazzamuto assinala que a qualificação da perda de chance como lucro cessante consiste em ancorar o ressarcimento a uma base objetiva e certa e a dificuldade de ordem probatória e avaliativa passam à frente da concreta quantificação do prejuízo, a maior parte confiada à apreciação equitativa do magistrado.<sup>315</sup>

Maria Feola informa que a perda de chance caracteriza-se pelo nexo de causalidade certo e pela existência de um prejuízo atual. O dano ressarcível não consiste na total lesão ao patrimônio, nem dano emergente, nem lucro cessante, mas nas chances que realmente perdeu de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Esse (dano), para ser sério deve existir em número superior a zero e ser suficiente a não ser entendido como mera quimera.<sup>316</sup>

---

<sup>312</sup> REsp 1.079.185-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008.

<sup>313</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

<sup>314</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

<sup>315</sup> MAZZAMUTO, Salvatore Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale / Salvatore Mazzamuto Europa e diritto privato, Milano, n.1(2010), p.49-89.

<sup>316</sup> FEOLA, Maria Nesso di causalità e perdita di «chances» nella responsabilità civile del professionista forense/Maria Feola Rivista critica del diritto privato, Napoli, a.22n.1(Marzo2004), p.151-182.

A maior dificuldade encontrada na aplicação concreta do critério distintivo entre lucros cessantes e perda de uma chance é o fato de que a certeza inerente à ocorrência do lucro cessante será sempre uma certeza relativa. Este obstáculo, porém, pode ser superado com a rigorosa utilização das regras sobre o ônus da prova.<sup>317</sup>

Desse modo, nos lucros cessantes o autor deve fazer prova não do lucro cessante em si considerado, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro. Diversamente, na perda de chance estaremos sempre no campo do desconhecido, porquanto, nestas hipóteses o dano final é de demonstração impossível.<sup>318</sup>

Voltando ao exemplo do taxista, a prova a ser realizada para o reconhecimento dos lucros cessantes é a de que exercia essa profissão habitualmente e tinha como renda estimada, média, o valor postulado na ação levada ao conhecimento do Judiciário.

Na perda de uma chance a prova a ser produzida é a da real existência da oportunidade de ganho, e não do fato que traria a vantagem final almejada. Não se busca a comprovação de que o litigante teria sucesso no recurso que não foi interposto tempestivamente por seu advogado, mas a de que havia uma chance de êxito, caso tivesse sido protocolado dentro do prazo previsto em lei.

Havendo demonstração, no caso concreto, de que, por exemplo, o recurso seria julgado procedente, não há falar em indenização por perda de chance e sim, em lucro cessante, cabendo, portanto, indenização correspondente à integralidade do dano suportado pelo ofendido.

Na hipótese inversa, ou seja, não havendo comprovação de que a irresignação recursal lograria êxito, resta a reparação pelas chances perdidas, sendo certo, ainda, que o valor da indenização não pode ser, sob nenhuma hipótese, igual ao da vantagem final efetivamente esperada.

---

<sup>317</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 17.

<sup>318</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 17.

Podemos dizer que a diferença substancial entre os lucros cessantes e a perda de uma chance é matéria afeta primordialmente ao ônus da prova.

Em um último esforço para repisar a diferenciação existente entre os lucros cessantes e a perda de uma chance, podemos dizer que nos lucros cessantes o Direito responde ao desconhecido extinguindo-o pelo sistema de presunções. Dirime-se a dúvida como se soubesse o que aconteceria, com base nos elementos fornecidos (prova), não fosse a intervenção de terceiro geradora do prejuízo à vítima.

Na perda de uma chance o Direito assimila a sua ignorância diante dos fatos que não podem ser conhecidos, razão pela qual a decisão absorve esse desconhecimento pelo sistema de probabilidades (qual seria a viabilidade do ofendido obter o resultado final esperado).

A diferença apresentada pode trazer algum desconforto diante da Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.”<sup>319</sup>

Isso porque, diante de tudo o que foi até aqui sustentado, não há, em qualquer exemplo que se imagine, a menor comprovação, e aqui falamos em sistema de presunções, posto que estamos a trabalhar com lucros cessantes, de que o filho menor (pensemos no bebê de meses, ou na criança de um, dois ou três anos), não fosse o acidente que lhe ceifou a vida, pelo curso natural das coisas, dos acontecimentos, seria pessoa bem sucedida financeiramente na vida e ajudaria a família ora vitimada.

Também não há chance, real e séria, extirpada daquele pai que perdeu o filho menor, de obtenção de vantagem patrimonial decorrente de eventual futuro emprego do filho e de eventual ajuda de seu descendente, ora falecido, para seu sustento (do pai).

No entanto, o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal e também pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, nas

---

<sup>319</sup> Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_401\\_500](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500)> Acesso em 24.jun.2016.

famílias de baixa renda, presume-se, sim, que aquele filho que teve a vida ceifada, cresceria, trabalharia e ajudaria, com parte de sua renda, a família vitimada.

De fato, compactuamos com esse entendimento, não, para sermos francos, do ponto de vista técnico, porquanto, no caso concreto, é bem possível que não se conseguisse demonstrar, por exemplo, que naquela família havia outros filhos que cresceram e ajudaram financeiramente os pais, circunstância que, em matéria de prova, seria hábil à presunção de que o mesmo ocorreria com o filho falecido.

Concordamos, porém, e sobre o assunto já apresentamos nossa opinião – tópico Perda de Uma chance e sua intersecção com o direito das famílias - , do ponto de vista da situação do país, em que os costumes nos mostram que, em famílias de baixa renda é, usualmente, o que acontece. Ou seja, os filhos vão crescendo, vão se dando conta da situação precária em que vivem os pais, começam a trabalhar e, de imediato, ajudam os familiares com parte da renda que passam a perceber.

Desse modo, ainda que na situação específica não se consiga demonstrar a efetiva ocorrência dos lucros cessantes, a situação média das famílias brasileiras de baixa renda nos traz esse quadro.

Citamos julgado do Superior Tribunal de Justiça que concedeu indenização à família de baixa renda que teve filho menor de idade morto por atropelamento, considerando, inclusive, que o menor era portador de autismo e, que, apesar de sua deficiência, diante do mandamento constitucional de proibição de discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, diante da Lei 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, bem como diante do implemento de políticas públicas, da quebra de barreiras preconceituosas e do esforço e perseverança das pessoas portadoras de limitações físicas, que vêm ocupando cada vez mais postos no mercado de

trabalho, resta indiferente, para efeitos de indenização, a deficiência que portava o menor vítima do atropelamento.<sup>320</sup>

Pedro Fernández Sánchez, ao tratar do interesse contratual positivo ou negativo na tutela ressarcitória nos contratos públicos e a perda de chance, refere, a título de interesse contratual negativo, a fórmula que exige que o lesado seja colocado na situação em que se encontraria se não tivesse celebrado o contrato, ou, levando-se em conta as especificidades da contratação pública, a situação em que se encontraria se não tivesse decidido participar do procedimento pré-contratual e não tivesse elaborado proposta. A título de interesse contratual positivo, reporta-se ao quantum indenizatório

---

<sup>320</sup> RECURSO ESPECIAL - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - ATROPELAMENTO – VÍTIMA FATAL MENOR DE IDADE - FAMÍLIA DE BAIXA RENDA - PRESUNÇÃO DE AUXÍLIO FINANCEIRO - DEFICIÊNCIA MENTAL DO FALECIDO - INDIFERENÇA - INCAPACIDADE LABORATIVA FUTURA - ÔNUS DA PROVA DO CAUSADOR DO

ILÍCITO - APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE PELO STJ - POSSIBILIDADE - PENSÃO DEVIDA AOS GENITORES DO ACIDENTADO - REPARAÇÃO DOS GASTOS COM DESPESAS MÉDICAS E FUNERAL - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – DANO MORAL - MAJORAÇÃO DO QUANTUM - NECESSIDADE, NA ESPÉCIE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Em sendo a vítima fatal menor e pertencente à família de baixa renda, presume-se que ela reverteria parte dos rendimentos provenientes do seu trabalho para a manutenção do lar.

II - Os portadores de deficiência mental não estão automaticamente excluídos do mercado de trabalho.

III - Cabe ao causador do ilícito desconstituir a presunção de que o acidentado não auxiliaria materialmente a sua família.

IV - Afastado o fundamento jurídico do acórdão recorrido, cumpre a esta Corte Superior julgar a causa, aplicando o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456/STF.

V - É devida a pensão aos genitores da vítima fatal decorrente de ato ilícito.

VI - Não tem interesse recursal a parte que pretende novo julgamento de questão na qual restou vencedora no julgamento do acórdão recorrido.

VII - A revisão do quantum arbitrado a título de dano moral por esta Corte exige que ele tenha sido arbitrado de forma irrisória ou exorbitante, fora dos padrões de razoabilidade, como ocorre, na espécie.

VIII - O arbitramento do quantum, abaixo dos parâmetros usuais deste e. Superior Tribunal de Justiça, estabilizado em patamar equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos para os casos de falecimento de filho em acidente de trânsito, aqui é feita em condições excepcionais. Não se quer, com esse pronunciamento, de forma alguma, desprestigiar a vida humana e a dor pela perda trágica de um ente querido, mas sim, equilibrar os danos causados com a capacidade financeira do seu causador.

XIX - Recurso parcialmente provido.

RESP 1069288/PR

DJe 04/02/2011

www.stj.jus.br

necessário para colocar o lesado na situação em que se encontraria caso o contrato tivesse sido regular e integralmente executado.

Destaca que há situações em que a pretensão indenizatória é prontamente rechaçada por simples juízo objetivo, o qual dá conta de que o pretense lesionado nunca conseguiria celebrar contrato com a entidade adjudicante (proposta não cumpre, por exemplo, o caderno de encargos) e, portanto, não obteria os lucros correspondentes.

Lado outro, menciona situações em que claramente observa-se que determinado lesionado seria o adjudicatário (único concorrente, por exemplo).

Entre os dois extremos, porém, observa-se uma infinidade de circunstâncias em que não se tem a certeza absoluta nem do êxito nem do fracasso da adjudicação.

Salienta que a figura da perda de chance obtém maiores potencialidades justamente no campo da contratação pública (muito embora tenha surgido, inicialmente, no plano privatístico), onde *“a atribuição de iguais oportunidades a todos os operadores económicos interessados em contratar com a Administração aumenta a incerteza, consoante as circunstâncias e o estado mais ou menos avançado em que se encontra o procedimento, sobre quão forte seria a expectativa de cada autor de uma proposta. Nos termos a considerar agora, o juiz acabará obtendo uma ineliminável margem de avaliação subjectiva (prognose) quanto às probabilidades que o lesado teria de auferir um benefício que deveria relevar para a determinação do seu interesse contratual positivo.”*<sup>321</sup>

Em contratação pública a perda de chance é potencialmente útil para resolver os casos em que existe a probabilidade ou a chance de, na ausência da decisão ilegal da entidade adjudicante, o operador económico preterido vir a ser o adjudicatário do contrato, mas em que essa chance ou probabilidade não apresenta um grau de certeza suficiente para a não

---

<sup>321</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance. **O Direito**, Almedina, A 147, n 4, p.862-863, 2015.

adjudicação ser considerada um efetivo dano à luz das tradicionais regras de nexos de causalidade.<sup>322</sup>

### 9.3 – Dano Moral

Sabemos que o dano moral é aquele que apresenta ofensa aos direitos da personalidade sem necessário correspondente patrimonial.

Parece mais razoável caracterizá-lo pelos seus próprios elementos; portanto, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precioso na vida do ser humano e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)<sup>323</sup>

A forma de indenização decorrente do dano moral consiste em montante pecuniário destinado a atribuir uma compensação, concedendo capacidade econômica ao lesado para obter vantagens ou prazeres que o compensem do dano sofrido.<sup>324</sup>

Observa-se, para além dos lucros cessantes e dos danos emergentes, que a perda de uma chance é considerada, notadamente na jurisprudência, uma espécie de agregadora do dano moral, intensificando a ofensa e o grau de reprovabilidade da conduta lesiva, sendo considerada somente no momento de determinar o *quantum debeat* indenizatório dos danos morais.

---

<sup>322</sup> EIRÓ, Vera. **A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas.** Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas : ICJP, 5 de Dezembro de 2012 / coordenação Carla Amado Gomes, Miguel Assis Raimundo. - [Lisboa] : [Instituto de Ciências Jurídico-Políticas], [2013]. - p. 63.

<sup>323</sup> CAHALI, Yussef. Dano moral. 3 ed., rev., amp., e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 22.

<sup>324</sup> BRAGA, Armando. **A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual.** Coimbra: Almedina, 2005. P. 162.

Com o fito de demonstrar a afirmação supra, mencionamos quatro julgados oriundos de Tribunais de Justiça de dois Estados do Brasil (Amapá e Tocantins) <sup>325</sup>, em que a perda da chance, devidamente reconhecida, foi indenizada sob a rubrica do dano moral.

No primeiro deles, a autora comprovou a realização de sua inscrição em vestibular para concorrer às vagas destinadas ao curso de Psicologia e foi surpreendida com a informação de que referida inscrição não foi possível em decorrência de erro no sistema. Em razão da falha na prestação do serviço, entendeu-se presente a perda de uma chance de alcançar situação futura melhor e procedeu-se à indenização afirmando-se, de forma expressa, seu *status* de dano moral.

Em seguida, apresentamos julgado onde atribuiu-se ao Estado a responsabilidade pela conduta negligente de nosocômio que, ao deixar de efetuar, por duas vezes, por ausência de agendamento médico, cirurgia de paciente que acabou indo a óbito, frustrou suas expectativas de sobrevivência. Fixou-se dano moral.

Ainda na seara médica, restou autorizada a indenização por dano moral pela perda da oportunidade de tratamento adequado ao paciente que morreu sem ter sido submetido a exame essencial para diagnóstico correto em decorrência de defeito em aparelho médico do Estado, o qual não foi consertado.

Em face da desídia de advogado que deixou de ajuizar ação de indenização securitária (agora prescrita), que, por sua vez, tinha real probabilidade de julgamento favorável (em nítida valoração do juízo sobre o juízo) arbitrou-se indenização por dano moral ao argumento da aplicação da teoria da perda de uma chance.

Consoante já observamos por mais de um vez no presente estudo, a jurisprudência e a doutrina não se alinham no momento de subscrever a indenização decorrente da perda de uma chance.

---

<sup>325</sup> Tribunal de Justiça do Amapá – Processos 0006398-14.2014.8.03.0001, 0047117-14.2009.8.03.0001, 0006972-81.2007.8.03.0001. Disponível em [www.tjap.jus.br](http://www.tjap.jus.br); Tribunal de Justiça do Tocantins – Processo 11367/2010. Disponível em [www.tjto.jus.br](http://www.tjto.jus.br).

De se ver que acabamos de citar exemplos do reconhecimento da teoria indenizada sob a batuta do dano moral. Não obstante, encontramos julgado em que, a par do reconhecimento da perda da chance como dano moral, restou também arbitrada indenização por dano material, uma vez comprovados os gastos (dano emergente) efetivados.

Tem-se, portanto, com a citação, franca diferenciação entre os danos emergentes e a perda de chance. A hipótese aludida, sufragada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, retrata situação em que paciente, mesmo de posse de determinação judicial para transferência hospitalar, não a obteve e acaba por falecer. Restaram demonstradas as despesas expendidas e a perda de chance de sobrevivência, sendo a primeira utilizada para fixação da indenização por dano material e a segunda considerada para fixação de indenização por dano moral.<sup>326</sup>

Encontramos, no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, acórdão no qual, apesar de negado o reconhecimento da perda de chance aos autores, restou por afirmar que o pleito negado tinha nítida função de dano material (recebimento de aluguéis)<sup>327</sup>.

Na espécie, os autores entraram com ação contra determinada construtora, alegando que pararam de receber boleto de pagamento a partir de determinada prestação e, ao questionarem a ré, esta informou, com base em cláusula contratual que permitia a venda do imóvel a terceiro, desde que notificados os primeiros compradores, a ocorrência de tal venda. Os requerentes pugnavam indenização por dano material, moral e por perda de uma chance.

O Tribunal de Justiça entendeu que a requerida descumpriu o contrato, pois não comprovou a notificação aos autores. E disse, também, que não caberia, no que toca à indenização por dano material a título de aluguel (perda de uma chance) a procedência do pedido, ao argumento de que rescindido o contrato não há mais o que alegar.

---

<sup>326</sup> Apelação Cível Nº 70067704197, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 06/05/2016.

<sup>327</sup> Número do processo CNJ: 0020608-71.2013.8.14.0301, Número do documento: 2015.01622598-66 – Disponível em [www.tjpa.jus.br](http://www.tjpa.jus.br).

Seguindo em nossas pesquisas, oportunidade em que pudemos constatar, cada vez mais, a expressiva confusão jurisprudencial no momento de delinear os contornos da indenização decorrente da perda de chance, nos deparamos com aresto em que restou consignada a ausência de prejuízos de ordem material a gerarem indenização pela alegada perda de chance e, no que tange aos danos morais, reconheceu-se que a sentença de primeiro grau, ao concedê-los, proferiu decisão *extra petita*, porquanto o pleito circunscrevia-se à indenização por perda de chance.

Ou seja: aqui, o Tribunal de Justiça entendeu que a perda de chance não é reconhecida nem a título de dano material, nem a título de dano moral, pensamento com o qual coadunamos e que nos remete à compreensão de que, partindo da premissa de que a perda de chance não pode ser tida nem como dano emergente, nem como lucro cessante, nem como agregador do dano moral, é entendida e recebida como categoria independente no âmbito da responsabilidade civil.<sup>328</sup>

A diferença existente entre o dano moral e a perda de chance consiste no fato de que o primeiro decorre sempre do ultraje a bem integrante da personalidade da vítima, ao passo que na perda de uma chance o prejuízo advém da transgressão a interesse sério com viabilidade de ocasionar vantagem futura, podendo esta ser patrimonial ou extrapatrimonial.

## 9.4 – Categoria Autônoma de Dano

Em termos de natureza jurídica, não nos parece ser, em nenhum caso (dano emergente, lucro cessante e dano moral), o que a perda de uma chance transparece.

Perfilhamos o posicionamento de tratar a perda de chance de uma categoria apartada de dano, sobretudo porque, ao analisarmos sua estrutura, não se verifica total justaposição a nenhum dos outros institutos.

---

<sup>328</sup> Apelação Cível Nº 70068574052, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 13/04/2016.

Grosso modo, não pode ser considerada dano emergente, pois, enquanto neste há diminuição de valores já existentes no patrimônio do lesado, naquela não há patrimônio diminuído, e sim expectativa de constituição de algum.

Não pode ser considerada lucro cessante, pois enquanto neste sabe-se que o resultado favorável adviria não fosse a conduta do lesionante, naquela há apenas a probabilidade de que o resultado favorável adviesse.

Não pode ser considerada dano moral, pois a frustração decorrente da perda da chance de obtenção de vantagem esperada, bem como a frustração decorrente da perda da chance de evitar prejuízo não implicam, necessariamente, malferimento aos direitos da personalidade.

Raimundo Simão de Melo refere que o enquadramento do dano de perda de uma chance não cabe exatamente no dano emergente nem nos lucros cessantes, ante a probabilidade e não certeza de obtenção do resultado aguardado.<sup>329</sup>

Reconhecida a ligação existente entre a conduta e o dano suportado pela vítima, traduzido este em perda da oportunidade de obter um ganho ou de evitar um prejuízo, temos uma categoria apartada de dano dentro do gênero responsabilidade civil.

Reputamos importante destacar, contudo, que, embora haja diferença entre dano emergente, lucro cessante, dano moral e perda de chance, há situações em que em decorrência de uma mesma conduta geradora de dano, a vítima pode experimentar indenizações sob a chancela do dano material, do dano moral e da perda de chance, o que só reforça o nosso entendimento de que cuidam-se de institutos distintos.

Acerca do que acabamos de defender, realçamos decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que a autora, em face da inserção indevida de seu nome nos cadastros negativos de crédito (posteriormente à quitação de acordo judicial celebrado), recebeu indenização fixada a título de dano moral, caracterizada como dano moral puro, presumido,

---

<sup>329</sup> MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV**, v. 3, n. 2, p.37-38, abr. 2007. P. 37.

conforme as mais elementares regras de experiência comum. Por falta de substrato probatório, não fez jus à indenização decorrente de perda de chance, pois a postulara ao argumento de que, com a inserção de seu nome nos cadastros negativos de crédito, perdeu a chance de realizar negócio jurídico<sup>330</sup>.

Conclui-se, então, que se tivesse demonstrado que a negativação de seu nome a impossibilitou de, por exemplo, comprar imóvel, prova que se faria, a título ilustrativo, mediante informação neste sentido oriunda do vendedor, sagraria-se credora de duas indenizações, uma por dano moral, outra por perda de uma chance.

Sobre o tema, Rafael Peteffi da Silva entende que a natureza do 'dano chance perdida' será a mesma do 'dano vantagem esperada'. Exemplifica dizendo que se a vítima esperava ganhar, ao final de demanda judicial, 200.000 reais, a perda da chance terá natureza patrimonial. Se a vantagem esperada pela vítima, ao final de demanda judicial, fosse obter a guarda de sua prole, o dano terá caráter não patrimonial.<sup>331</sup>

No mesmo sentido Flávio Filgueiras Nunes, ao dispor que se o ato lesivo causar a perda de uma chance de ordem patrimonial, deverá ser reparado como perdas e danos. Quando ofender interesse extrapatrimonial deverá ser observado os mesmos critérios dos demais casos de dano, cabendo ao julgador da causa realizar a sua valoração.<sup>332</sup>

Em verdade, a depender da situação, a perda de uma chance poderá ter contornos de lucros cessantes, de dano emergente ou, ainda, distinta de ambos.<sup>333</sup>

---

<sup>330</sup> Apelação Cível Nº 70067800029, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em 30/03/2016.

<sup>331</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. **Responsabilidade Civil Contemporânea: Em Homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**, São Paulo, Atlas. 2011. p. 161-162, 2011.

<sup>332</sup> NUNES, Flávio Filgueiras. **Aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<http://www.mcampos.br/u/201503/flaviofilgueirasnunesaplicacaoteoriaperdaumachance.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

<sup>333</sup> BASTOS, Mariana Candini. A responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance: um estudo comparativo entre o direito português e brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12301&revista\\_cader](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12301&revista_cader)>

Domenico Chindemi assinala que o dano da perda de oportunidade pode ser confundido ou tratado em sua conotação de dano material e como um dano moral, o dano biológico ou dano existencial, especialmente porque essas espécies de danos são agora subsumidos à unidade de dano imaterial.<sup>334</sup>

Com a mudança operada no instituto da responsabilidade civil, através da superação do princípio da culpa, progredindo-se para um sistema cada vez mais solidário e menos individualista, o conceito de dano reparável evoluiu, ampliando-se a certas realidades que antes não se admitia que pudesse conter, de modo que não se aceita a não consideração da perda de chance como nova espécie de prejuízo reparável, dada a grande plasticidade que é reconhecida ao conceito de dano.<sup>335</sup>

A apreciação da chance como um dano específico é mais fácil quando existe a interrupção do desencadeamento de eventos e o resultado final nunca virá a acontecer.<sup>336</sup>

Sobreleva destacar, uma vez mais, que o reconhecimento da perda de uma chance como espécie autônoma de dano não mitiga, de qualquer forma, a tradicional aferição do nexa causal na estrutura da responsabilidade civil. Continua-se a exigir o liame entre a conduta ilícita e o dano. Este, porém, é que resta caracterizado, não como a vantagem futura inicialmente almejada pela vítima, mas como a oportunidade que lhe foi retirada de atingir aquele inicial intento.

Certificamos, pois, a inexistência de qualquer alteração na estrutura da causalidade (artigo 563 do Código Civil Português)<sup>337</sup>, havendo, apenas, certa extensão no conceito de dano reparável, que passa a ser caracterizado como o dano da perda de uma chance.

---

no=7>. Acesso em 10 set 2016.

<sup>334</sup> CHINDEMI, Domenico. **Il danno da perdita di chance**. 2. ed. Giuffrè, 2010. P. 13.

<sup>335</sup> ROCHA, Nuno Santos. **A perda de chance como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 96-97.

<sup>336</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

<sup>337</sup> “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”

## 10 – Aceitação da Teoria nos Sistemas Jurídicos Brasileiro e Português

Procuramos, ao longo do trabalho, na medida em que avançávamos na análise de cada um dos pontos do sumário, estabelecer, de imediato, um paralelo entre o direito brasileiro e o português, notadamente jurisprudencial.

Neste momento, trazemos algumas observações a respeito da aceitação da teoria nesses dois países, bem como dos temas de maior incidência de sua aplicação no Direito Português, tudo a partir da colheita de dados estatísticos que conseguimos examinar.

Por isso, na imediata sequência da análise sobre a natureza jurídica da perda de chance, ainda que controversa, a teoria vem sendo frequentemente invocada e admitida no Brasil (graças à cláusula geral de responsabilidade civil estabelecida no ordenamento brasileiro aliada ao princípio da reparação integral dos danos)<sup>338</sup>. Apenas no Superior Tribunal de Justiça, isto é, já em última instância de julgamento na seara infraconstitucional, encontramos (em setembro de 2016) cerca de 1362 (mil trezentos e sessenta e duas) decisões monocráticas relacionadas à perda de chance e 53 (cinquenta e três) acórdãos<sup>339</sup>.

Em Portugal, em consulta à página eletrônica [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) realizada também em setembro de 2016, obtivemos êxito em encontrar, na base de

---

<sup>338</sup> QUEIROZ, Márcia Vezzà de. A teoria da perda da chance - Evolução da Responsabilidade Civil e sua possibilidade em nosso ordenamento jurídico. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, v. 8, n. 8, p. 73, 2011.

<sup>339</sup> AgInt no REsp 1445159, AgRg no AREsp 276985, AgRg no Ag 1154294, AgRg no AResp 173148, AgRg no REsp 1550316, AgRg no AREsp 553104, REsp 1550255, AgRg no AREsp 742655, AgRg no REsp 1322953, AgRg no AREsp 573441, AgRg no AREsp 543263, AgRg no REsp 1312450, REsp 1291247, REsp 1236809, REsp 1153354, AgRg no EREsp 1335622, AgRg no AREsp 81821, REsp 1354100, REsp 1244685, MS 19109, REsp 1383437, REsp 1308719, AgRg no Ag 1106066, EDcl no REsp 1321606, AgRg no REsp 1149718, REsp 1335622, REsp 614266, REsp 1254141, REsp 1197284, REsp 1210732, AgRg no AREsp 167480, AgRg no Ag 1401354, AgRg no AREsp 153098, EDcl no AgRg no Ag 1196957, REsp 993936, REsp 1134249, EREsp 1117974, REsp 1243022, AgRg no REsp 1220911, REsp 1115687, REsp 1190180, REsp 821004, AgRg no REsp 1013024, REsp 1090968, REsp 1184128, AgRg no Ag 1222132, REsp 1104665, REsp 1079185, REsp 965758, AgRg no Ag 932446, REsp 745363, REsp 788459 e AgRg no AResp 221645. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 27 de setembro de 2016.

dados jurídicas Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, com o verbete de pesquisa ‘perda de chance’, cerca de 48 (quarenta e oito) julgados, número não tão expressivo quanto os do Brasil, mas que denota a crescente abordagem da matéria, uma vez que, em abril do presente ano, valendo-nos do mesmo critério de pesquisa, com o mesmo verbete e no interior da mesma página eletrônica, encontramos tão somente 33 (trinta e três). No final de 2015 encontramos apenas cerca de 22 (vinte e dois) julgados.

Apesar do incremento do número de casos julgados, vislumbramos, como já dito, certa resistência do Judiciário Português no trato e acolhimento da matéria.

Justificamos essa constatação ao percebermos que, em nenhum dos quarenta e oito julgados mencionados, a perda de chance foi reconhecida no âmbito da seara médica, campo no qual o ordenamento jurídico brasileiro é amplamente receptivo e a teoria é efetivamente aplicada.

Os únicos quatro acórdãos onde encontramos a expressão ‘perda de chance’ em ferramenta de busca no tema responsabilidade médica concediam indenizações nos moldes ‘tudo ou nada’<sup>340</sup>, deixando de considerar a ocorrência de real perda de chance das vítimas de evitarem os prejuízos por elas suportados e em situações, como já ressaltamos no bojo do presente trabalho, em que não se afiguraram presentes, em nosso entendimento, nexos causais entre a conduta do médico e o dano experimentado.

A razão subjacente e não explicitada nos julgados, talvez decorra do fato de que a precariedade dos serviços médicos brasileiros seja mais evidente do que no país lusitano, talvez porque a desincumbência do ônus da prova pela vítima no Brasil seja mais difícil e inacessível que em Portugal. Não sabemos. A busca de dados que confirmem tais impressões, que não passam, portanto, de conjecturas, fugiria ao propósito do presente estudo, até porque, como refletimos, seriam causas subliminares, intrinsecas, de difícil aferição no mundo concreto.

---

<sup>340</sup> 136/12.5TVLSB.L1.S1 – Relatora Maria da Graça Trigo. Sessão de 28/01/2016; 3925/07.9TVPRT.P1.S1 – Relator João Bernardo. Sessão de 09/01/2014; 1212/08.4TBCL.G2.S1 – Relator Helder Roque. Sessão de 12/03/2015; 9434/06.6TBMTS.P1.S1- Relatora Ana Paula Boularot. Sessão de 17/01/2013.

O que resta para nós sedimentado é que na seara médica a aplicação da perda de oportunidade pelo Direito Português é praticamente inexistente.

A maioria dos julgados encontrados diz respeito à responsabilidade de advogados<sup>341</sup>. De suas análises verificamos a preocupação do Judiciário Português em deixar assente que a obrigação do mandatário é de meio, não de resultado, obrigando-o a *“desenvolver, no âmbito dos específicos conhecimentos que adquiriu, uma atividade ou conduta caracterizada por uma diligência mais rigorosa do que a que se exige a um cidadão médio, direcionada ao resultado final de satisfação do interesse do seu cliente, mas sem assegurar que o mesmo se produza, dada a falibilidade e imprevisibilidade da prova e até a frequente divergência de opiniões jurídicas”*<sup>342</sup>

Ainda sobre a responsabilidade dos causídicos, observamos que em todos os julgamentos a perda de chance foi analisada sob a ótica de um juízo de prognose, do juízo sobre o juízo, com o fito de avaliar a seriedade das chances tidas pela parte como perdidas e aptas a viabilizarem a indenização requestada. Nas situações em que não restou demonstrado que a ação ou o recurso não interposto pelo advogado, ou interposto extemporaneamente dificilmente lograriam êxito caso fossem analisados, a indenização pela perda de chance não foi reconhecida.

Ao contrário do Brasil, em Portugal não há confusão jurisprudencial, uma vez reconhecido o dano de perda de chance, em ‘moldá-lo’ como

---

<sup>341</sup> 2368/13.0T2AVR.P1.S1. Relator Gabriel Catarino. Sessão de 16/02/2016; 5105/12.2TBXL.L1.S1. Relator Tomé Gomes. Sessão de 09/07/2015; 614/06.5TVLSB.L1.S1. Relator Silva Salazar. Sessão de 05/05/2015; 338/11.1TBCVL.C1.S1. Relatora Maria dos Prazeres Beleza. Sessão de 30/04/2015; 824/06.5TVLSB.L2.S1. Relator Fonseca Ramos. Sessão de 01/07/2014; 1378/11.6TVLSB.L1.S1. Relator Sebastião Póvoas. Sessão de 09/12/2014; 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1. Relator Mário Mendes. Sessão de 30/09/2014; 23/05.3TBGRD.C1.S1. Relator Pinto de Almeida. Sessão de 06/03/2014.; 2531/05.7TBBERG.G1.S1. Relator Serra Baptista. Sessão de 30/05/2013; 78/09.1TVLSB.L1.S1. Relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. Sessão de 14/03/2013; 488/09.4TBESP.P1.S1. Relator Helder Roque. Sessão de 05/02/2013; 9195/03.0TVLSB.L1.S1. Relator Távora Victor. Sessão de 10/03/2011; 1410/04.0TVLSB.L1.S1. Relator Azevedo Ramos. Sessão de 26/10/2010; 2035/05.8TVLSB.L1.S1. Relator Alves Velho. Sessão de 05/02/2013; 5817/09.8TVLSB.L1.S1. Relator Serra Baptista. Sessão de 18/10/2012; 8972/06.5TBBERG.G1. S. Relator João Camilo. Sessão de 29/05/2012; 171/2002.S1. Relator Moreira Alves. Sessão de 28/09/2010; 2622/07.0TBPNF.P1.S1. Relator Sebastião Póvoas. Sessão de 29/04/2010.

<sup>342</sup> 614/06.5TVLSB.L1.S1. Relator Silva Salazar. Sessão de 05/05/2015.

patrimonial ou moral. Resta bem delineado naquele país a indenização a título de perda de chance quando ela ocorre. Nem patrimonial, nem moral, de perda de chance tão somente. Não vislumbramos julgado onde a fundamentação resta toda concretizada na perda da oportunidade de almejar determinado resultado favorável e, ao final, a indenização aparece com a 'placa' de dano moral, como por mais de uma vez constatamos ocorrer no Brasil.

Em Portugal, repetimos, a dificuldade encontrada é a de reconhecimento da ocorrência da teoria (basicamente sob o argumento da ausência de previsão legal e não adequação à causalidade adequada admitida no ordenamento jurídico português, argumentos já contraditados em nossas observações), mas quando reconhecida, sua aplicação nos aparece, a título de natureza jurídica, escurrita.

Parte dos julgados encontrados fazem menção à perda de chance apenas como esforço argumentativo secundário não ligado diretamente ao foco das questões discutidas pelas partes.<sup>343</sup>

Os demais apresentam análise da teoria em ramos diversos da responsabilidade médica e do advogado, a exemplo de: perda de oportunidade de adjudicação de empreitadas<sup>344</sup>, perda de chance de recebimento de valores contidos em cheques em face de aceite ilícito, pelo Banco, de cártula revogada<sup>345</sup>, perda de chance de ascensão profissional<sup>346</sup>, perda da

---

<sup>343</sup> 21769/10.9T2SNT.L1.S1. Relator Lopes do Rego. Sessão de 08/09/2016; 8/16.4YFLSB. Relator Gabriel Catarino. Sessão de 31/03/2016; 135/12.7TCFUN.L1.S1. Relator Gabriel Catarino. Sessão de 16/02/2016; 1/15.4YFLSB. Relator Mário Belo Morgado. Sessão de 24/11/2015; 2545/10.5TVLSB.L1.S1. Relatora Maria Clara Sottomayor. Sessão de 17/11/2015; 294/11.6T2ILH.C1.S1. Relatora Maria dos Prazeres Beleza. Sessão de 01/10/2015; 7382/07.1TBVNG.P1.S1. Relator Granja Fonseca. Sessão de 20/11/2014; 294/11.6T2ILH.C1.S1. Relatora Maria dos Prazeres Beleza. Sessão de 02/10/2014; 1253/07.9TVLSB.L2.S1. Relator Gabriel Catarino. Sessão de 07/05/2014; 6723/09.1TVLSB.L1.S1. Relatora Maria Clara Sottomayor. Sessão de 11/02/2014; 2224/08.3TBLRA.C1.S. Relator Alves Velho. Sessão de 23/10/2012.

<sup>344</sup> 6473/03.2TVPRT.P1.S1. Relator Antônio da Silva Gonçalves. Sessão de 19/05/2016.

<sup>345</sup> 2759/10.8TBGDM.P1.S1-A. Relator Martins de Sousa. Sessão de 10/11/2015; 1114/11.7TBAMT.P1.S1. Relator Abrantes Geraldês. Sessão de 28/04/2016; 4591/06.4TBVNG.P1.S1. Relator Oliveira Vasconcelos. Sessão de 21/03/2013.

<sup>346</sup> 79/13.5TTVCT.G1.S1. Relatora Ana Luísa Geraldês. Sessão de 21/04/2016

capacidade de ganho decorrente de acidente de viação<sup>347</sup>, perda de chance de recebimento de verbas trabalhistas<sup>348</sup>, perda de chance de reabilitação (plano de insolvência)<sup>349</sup> e perda de chance de conseguir outro trabalho em razão de realização de pacto de não concorrência<sup>350</sup>.

Por derradeiro, a par de todas as celeumas existentes em torno da perda de uma chance, seus requisitos, sua natureza jurídica e critérios adotados para a quantificação da indenização dela decorrente, o que podemos verificar é que o Judiciário brasileiro, diversamente do português, tem buscado a reparação mais justa e equilibrada, sob os aspectos da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, fincando-se nos anseios de uma reparação integral frente aos prejuízos sofridos pela parte lesada, buscando-se mecanismos e artifícios juridicamente fundamentados, com intuito de salvaguardar o direito requerido, e possibilitando assim uma reparação efetiva dos danos.<sup>351</sup>

## 11 – Considerações Finais

1 – A adoção da teoria da perda de uma chance tem caráter subsidiário, já que destinada a abarcar as situações em que as tutelas tradicionais não alcançam. Isso ocorre quando resta impossível encontrar-se as certezas dos danos finais.

2 – A regra, portanto, diante do conjunto probatório amalhado e diante das regras de presunção vigentes, continua sendo o julgamento de procedência ou improcedência do pleito do autor.

3 – Não obstante, já é tempo de aceitarmos que não temos respostas para tudo, que somos limitados, que o Direito é limitado e que,

---

<sup>347</sup> 237/13.2TCGMR.G1.S1. Relatora Maria da Graça Trigo. Sessão de 07/04/2016; 1021/11.3TBABT.E1.S1. Relator Lopes do Rego. Sessão de 21/01/2016; 565/10.9TBPVL.S1. Relator Salazar Casanova. Sessão de 21/03/2013

<sup>348</sup> 373/10.7TTPRT.P1.S1. Relator Fernandes da Silva. Sessão de 26/05/2015.

<sup>349</sup> 504/10.7TCGMR.S1. Relator Helder Roque. Sessão de 01/07/2014.

<sup>350</sup> 2525/11.3TTLSB.L1.S1. Relator Mário Belo Morgado. Sessão de 30/04/2014.

<sup>351</sup> BITENCOURT, Rodrigo Sérgio Gomes. O Avanço da Responsabilidade Civil Sob a Ótica da Perda da Chance. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 62, p.272, abr-set. 2013.

mesmo assim, precisamos lidar e trabalhar, juridicamente, com as incertezas<sup>352</sup> que permeiam os litígios apresentados em Juízo, para o fim de solucionar problemas enfrentados por vítimas que em outro momento eram simplesmente ignoradas.

4 – Nota-se que a evolução do Direito, ao menos no Brasil, tem sido promovida pelas manifestações das cortes superiores de Justiça, de modo que moldamos nosso trabalho na análise de referidas manifestações, confrontando-as com a análise do pensamento doutrinário e buscando compará-las com a produção jurisprudencial e doutrinária portuguesa, valendo destacar que o próprio surgimento da teoria, na França, é oriundo do pensamento construído pelos Tribunais de Justiça.

5 – Apesar de bem intencionada, a teoria em apreço não é imune a críticas. As celeumas que gravitam em torno de si dizem respeito a :

- dúvidas acerca de eventuais alterações do que classicamente entende-se comonexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil;
- dúvidas acerca de eventual alteração do que classicamente entende-se como dano no âmbito da responsabilidade civil;
- dúvidas acerca de sua natureza jurídica (dano material, moral ou autônomo);
- dificuldade no que diz respeito à quantificação da indenização;
- ausência de previsão legal;

6 – Estando a perda de chance inserida no instituto da responsabilidade civil, contem, por óbvio, os seus requisitos: conduta ilícita, dano e nexode causalidade entre os dois primeiros.

---

<sup>352</sup> Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa assinala que “no campo da física, a tentativa de formular uma teoria única, que reúna de forma concordante a relatividade geral e a física quântica – a ‘Teoria de Tudo’ – ainda não foi bem sucedida. Mas nem por isso se deve negar à relatividade geral e à física quântica validade, sendo cada uma destas teorias eficazes e operativas nos respectivos campos de aplicação, enquanto formas de aproximação à realidade.”

COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. **Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no Direito Português**. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <[http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacosta\\_danoperdachance.pdf](http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacosta_danoperdachance.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2016.

7 – A perda de chance não fere o nexo de causalidade inerente à responsabilização civil, porquanto continua a ocorrer um liame entre a conduta ilícita praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima.

8 – O instituto do dano, porém, é que resta agraciado com certa elasticidade, na medida em que o sinistro suportado pela vítima não diz respeito ao resultado final (vantagem que visava alcançar ou prejuízo que intentava não enfrentar), mas sim à perda da possibilidade de ser condecorada com aquele benfazejo final ou a perda da possibilidade de evitar o prejuízo sofrido. Entende-se que esse dano é intermediário. É o chamado dano de perda de chance.

9 – Ora o dano de perda de chance é tido como dano patrimonial (em quaisquer de suas duas espécies), ora como dano moral, ora como autônomo, resultando em equivocadas aplicações jurisprudenciais do instituto. Entendemos cuidar-se de um dano autônomo, passível de gerar indenizações a título patrimonial, a título moral e a título exclusivamente de perda de chance, porquanto são situações distintas, embora possam decorrer de um mesmo fato.

10 – A dificuldade de quantificação do dano tem como pressuposto a ausência de um resultado final. A jurisprudência partiu do valor que seria devido à parte caso tivesse conseguido demonstrar o nexo causal entre a conduta ilícita e o prejuízo final ou entre a conduta ilícita e o resultado favorável final e decotou-lhe porcentagem inerente à probabilidade de tal acontecimento. O que se teme é que o arbítrio judicial não seja dotado de bom senso. Cabe a menção de que o Direito Português, no artigo 566, nº 3, do Código Civil faz referência, no que tange ao *quantum* indenizatório, à utilização da equidade.

11 – Não é qualquer chance perdida que dá azo à responsabilização civil. Apenas aquelas dotadas de seriedade e certeza (conceitos formados jurisprudencialmente) são aptas à reparação cível.

12 – Necessária se faz a diferenciação entre chance e risco.

13 - Não nos parece correta a argumentação de que a ausência de previsão legal infirma o instituto. Já restou consignado que a perda de chance tem aplicabilidade no seio da responsabilidade civil e, assim, não precisa mais do que aquele conceito para se afirmar. Os dispositivos relativos à

responsabilidade civil, tanto no Brasil quanto em Portugal, apresentam, ambos, grau de suficiência à aplicação da perda de chance, posto que os dois tratam de conduta, nexo de causalidade e dano sofrido pela vítima.

14 – A perda de chance é dita, primordialmente, clássica, ocorrente em todos os casos em que não encontra aplicação no âmbito da seara médica (perda da chance de cura e de sobrevivência). É também aplicável nas relações familiares e trabalhistas.

15 – Não possui a mesma aceitação na jurisprudência brasileira e portuguesa. No Brasil é amplamente disseminada, embora com todas as mazelas já tratadas no presente trabalho. Em Portugal encontramos resistência jurisprudencial em sua aplicação. Citamos que, na seara médica, não encontramos julgado em que a perda de chance tenha sido aplicada, muito embora, como ressaltamos ao longo deste estudo, fosse, ao nosso viso, melhor aplicada do que a regra do tudo ou nada preferida pelo superior tribunal português. Lá a teoria é majoritariamente aplicada na responsabilidade civil do advogado. Ressaltamos que o cuidado que deve ser adotado é o de imputar ao causídico toda a responsabilidade pelo simples insucesso da demanda, ainda que o mandatário tenha agido com todo o zelo e responsabilidade que devem permear suas atividades funcionais.

16 – Por fim, a contribuição almejada pelo trabalho foi a de trazer elementos que agreguem o posicionamento daqueles que, como nós, entendem a perda de chance como uma alternativa lícita e fundada em bases legais, apesar de ter surgido em sede jurisprudencial, com o fito de brindar a vítima em situações em que, outrora, estaria desamparada, sobretudo diante da tendência atual da responsabilidade civil de privilegiar a parte que suportou o dano.

## 12 - Bibliografia

ALCOZ, LUIS MEDINA. HACIA UNA NUEVA TEORÍA GENERAL DE LA CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL (Y EXTRA CONTRACTUAL): LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES. **REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO**, MADRID, N. 30, ABR-JUN 2009.

ALMEIDA, FELIPE CUNHA DE. INDENIZAÇÃO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REVISTA JURÍDICA**, PORTO ALEGRE, V. 62, N. 438, ABR. 2014.

ALMEIDA, FELIPE CUNHA DE. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DA SAÚDE SOB A ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: QUE TIPO DE INDENIZAÇÃO? **REVISTA JURÍDICA**, PORTO ALEGRE, V. 61, N. 427, MAIO 2013.

ALMEIDA, L. P. MOITINHO DE. **RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS**. COIMBRA. 2.ED. 1998.

ANGELIN, KARINNE ANSILIERO. **DANO INJUSTO COMO PRESSUPOSTO DO DEVER DE INDENIZAR**. 2012. F. 92. DISSERTAÇÃO (MESTRADO) - CURSO DE DIREITO, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, SÃO PAULO, 2012. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.TESES.USP.BR/TESES/DISPONIVEIS/2/2131/TDE-10012014-073936/PT-BR.PHP](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/TDE-10012014-073936/PT-BR.PHP)>. ACESSO EM: 13 MAIO 2015.

ALVARENGA, RÚBIA ZANOTELLI DE; SILVA, NATHAN LINO DA. **O JUS VARIANDI EMPRESARIAL**. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.FACEFACULDADE.COM.BR/ARQUIVOS/REVISTAS/ARTIGO\\_PROF.RUBIA\\_NATHAN.PDF](http://www.facefaculdade.com.br/arquivos/revistas/artigo_prof.rubia_nathan.pdf)>. ACESSO EM: 27 SET. 2016.

AMARAL, ANA CLÁUDIA CORRÊA ZUIN MATTOS DO. **RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE: NATUREZA JURÍDICA E QUANTIFICAÇÃO DO DANO**. CURITIBA: JURUÁ, 2015.

ANTUNES, JOÃO LOBO. **A NOVA MEDICINA**. IN: DIREITO DA MEDICINA : EVENTOS ADVERSOS, RESPONSABILIDADE, RISCO / COORDENAÇÃO MARIA DO CÉU RUEFF. - LISBOA : UNIVERSIDADE LUSÍADA EDITORA, 2013.

ASSIS JÚNIOR, LUIZ CARLOS DE. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. **REVISTA FORENSE**, RIO DE JANEIRO, V. 108, N. 416, JUL/DEZ 2012.

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA. A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: O ESTADO DA ARTE. **CADERNOS DE DIREITO PRIVADO**, BRAGA, N. 38, ABR -JUN. 2012.

BARCELLONA, MARIO. CHANCE E CAUSALITÀ : PRECLUSIONE DI UNA VIRTUALITÀ POSITIVA E PRIVAZIONE DI UN RISULTATO UTILE. EUROPA E DIRITTO PRIVATO, MILANO, N.4(2011).

BARRETTO, FERNANDA CARVALHO LEÃO. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE, SUA INTERSECÇÃO COM O DIREITO DAS FAMÍLIAS E O ESTABELECIMENTO DAS RELAÇÕES PARENTAIS: INVESTIGANDO POSSIBILIDADES. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES**, BELO HORIZONTE, ANO XIV, Nº 29, AGO-SET 2012.

BARROS, FERNANDA OTONI DE. **DO DIREITO AO PAI: A PATERNIDADE NO TRIBUNAL E NA VIDA**. 2. ED. BELO HORIZONTE: DEL REY.

BARROS, MARCO ANTÔNIO DE. **A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL**. 3. ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL: TOMO III**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2005.

BASTOS, MARIANA CANDINI. A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PERDA DE UMA CHANCE: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO. IN: **ÂMBITO JURÍDICO**, RIO GRANDE, XV, N. 107, DEZ 2012. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.AMBITO-JURIDICO.COM.BR/SITE/INDEX.PHP?N\\_LINK=REVISTA\\_ARTIGOS\\_LEITURA&ARTIGO\\_ID=12301&REVISTA\\_CADERNO=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12301&revista_caderno=7)>. ACESSO EM 10 SET 2016.

BELTRÃO, SÍLVIO ROMERO. **DIREITOS DA PERSONALIDADE**. 2. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2014.

BITENCOURT, RODRIGO SÉRGIO GOMES. O AVANÇO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA DA PERDA DA CHANCE. **REVISTA DA EMERJ**, RIO DE JANEIRO, V. 16, N. 62, ABR-SET. 2013.

BOECHAT, BRUNA COUTO. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. **REVISTA JUS NAVIGANDI**, TERESINA, ANO 19, N. 4051, 4 AGO. 2014. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://JUS.COM.BR/ARTIGOS/30568](https://jus.com.br/artigos/30568)>. ACESSO EM: 19 ABR. 2016.

BOFF, CAROLINE MOREIRA. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PRIVADO NOS CASOS DE EMERGÊNCIA. **DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA**, PORTO ALEGRE, V. 8, N. 28, JUL-SET 2014.

BORÉ, JACQUES. L'INDEMNISATION POUR LES CHANCES PERDUES – UNE FORME D'APPRECIATION QUANTITATIVE DE LA CAUSALITE D'UM FAIT DOMMAGEABLE. **LA SEMAINE JURIDIQUE**, PARIS, I, ANO 49, 1974.

BORGES, NELSON. **A TEORIA DA IMPREVISÃO E OS CONTRATOS ALEATÓRIOS**. REVISTA DOS TRIBUNAIS. ANO 89. DEZ/2000. VOL. 782. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS.

BOUCINHAS FILHO, JORGE CAVALCANTI. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO. **JUSTIÇA DO TRABALHO**, PORTO ALEGRE, V. 27, N. 318, JUN. 2010.

BRAGA, ARMANDO. **A REPARAÇÃO DO DANO CORPORAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL**. COIMBRA: ALMEDINA, 2005.

BRITO, ROBERTA VERAS DE LIMA. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO, POSIÇÃO DOUTRINÁRIA, POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL E ADMISSIBILIDADE. **REVISTA DA ESMAPE**, RECIFE, V. 12, N. 26, T. 2, JUL - DEZ 2007.

BUSNELLO, SAUL JOSÉ. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA. **CIÊNCIA JURÍDICA**, BELO HORIZONTE, MG, V. 27, N. 172, JUL./AGO. 2013.

CABRITA, HELENA. **A FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO E DE DIREITO DA DECISÃO CÍVEL**. COIMBRA: COIMBRA, 2015.

CAHALI, YUSSEF. DANO MORAL. 3 ED., REV., AMP., E ATUAL. DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2005.

CARDOSO, SÉRGIO RAMOS. **RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DO DANO MATERIAL À PERDA DE UMA CHANCE: HIPÓTESES DE CABIMENTO** / SÉRGIO RAMOS CARDOSO; ORIENT. J. M. SÉRVULO CORREIA. - LISBOA : [S.N.], 2009. - 131 F. ; 30 CM. - TESE DE MESTRADO, CIÊNCIAS JURÍDICAS, FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE LISBOA, 2010

CARNAÚBA, DANIEL AMARAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: A ÁLEA E A TÉCNICA**. SÃO PAULO: MÉTODO, 2013.

CARNAÚBA, DANIEL AMARAL. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: A TÉCNICA NA JURISPRUDÊNCIA FRANCESA. **REVISTA DOS TRIBUNAIS**, SÃO PAULO, V. 101, N. 922, AGO. 2012.

CARVALHO, DANIELA PINTO DE. THOMAS KHUN E O NOVO PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: EM BUSCA DA REPARAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE. **CIÊNCIA JURÍDICA**, BELO HORIZONTE, V. 25, N. 158, MAR-ABR 2001.

CARVALHO, DANIELA PINTO DE. **FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE**. 2012. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://REPOSITORIO.UFBA.BR/RI/BITSTREAM/RI/8698/1/DANIELA PINTO DE CARVALHO - DISSERTAÇÃO.PDF](https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8698/1/daniela_pinto_de_carvalho_-_dissertacao.pdf)>. ACESSO EM: 01 AGO. 2016.

CARVALHO NETO, INÁCIO DE. **RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA**. 4. ED. CURITIBA: JURUÁ, 2011.

CASTANHEIRA, SÉRGIO. **PORTUGAL, UMA CHANCE PERDIDA**. ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR JOSÉ LEBRE DE FREITAS / [COMISSÃO ORGANIZADORA] ARMANDO MARQUES GUEDES.. [ET AL.] . - [COIMBRA] : COIMBRA EDITORA, [2013]. - 1.V.

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. **PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL**. 10ª. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2012.

CHINDEMI, DOMENICO. **IL DANNO DA PERDITA DI CHANCE**. 2. ED. GIUFFRÈ, 2010.

COELHO, FÁBIO ULHÔA. **CURSO DE DIREITO CIVIL: OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL**. 6.D. SÃO PAULO: SARAIVA, 2014.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. **TRATADO DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS: II DIREITO DAS OBRIGAÇÕES TOMO III GESTÃO DE NEGÓCIOS ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA RESPONSABILIDADE CIVIL**. COIMBRA: ALMEDINA, 2010. P. 288.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA. **NOÇÕES FUNDAMENTAIS DE DIREITO CIVIL**. 5. ED. COIMBRA: ALMEDINA, 2009.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA. **DIREITO DAS OBRIGAÇÕES**. 3. ED. COIMBRA: ALMEDINA, 1979.

COSTA, PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA. **DANO DE PERDA DE CHANCE E A SUA PERSPECTIVA NO DIREITO PORTUGUÊS**. DISSERTAÇÃO DE MESTRADO. DISPONÍVEL EM:  
<[HTTP://WWW.VERBOJURIDICO.NET/DOUTRINA/2011/PATRICIACOSTA\\_DANOPERDACHANCE.PDF](http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciocosta_danoperdatchance.pdf)>. ACESSO EM: 02 OUT. 2016.

COUTO FILHO, ANTÔNIO FERREIRA; SOUZA, ALEX PEREIRA. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO MÉDICO**. 2. ED. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2010.

CRUZ, ADENOR JOSÉ DA. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO POR PERDA DE UMA CHANCE DE UM DIREITO DEMANDADO, EM JUÍZO, INVESTIGADA SOB A LUZ DA LEGISLAÇÃO, DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA**

DANTAS, EDUARDO.  
**DIFERENÇAS ENTRE O CONSENTIMENTO INFORMADO E A ESCOLHA ESCLARECIDA, COMO EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO MÉDICO X PACIENTE**. LEX MEDICINAE. REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO DA SAÚDE, COIMBRA, A.4, N.8 (2007).

DIAS, CRISTINA M.A. **INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE E ABUSO DO DIREITO. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE**: ACÓRDÃO

DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 9.4.2013, PROC, 187/09. CADERNOS DE DIREITO PRIVADO, BRAGA, Nº 45 (JAN-MAR. 2014).

DIAS, MARIA BERENICE. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 3. ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2006.

EIRÓ, VERA. **A PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E DAS DEMAIS PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS**. NOVOS TEMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS : ICJP, 5 DE DEZEMBRO DE 2012 / COORDENAÇÃO CARLA AMADO GOMES, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO. - [LISBOA] : [INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS], [2013].

FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA: UTILIZAR COM MODERAÇÃO. **REVISTA FORENSE**, RIO DE JANEIRO, V. 105, N. 406, NOV-DEZ 2009.

FEOLA, MARIA NESSO DI CAUSALITÀ E PEDITA DI «CHANCES» NELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PROFESSIONISTA FORENSE/MARIA FEOLA RIVISTA CRITICA DEL DIRITTO PRIVATO, NAPOLI, A.22N.1(MARZO2004).

FERREIRA, RUI CARDONA. **INDEMNIZAÇÃO DO INTERESSE CONTRATUAL POSITIVO E PERDA DE CHANCE**. COIMBRA: COIMBRA, 2011.

FIUZA, CÉSAR. **APLICAÇÃO DA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS AOS CONTRATOS ALEATÓRIOS**. REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, BRASÍLIA, ANO 36, N. 144, OUT/DEZ 1999. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW2.SENADO.LEG.BR/BDSF/BITSTREAM/HANDLE/ID/527/R144-01.PDF](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/527/r144-01.pdf)>. ACESSO EM: 02.MAI.2016.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA. **DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL: O MÉTODO DO CASO**. COIMBRA: ALMEDINA, 2006.

FRAZÃO, ANA; TEPEDINO, GUSTAVO (ORG.). **O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A PERDA DA CHANCE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011.

FRAZÃO, ANA; TEPEDINO, GUSTAVO (ORG.). **O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO: SOCIOAFETIVIDADE EM FAMÍLIA E A ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011.

FRAZÃO, ANA; TEPEDINO, GUSTAVO (ORG.). **O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO: FILHOS DO PAI, FILHOS DA MÃE E O ABANDONO AFETIVO - A RESPONSABILIDADE PARENTAL**. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011.

FONSECA, CRISTINA MARIA NEPOMUCENO DE. RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE - COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E APLICABILIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. **LTR LEGISLAÇÃO DO TRABALHO**, SÃO PAULO, V. 73, N. 10, OUT. 2009.

GAGLIANO, PABLO STOLZE; PAMPLONA FILHO, RODOLFO. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - 3**. 10. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2012.

GALVÃO, FERNANDO. **DIREITO PENAL - PARTE GERAL**. RIO DE JANEIRO: IMPETUS, 2004.

GOMES, JÚLIO. **EM TORNO DO DANO DA PERDA DE CHANCE : ALGUMAS REFLEXÕES**. ARS IVDICANDI : ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES / ORGANIZADORES JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, JOSÉ DE FARIA COSTA. - [COIMBRA] : COIMBRA EDITORA, 2008. - 2.V.

GOMES, ORLANDO. **CONTRATOS**. 17ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1997.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO 4: RESPONSABILIDADE CIVIL**. 6. 221D. SÃO PAULO: SARAIVA, 2011.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO: RESPONSABILIDADE CIVIL**. 9. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2014. V 4.

GONDIM, GLENDA GONÇALVES. RESPONSABILIDADE CIVIL: TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. **REVISTA DOS TRIBUNAIS**, SÃO PAULO, V. 94, N. 840, OUT. 2005.

GONDIM, GLENDA GONÇALVES. **A REPARAÇÃO CIVIL NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.DOMINIOPUBLICO.GOV.BR/DOWNLOAD/TESTE/ARQS/CP146052.PDF](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf)>. ACESSO EM: 10 JUL. 2016.

GUALANO, TOMMASO. PERDITA DI CHANCE. **IL DANNO RISARCIBIELE A CURA DI GIUSEPPE VETTORI**. V. 1.

HIGA, FLÁVIO DA COSTA. **RESPONSABILIDADE CIVIL: A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DO TRABALHO**. SÃO PAULO: SARAIVA, 2012.

JOSSERAND, LOUIS. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. **REVISTA FORENSE**, RIO DE JANEIRO, V. 86, JUN. 1941.

KAROW, ALINE BIASUZ SUAREZ. **ABANDONO AFETIVO: VALORIZAÇÃO JURÍDICA DO AFETO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**. CURITIBA: JURUÁ, 2012.

KFOURI NETO, MIGUEL. **CULPA MÉDICA E ÔNUS DA PROVA**. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2002.

KÖHLER, GRAZIELA DE OLIVEIRA. **RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E ESTRUTURAS CAUSAIS: O PROBLEMA DO NEXO CAUSAL PARA O DEVER DE REPARAR**. CURITIBA: JURUÁ, 2011.

KOPPER, MARIA FERNANDA ALVARES. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DO TRABALHO. JUSTIÇA DO TRABALHO**, PORTO ALEGRE, V. 26, N. 306, JUN. 2009.

LIMA JÚNIOR, CLÁUDIO RICARDO SILVA. SÚMULA VINCULANTE: REGIME GERAL, NATUREZA JURÍDICA E ENUNCIADO INCONSTITUCIONAL. **REVISTA JUS NAVIGANDI**, TERESINA, ANO 19, N. 4049, 2 AGO. 2014. DISPONÍVEL EM: <<HTTPS://JUS.COM.BR/ARTIGOS/30624>>. ACESSO EM: 14 SET. 2016.

LOPES, MIGUEL MARIA DE SERPA. **CURSO DE DIREITO CIVIL VOLUME III**. 6. ED. RIO DE JANEIRO: FREITAS BASTOS, 1996.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES. **DIREITO DAS OBRIGAÇÕES - VOL. I**. 6. ED. COIMBRA: ALMEDINA, 2007.

LOPES, BÁRBARA. CONTROVÉRSIAS ACERCA DO TEMA 'ABANDONO AFETIVO'. **REVISTA ELETRÔNICA EJE**, BRASÍLIA, ANO IV, N. 2, FEV./MAR 2014.

LOPES, ROSAMARIA NOVAES FREIRE. **RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE**. DISPONÍVEL EM: <<HTTP://WWW.DIREITONET.COM.BR/ARTIGOS/EXIBIR/3861/RESPONSABILIDADE-CIVIL-PELA-PERDA-DE-UMA-CHANCE>>. ACESSO EM: 15 SET. 2016.

LOPEZ, TERESA ANCONA. **PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**. SÃO PAULO: QUARTIER LATIN, 2010.

LOURENÇO, PAULA MEIRA. **A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**. COIMBRA: COIMBRA, 2006.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO. **DIREITO DAS OBRIGAÇÕES: PROGRAMA 2010/2011 APONTAMENTOS**. 3. ED. LISBOA: AAFDF, 2011.

MARTINS, FERNANDO CORRÊA. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA APRECIAR AÇÕES DE REPARAÇÃO CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE EM FACE DE ADVOGADO E SINDICATO. **JUSTIÇA DO TRABALHO**, PORTO ALEGRE, V. 30, N. 359, NOV. 2013.

MASSAFRA, BÁRBARA QUADRADO. **A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO**. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.CIDP.PT/PUBLICACOES/REVISTAS/RJLB/2016/3/2016\\_03\\_0173\\_0259.PDF](HTTP://WWW.CIDP.PT/PUBLICACOES/REVISTAS/RJLB/2016/3/2016_03_0173_0259.PDF)>. ACESSO EM: 10 ABR. 2016.

MATIELLO, FABRÍCIO ZAMPROGNA. **CÓDIGO CIVIL COMENTADO**. 2. ED. SÃO PAULO: LTR, 2005.

MAZZAMUTO, SALVATORE.

**IL DANNO DA PERDITA DI UNA RAGIONEVOLE ASPETTATIVA PATRIMONIALE.** EUROPA E DIRITTO PRIVATO, MILANO, N.1(2010).

MEDEIROS NETO, ELIAS MARQUES DE ET AL (ORG.). **A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR JOÃO BATISTA LOPES.** SÃO PAULO: VERBATIM, 2013.

MELO, RAIMUNDO SIMÃO DE. **INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE.** **CADERNO DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DA EMATRA XV**, V. 3, N. 2, P.37-38, ABR. 2007.

MENEZES, SARA LEMOS. **PERDA DE OPORTUNIDADE: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA OU UM FALSO ALARME.** 2013. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://REPOSITORIO.UCP.PT/BITSTREAM/10400.14/13401/1/TESE SARA LEMOS DE MENESES.PDF](http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13401/1/tese_sara_lemos_de_menezes.pdf)>. ACESSO EM: 11 ABR. 2016.

MULLER, CHRISTOPHER. **LA PERTE D'UNE CHANCE.** 2012. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://PERTEDUNECHANCE.BLOGSPOT.PT/2012/07/THEORIE-DE-LA-PERTE-DUNE-CHANCE.HTML](http://pertedunechance.blogspot.pt/2012/07/theorie-de-la-perte-dune-chance.html)>. ACESSO EM: 19 SET. 2016.

NADER, PAULO. **CURSO DE DIREITO CIVIL: RESPONSABILIDADE CIVIL – VOL. 7. 4.** 223D. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2013.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **CÓDIGO PENAL COMENTADO.** 9. ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2008.

NUNES, FLÁVIO FILQUEIRAS. **APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.** DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.MCAMPOS.BR/U/201503/FLAVIOFILGUEIRASNUNESAPLICACAOTEORIAPERDAUMACHANCE.PDF](http://www.mcampos.br/u/201503/flaviofilgueirasnunesaplicacaoteoriaperdaumachance.pdf)>. ACESSO EM: 10 SET. 2015.

NUSSENBAUM, MAURICE. **LE PRÉJUDICE DE PERTE DE CHANCE EN DROIT FRANÇAIS: UN PRÉJUDICE HORS NORME?** DISPONÍVEL EM: <[HTTP://MLCUCBEF.PREVIEW.INFOMANIAK.COM/WP-CONTENT/UPLOADS/2016/01/LE-PREJUDICE-DE-PERTE-DE-CHANCE-OPTION-DROIT-DES-AFFAIRES-PAR-MAURICE-NUSSENBAUM-ET-CLAIRE-KARSENTI-OCT-12.PDF](http://mlcucbef.preview.infomaniak.com/wp-content/uploads/2016/01/le-prejudice-de-perte-de-chance-option-droit-des-affaires-par-maurice-nussenbaum-et-claire-karsenti-oct-12.pdf)>. ACESSO EM: 19 SET. 2016.

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE. **CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL.** COIMBRA: ALMEDINA, 2007.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO. **RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE DE REVITALIZAÇÃO.** II CONGRESSO DE DIREITO DA INSOLVÊNCIA / COORDENAÇÃO CATARINA SERRA. - [COIMBRA] : ALMEDINA, [2014].

PEDRO, RUTE TEIXEIRA. **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.** COIMBRA: COIMBRA, 2008.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS. **DIREITOS DOS PACIENTES E RESPONSABILIDADE MÉDICA**. COIMBRA: COIMBRA, 2015.

PEREIRA, FLÁVIO CABRAL FIALHO. ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. **CIÊNCIA JURÍDICA**, BELO HORIZONTE, MG, V. 28, N. 178, JUL./AGO. 2014.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL: VOL. III CONTRATOS**. 11. 224ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2004.

PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA; SILVA, CLÁUDIA MARIA. NEM SÓ DE PÃO VIVE O HOMEM. **SOCIEDADE E ESTADO**, BRASÍLIA, V. 21, N. 3, SET.-DEZ. 2006.

PIETROSKI, LISIANE LAZZARI. **PERDA DE UMA CHANCE E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS**. FLORIANÓPOLIS: CONCEITO, 2013.

PINTO, PAULO MOTA. **INTERESSE CONTRATUAL NEGATIVO E INTERESSE CONTRATUAL POSITIVO**. VOL. II. COIMBRA EDITORA. 2008. NOTA DE RODAPÉ 3103.

QUEIROZ, MÁRCIA VEZZÁ DE. A TEORIA DA PERDA DA CHANCE - EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA POSSIBILIDADE EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO. **REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE DE HUMANIDADES E DIREITO**, SÃO PAULO, V. 8, N. 8, 2011.

RANGEL, LAÍS BARRETO; SANTIAGO, MARIA CRISTINA PAIVA. **ANÁLISE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA POSSÍVEL APLICAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS**. DISPONÍVEL EM:  
<[HTTP://WWW.PUBLICADIREITO.COM.BR/ARTIGOS/?COD=32E7B56FB911EB28](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=32e7b56fb911eb28)>.  
ACESSO EM: 01 AGO. 2016.

RAPOSO, VERA LÚCIA. **EM BUSCA DA CHANCE PERDIDA : O DANO DA PERDA DE CHANCE, EM ESPECIAL NA RESPONSABILIDADE MÉDICA**. REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, LISBOA, A.35, N.138(ABR.-JUNHO2014).

REGO, MARGARIDA LIMA. **DECISÕES EM AMBIENTE DE INCERTEZA : PROBABILIDADE E CONVICÇÃO NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**. JULGAR, LISBOA, N.21(SET.-DEZ.2013).

RENNER, RAFAEL HENRIQUE. NOTAS SOBRE O CONCEITO DE DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL. **LEGIS AUGUSTUS**, RIO DE JANEIRO, V. 3, N. 2, JUL./DEZ. 2012.

ROCHA, NUNO SANTOS. **A PERDA DE CHANCE COMO UMA NOVA ESPÉCIE DE DANO**. COIMBRA: ALMEDINA, 2014.

ROCHA, VÍVIAN DE ALMEIDA SIEBEN. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. **DIREITO E JUSTIÇA**, PORTO ALEGRE, V. 36, N. 1, JAN- JUN. 2010.

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: ESCLARECIMENTO/CONSENTIMENTO DO DOENTE**. REVISTA DO CEJ, LISBOA, N.16(2.SEM.2011).

RODRIGUES, JOÃO GASPAR. **A IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER O ABANDONO AFETIVO PARENTAL COMO DANO PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO**. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://APLICACAO.MPMG.MP.BR/XMLUI/BITSTREAM/HANDLE/123456789/1140/R\\_DJ\\_IMPOSSIBILIDADE\\_RECONHECER\\_DANO- JOAO\\_GASPAR.PDF?SEQUENCE=1](HTTPS://APLICACAO.MPMG.MP.BR/XMLUI/BITSTREAM/HANDLE/123456789/1140/R_DJ_IMPOSSIBILIDADE_RECONHECER_DANO- JOAO_GASPAR.PDF?SEQUENCE=1)>. ACESSO EM: 28 SET. 2016.

ROSÁRIO, GRÁCIA CRISTINA MOREIRA DO. A PERDA DA CHANCE DE CURA NA RESPONSABILIDADE MÉDICA. **REVISTA DA EMERJ**, RIO DE JANEIRO, V. 11, N. 43, P. 169, 2008. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.EMERJ.TJRJ.JUS.BR/REVISTAEMERJ\\_ONLINE/EDICOES/REVISTA43/REVISTA43\\_167.PDF](HTTP://WWW.EMERJ.TJRJ.JUS.BR/REVISTAEMERJ_ONLINE/EDICOES/REVISTA43/REVISTA43_167.PDF)>. ACESSO EM: 28 SET. 2015.

ROSENVALD, NELSON. **INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO: POSSIBILIDADE**. 2015. DISPONÍVEL EM: <<HTTP://WWW.CARTAFORENSE.COM.BR/CONTEUDO/ARTIGOS/INDENIZACAO-POR-ABANDONO-AFETIVO- POSSIBILIDADE/14838>>. ACESSO EM: 03 AGO. 2016.

ROSSI, JÚLIO CÉSAR; ROSSI, MARIA PAULA CASSONE. **DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - VOLUME 6**. SÃO PAULO: ATLAS, 2007 (LEITURAS JURÍDICAS).

SAMPAIO JÚNIOR, RODOLPHO BARRETO; PAULINO, DANIELLA BERNUCCI. O FUTURO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. ANÁLISE DO RAPPORT D'INFORMATION Nº 558, SUBMETIDO AO SENADO FRANCÊS, E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS SOBRE O DIREITO CIVIL BRASILEIRO. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**, BELO HORIZONTE, V. 25.

SÁNCHEZ, PEDRO FERNÁNDEZ. A TUTELA RESSARCITÓRIA NO DIREITO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: INTERESSE CONTRATUAL POSITIVO OU NEGATIVO E PERDA DE CHANCE. **O DIREITO**, ALMEDINA, A 147, N 4, 2015.

SANDEL, MICHAEL J.. **JUSTIÇA: O QUE É FAZER A COISA CERTA**. 6. ED. RIO DE JANEIRO: CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA, 2012. TRADUÇÃO DE HELOÍSA MATIAS E MARIA ALICE MÁXIMO.

SANTULO, ANA LUIZE DE AZEVEDO. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. DISPONÍVEL EM <HTTP://WWW.REPOSITORIO.UNICEUB.BR/BITSTREAM/235/6119/1/21055483.PDF> ACESSO EM 15.08.2106.

SARDAGNA, LAURENCE TEDESKI COSTA PETTERS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. **FÓRUM ADMINISTRATIVO**, BELO HORIZONTE, V. 13, N. 153, NOV. 2013.

SARLET, INGO WOLFGANG. AS DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONSTRUINDO UMA COMPREENSÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NECESSÁRIA E POSSÍVEL. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL – RBDC N. 9**, JAN-JUN. 2007. SEMESTRAL.

SAVI, SÉRGIO. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE**. 3. 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**, RIO DE JANEIRO, V. 12, N. 48, 2009.

SILVA, CÁSSIA BERTASSONE DA. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DO TRABALHO. **REVISTA SÍNTESE TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA**, SÃO PAULO, V. 24, N. 277, JUL. 2012.

SILVA, RAFAEL PETEFFI DA. **RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE**. 3. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2013.

SILVA, ROBERTO DE ABREU E. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL. **REVISTA DA EMERJ**, RIO DE JANEIRO, V. 9, N. 36, 2006.

SINTEZ, CYRIL. **LA PERTE DE CHANCE: UNE NOTION EN QUÊTE D'UNITÉ**. DISPONÍVEL EM:  
<[HTTP://WWW.ACADEMIA.EDU/6793832/LA\\_PERTE\\_DE\\_CHANCE\\_UNE\\_NOTION\\_EN\\_QUÊTE\\_DUNITÉ](http://WWW.ACADEMIA.EDU/6793832/LA_PERTE_DE_CHANCE_UNE_NOTION_EN_QUÊTE_DUNITÉ)>. ACESSO EM: 19 SET. 2016.

SOUPLET, ISABELLE. **INTERRUPTION MÉDICALE DE GROSSESSE ABUSIVE ET PERTE D E CHANCE**. DROIT ADMINISTRATIF. L'ACTUALITÉ JURIDIQUE, PARIS, A.62 N.11 (20MARS2006).

STAUCH, MARC CAUSATION, RISK, AND LOSS OF CHANCE IN MEDICAL NEGLIGENCE / MARC STAUCH  
IN: MEDICAL PRACTICE AND MALPRACTICE / HARVEY TEFF. - [ALDERSHOT] : ASHGATE, COPY.2001. - (THE INTERNATIONAL LIBRARY OF MEDICINE, ETHICS AND LAW). - ISBN 0-7546-2033-6 (ENCAD).

STOCO, RUI. **TRATADO DE RESPONSABILIDADE CIVIL - TOMO I**. 9. ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2013.

STOLZE, PABLO. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DO TEMPO. **REVISTA JUS NAVIGANDI**, TERESINA, ANO 18, N. 3540, 11 MAR. 2013. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://JUS.COM.BR/ARTIGOS/23925](http://JUS.COM.BR/ARTIGOS/23925)>. ACESSO EM: 26 MAIO 2015.

STRENGER, IRINEU. **RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL**. 2. ED. SÃO PAULO: LTR, 2000.

TARTUCE, FLÁVIO. **DIREITO CIVIL: DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE CIVIL**. 4. ED. SÃO PAULO: MÉTODO, 2009.

TEPEDINO, GUSTAVO; BARBOZA, HELOÍSA HELENA; MORAES, MARIA CELINA BODIN DE. **CÓDIGO CIVIL INTERPRETADO: CONFORME A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**. VOLUME II.. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006.

TEPEDINO, GUSTAVO. NOTAS SOBRE O NEXO DE CAUSALIDADE. **JURÍDICA**, RIO DE JANEIRO, N. 296, P. 9, JUN. 2002. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PRTO.MPF.MP.BR/PUB/BIBLIOTECA/NOTASNEXOCAUSALIDADE.PDF](http://www.prto.mpf.mp.br/pub/biblioteca/notasnexocausalidade.pdf)>. ACESSO EM: 08 MAIO 2015.

TOIGO, DAILLE COSTA. OS PRINCÍPIOS DO UNIDROIT APLICÁVEIS AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO. **REVISTA JUS NAVIGANDI**, TERESINA, ANO 15, N. 2678, 31 OUT. 2010. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://JUS.COM.BR/ARTIGOS/17715](http://jus.com.br/artigos/17715)>. ACESSO EM: 14 SET. 2015.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. **DIREITO CIVIL: TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES E TEORIA GERAL DOS CONTRATOS**. 3. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2003.

VIANNA, JOSÉ RICARDO ALVAREZ. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE**. 2. 227D. CURITIBA: JURUÁ, 2011.

VIEGAS, CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO; SILVA, CARLOS BRANDÃO ILDEFONSO; RABELO, CÉSAR LEANDRO DE ALMEIDA. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS CIVIS E DO TRABALHO. **REVISTA SÍNTESE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**, V. 12, N. 85, SET./OUT. 2013.