



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Responsabilidade Civil - Teoria da perda de uma chance.

Fabiana Lima Costa

Rio de Janeiro
2010

FABIANA LIMA COSTA

RESPONSABILIDADE CIVIL – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.

Artigo Científico apresentado à
Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro, como exigência para
obtenção do título de Pós-Graduação.
Orientadores: Prof. Nelson Tavares
Prof. Kátia Araújo

Rio de Janeiro
2010

RESPONSABILIDADE CIVIL – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.

Fabiana Lima Costa

Graduada pela Universidade
Candido Mendes - Centro. Pós-
graduanda pela Escola de
Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro

Resumo: O tema a ser abordado nesse trabalho é uma nova forma de interpretação da responsabilidade civil, qual seja, a teoria da perda de uma chance nascida na França. O surgimento da referida teoria se deu por conta da evolução da responsabilidade civil devido as inúmeras situações na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ofensivo de uma pessoa, alguém se vê privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo. Assim, a essência desse trabalho consiste em analisar os principais aspectos e aplicabilidade dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro diante da inexistência de previsão legislativa.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil, chance, dever de reparação, probabilidade.

Sumário: Introdução. 1. A responsabilidade civil. 2. A origem histórica da Teoria da perda de uma chance 3. A Responsabilidade Civil por perda de uma chance advocatícia. 4. A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance médica 5. A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance no âmbito do direito de família. 6. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a análise da responsabilidade civil na forma da teoria pela perda de uma chance nascida na França, difundindo-se pela Itália, até chegar ao ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria pela perda de uma chance cria uma nova modalidade de dano, dando ensejo à indenização decorrente da subtração da oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. Através dela é permitida uma indenização por um dano independente da certeza, apesar de ser necessária uma chance séria e real.

É um instituto que deve ser analisado com bastante cautela por não ter previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, por isso, controvertida a sua aplicação e muitas vezes confundida com outros institutos análogos, como por exemplo, os lucros cessantes.

Todavia, essa teoria não pode ser tratada como lucros cessantes, pois essa perda não é certa e incontroversa e sim uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não estivesse sido subtraída essa oportunidade. Assim, o que se indeniza, não é a vantagem esperada, mas a frustração da oportunidade de obter a vantagem, no futuro, ou mesmo de evitar um prejuízo.

Diante dessa dificuldade de aplicação da teoria da perda de uma chance no caso concreto, o trabalho ora proposto apresentará razões e decisões de admissibilidade da referida teoria, pois ela visa a proteção de forma mais ampla e integral dos bens jurídicos dos cidadãos.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL

Para melhor compreensão da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é preciso, primeiramente, analisar os conceitos e elementos da responsabilidade civil e sua evolução histórica, tendo em vista que a responsabilidade civil influencia e foi influenciada pelas relações sociais.

Nos primórdios da civilização, ocasião que existiam grupos e clãs, quando ocorria lesão a indivíduo, o meio de punição ao agressor utilizado era a vingança coletiva Diniz (1999, p.9). a

resposta pelos prejuízos sofridos era marcada pela crueldade e desproporcionalidade, vez que, não raras vezes, a conduta do ofendido ultrapassava a pessoa do agressor, alcançando seus descendentes.

Posteriormente, o meio utilizado passou a ser a vingança privada, em que a própria vítima reagia contra o agressor. Esse meio era chamado de Pena do Talião Diniz (1999, p. 16) conhecida como “*olho por olho, dente por dente*. A justiça continuava sendo feita pelas próprias mãos, porém ganhou contornos de proporcionalidade.

Era a Lei das XII Tábuas que fixava critérios para a represália do ofendido, possibilitando, inclusive, um acordo entre vítima e ofensor. Segundo Dias (2006, p. 26), “o legislador se apropria da iniciativa particular, intervindo para declarar quando e em que condições tem a vítima o direito e retaliação”. Isso era feito com o intuito de evitar o cometimento de abusos e atrocidades.

Só depois que surgiu a “*Lex Aquilia de damno*” que tinha como objetivo assegurar o castigo a pessoa que causasse dano a outrem. Foi nesta época que a idéia de reparação de dano patrimonial tomou força Pedrotti (1990, p. 10).

Venosa (2003, p. 18) explica que a *Lex Aquiliana* originou-se de um plebiscito, no qual ficou ressalvada a possibilidade de indenização em dinheiro ao titular de bens quando estes fossem deteriorados ou destruídos por outras pessoas, punindo uma conduta que ocasionasse referidos danos.

As regras fixadas pela *Lex Aquilia* perpetuaram, fazendo com que o Estado, posteriormente, trouxesse para si a responsabilidade de “punir” o culpado pelos danos causados, mediante reparação pecuniária, em se tratando de conflitos públicos ou privados, impondo à vítima a renúncia da vingança Venosa (2003, p. 10)

Nesse período, surgiram os três elementos embasadores da responsabilidade civil: dano, ato contrário ao direito e à culpa. A partir daí surgiu a responsabilidade civil aquiliana, também chamada de subjetiva, na qual a culpa é fundamento principal para justificar a indenização pelos danos suportados por agressões injustamente sofridas, isentando o dever de reparar na sua ausência.

Todavia, com o desenvolvimento industrial e também pelo crescimento da população surgiram novas situações, nas quais não havia como provar a culpa, deixando a vítima sem nenhuma reparação.

Por conta disso, surgiram outras teorias. A primeira foi a da presunção da culpa, no sentido de que se presume que o comportamento do ofensor é culposos e inverte-se o ônus da prova. Todos esses casos eram determinados pela lei e pela jurisprudência Stoco (1997, p. 77).

Em seguida, surgiu a teoria objetiva, destacando para a existência do nexo de causalidade entre dano e conduta do agente, tornando a comprovação de culpa do ofensor menos relevante. A partir dessa idéia, passou-se a admitir a responsabilidade civil quando o ofensor cria um risco e dano a vítima, mesmo que a sua ação não seja evitada de culpa. Essa teoria passou a ser chamada de Teoria do Risco Rodrigues (1997, p. 12).

Sendo assim, pontua-se que após estes anos de desenvolvimento da sociedade e dos ordenamentos jurídicos, percebe-se que se tem duas formas de reparação no direito brasileiro, a subjetiva e a objetiva, as quais existem no dias atuais, cada qual sendo utilizada dependendo do caso concreto.

2. ORIGEM HISTÓRICA DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Essa teoria surgiu em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, em um recurso acerca da responsabilidade de um médico que diagnosticou erroneamente um paciente, retirando-o suas chances de cura da doença real que lhe acometia Gondim (2005, p. 21/22).

Diante desse paradigma, surgiram diversas decisões nesse sentido, como a proferida em 1969, onde se analisou o caso de um paciente que veio a ser operado de apendicite e veio a falecer. Restou comprovado, nesse caso, que o médico agendou imediatamente a cirurgia sem qualquer exame pré-operatório, o que por si só, teria constatado a reação do paciente, evitando assim o seu falecimento Gondim (2005, p. 22).

Outro julgamento marcante foi em 1979, em que uma senhora faleceu ao fim de uma intervenção cirúrgica, em virtude de convulsões ocasionadas pelo uso de anestesia local a base de xilocaína. A indenização foi devida pelo fato do cirurgião ter pleno conhecimento que a anestesia poderia causar convulsões, tendo, portanto, o dever de convocar um anestesista para acompanhá-lo na cirurgia. Logo, indenização não foi devida pela morte do paciente e sim pela de uma chance de sobrevivência Gondim (2005, p. 22).

Assim, a Corte de Cassação Francesa adotou essa teoria baseada na conduta culposa do agente e o dano causado à vítima, independente da configuração do nexo causal. Dessa forma, conclui-se que essa teoria originou-se, inicialmente, no campo médico, baseado na dificuldade de configuração do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

Com base nessas premissas, os Tribunais Pátrios brasileiros ainda apreciam de forma tímida essa teoria, existindo muitas divergências quanto a sua aceitação no nosso ordenamento jurídico por não existir previsão específica para esse tipo de responsabilidade civil e em razão da aleatoriedade que lhe é inerente.

2.1 CONCEITO

De acordo com Santos (1999, p. 108), a perda de uma chance é a não ocorrência de uma oportunidade em que seria obtido um benefício, caso não houvesse a interrupção abrupta em decorrência de um ato ilícito. Assim, a perda de uma chance é um dano atual, ressarcível quando há uma probabilidade suficiente de benefícios econômicos frustrados por terceiros. A reparação não é do dano em si, e sim da perda de oportunidade que se dissipou, de obter no futuro a vantagem ou de evitar o prejuízo que veio acontecer.

Para a constituição desse tipo de responsabilidade, deverão estar presente os elementos básicos da responsabilidade civil como conduta do agente, um resultado que se perdeu e o nexo causal entre a conduta e as chances perdidas. Todavia, o dano e o nexo causal serão analisados de forma distinta, devendo existir uma probabilidade concomitante a uma certeza, ou seja, que a chance seria realizada e a vantagem perdida ocasionando um prejuízo.

2.1 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Somente as chances reais e sérias que são aptas a ensejar a indenização pela perda. Sendo assim, é necessário que haja uma profunda análise no caso concreto para que se avalie se a chance perdida é real ou é mera esperança subjetiva.

Existem situações em que a vítima já está utilizando as suas chances, mas as perdem devido a fato praticado por terceiro. Nessas hipóteses, a indenização é menos questionada, mas não se resume em uma regra, devendo sempre existir a análise do caso concreto. Um exemplo foi o caso em que a Corte Francesa não concedeu a reparação a um cliente de uma corretora de valores pela perda de uma chance por sua carteira de ações por não ter auferido melhor rendimento, por mais que tenha sido comprovada a gestão fraudulenta da administradora.

Sustentou que o dano era meramente hipotético, uma vez que o mercado de ações é bastante impresível.

Todavia, existem hipóteses em que a vítima não estava em plena utilização das chances, sendo, portanto, necessário uma averiguação mais completa no tocante a probabilidade da chance. É importante observar a proximidade do lapso temporal do momento que ocorreu o dano que extinguiu as chances e o momento em que essas chances seriam utilizadas, na obtenção da vantagem esperada. Um caso de aplicação desse critério pela Corte Francesa foi quando não concedeu direito a indenização a um menino de nove anos que sofreu um acidente e requereu a indenização pela perda de uma chance de auferir profissão bem remunerada.

Uma das possibilidades da perda de uma chance é a por falta de informação. Nesse caso, o risco de dano poderia ter sido eliminado caso a informação fosse prestada corretamente. Dessa forma, o responsável terá que indenizar integralmente o dano causado, desde que seja um dano evitável.

Não se pode confundir a perda de uma chance com a simples criação de um risco. Essa última ocorre quando o dano ainda não foi produzido, sendo, portanto, um dano hipotético. Inclusive a Corte de Cassação Francesa negou a indenização pela perda de uma chance a um segurado que intentou ação contra seu corretor por tê-lo feito assinar a apólice contendo diversas cláusulas limitativas da responsabilidade da seguradora. A Corte entendeu ser um dano de caráter hipotético, tendo em vista não ter ocorrido nenhum sinistro e por isso as cláusulas limitadoras não geraram nenhum tipo de efeito ou dano ao segurado.

Há uma decisão recente no nosso Tribunal de Justiça, na apelação 2009.001.11377, reconhecendo a perda de uma chance por falta de informação. Foi o caso de uma compra e venda de um veículo realizado por uma concessionária e seu cliente, tendo a concessionária ofertado o veículo com isenção de ICMS, baseada na Lei Estadual de Incentivo Fiscal (Lei 4.819/2006), sem

constar com a informação clara e exata o tempo de duração do incentivo. O cliente aceitou a oferta, mas a concessionária revogou o benefício pela montadora, sem qualquer aviso prévio. Com isso, o negócio jurídico não foi concretizado diante da violação da boa-fé e do dever de informação. Foi caracterizado o dano e o direito a indenização, pois o aceitante teve suas expectativas frustradas causadas pela perda de uma chance.

Outro aspecto importante e de difícil aferição é o valor da condenação da indenização pela perda da chance.

O valor o do *quantum debeatur* deverá ser aferido através do cômputo do grau de probabilidade de concretização do resultado esperado que se traduzirá numa porcentagem sobre o valor do dano. Em regra, esse quantum não poderá ser igual ao valor que receberia caso tivesse a chance, pois não se trata de uma indenização de lucro cessante, ou seja, do que deixou de ganhar e sim indenização pela perda da chance. Excepcionalmente, poderemos vislumbrar casos em que a chance é tão certa, que o valor da indenização será igual do resultado que teria se obtido com o uso da chance.

Santos (1999, p.115), considerando a perda da chance em seu aspecto meramente moral, sustenta que o valor a ser aferido deve levar em consideração: i) a situação da vítima; ii) a chance em si, a ser valorada em função do interesse prejudicado, do grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provoque sua frustração; iii) o montante indenizatório que adviria da realização da chance.

Como exemplo da fixação do *quantum debeatur*, temos a hipótese que um proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar um prêmio de R\$ 20.000,00 pelo primeiro lugar, não recebeu o referido prêmio por conta da falha do seu advogado que ao inscrever o animal equivocou-se. Se as bolsas de apostas demonstrassem que o aludido cavalo possuía vinte por

cento de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pela chance perdida seria de R\$ 4.000,00.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE

A natureza jurídica da indenização proveniente da responsabilidade civil pela perda de uma chance é bastante controvertida, tendo posições no sentido de espécie de lucro cessante, de dano emergente, de dano moral e dano autônomo.

Segundo a leitura da obra de Aguiar Dias (1995, p. 721), verifica-se que o autor entende que a indenização pela perda de uma chance é considerada como lucro cessante. Sustenta ser incabível a indenização no caso de advogado que não preparou recurso, sob o argumento de que a prova do prejuízo seria muito difícil de ser provada pelo cliente prejudicado.

Carvalho Santos (1956, p. 321/322) também entende que se trata de lucro cessante, apesar de sequer vislumbrar a existência de um dano consistente na perda da oportunidade de ver o recurso julgado. Argumenta que a perda de uma chance somente seria caracterizada no caso que fosse provado que o recurso seria provido.

Não obstante a posição desses autores, Savi (1999, p. 67) entende que essa não é a natureza jurídica mais adequada. Se a perda de uma chance for enquadrada como lucro cessante ou dano emergente, o autor da ação terá que comprovar de forma inequívoca, que não fosse a existência do ato danoso, o resultado teria de consumado com a obtenção da chance pretendida, o que é impossível. Isso porque a vitória não pode ser provada e a indenização não pode se pautar nesse resultado.

Por conta disso, Savi (1999, p. 67-68) sustenta que a indenização pela perda da chance é considerada um dano autônomo, pois o dano final é indemonstrável, mesmo sob o aspecto dos pressupostos da natureza constitutiva.

Apesar de todas essas posições, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, demonstrou na apelação número 2009.001.58210, que a indenização devida no caso de perda de uma chance possui natureza jurídica de dano moral, sendo devida quando o fato gerar intenso sofrimento a vítima por não ter tido direito a chance. Assim, não é necessário provar o dano efetivo, bastando utilizar alguns critérios como a razoabilidade, o grau de culpa e potencial econômico das partes envolvidas.

Na apelação supra mencionada, o caso foi de erro médico em que foi perfurado o útero e intestino durante um procedimento de curetagem uterina em uma mulher que havia peculiaridades físicas e um histórico gestacional. Por conta disso, necessitava de maiores cuidados. Ocorre que, após o procedimento, a vítima começou a sentir forte dor abdominal incomum, dor epigástrica e sangramento transvaginal no pós-operatório. Com todos esses sintomas, só após 48 horas foi diagnosticada a perfuração, e, além disso, não havia cirurgião médico a disposição para realizar a intervenção cirúrgica imediatamente. O médico que havia realizado o procedimento de curetagem uterina, apenas compareceu ao hospital dois dias após a cirurgia de laparotomia exploratória, realizada por um colega. Diante desses fatos, o Tribunal entendeu que o *quantum* do dano moral deveria observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e considerar que esse médico já tinha respondido por outra falha na prestação do seu serviço.

Pettefi (2001, p. 125) alerta que diversos julgados brasileiros estão confundindo as hipóteses de perda de uma chance como dano de valor de mercado, ou seja, dano de natureza

patrimonial. Um exemplo que esse autor nos traz é o caso que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão que julgava o dano sofrido pelo autor, um ex-empregado da empresa ré, pelas informações desabonatórias e inverídicas que esta fornecia para outros possíveis empregadores. O Tribunal entendeu que não havia nexo de causalidade seguro entre a conduta do réu (informações inverídicas) e perda da vantagem esperada (emprego).

3. PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL ADVOCATÍCIA

Primeiramente, é preciso esclarecer que a responsabilidade civil dos profissionais liberais, especificamente dos advogados é subjetiva, conforme se depreende da leitura dos art. 32 da Lei 8.906/92 (Estatuto da OAB). Inclusive o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), no seu art. 14, § 4º estabelece que a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva, sendo uma exceção, pois, via de regra, esse Estatuto estabelece a responsabilidade como objetiva.

A obrigação do advogado decorre do contrato de mandato, tendo a obrigação de ser diligente na prestação de seu serviço. Não tem, entretanto, obrigação de sair vitorioso no processo, tendo em vista ter uma responsabilidade de meio. Mas isso não significa que o advogado não responderá pelos erros de fatos e de direito cometidos no desenvolvimento no desempenho do mandato.

Vale ressaltar, que existirão hipóteses que a obrigação será de resultado quando o trabalho a ser elaborado pelo advogado for consultivo, como por exemplo, a elaboração de parecer.

A doutrina diverge quanto à possibilidade de se indenizar a perda de uma chance quando se trata de prestação de serviços advocatícios. Tinoco (2004, p. 490) sustenta que não é cabível

essa responsabilização, porque não se pode substituir o juiz natural da causa para conseguir saber o íntimo da sua convicção e fazer um juízo de valor sobre a possibilidade de qual seria a decisão, caso a ação fosse julgada e chegasse ao seu termo.

Diniz (2004, p. 287) Gonçalves (2003, 274) e Dias (1999, p. 5) são favoráveis à indenização pelo advogado no caso da perda de uma chance, desde que comprovada a culpa por se tratar de uma responsabilidade subjetiva.

Dias (1999, 52) entende que ocorre a perda de uma chance nas seguintes hipóteses: falta de propositura da ação judicial, pedido não formulado, não interposição de recurso, omissão na produção de prova necessária, extravio de autos, não interposição de recurso de natureza extraordinária, ausência de contra-razões ao recurso, ausência de sustentação oral do recurso, e ação rescisória não proposta.

Adverte que no caso da não propositura da ação judicial somente haverá perda da chance quando a omissão resultar na prescrição do direito do autor.

Stocco (2004, p. 490), entende que o advogado não será responsabilizado quando provar que o cliente não teria chances de êxito, mesmo interpondo a demanda ou recurso e nos casos de culpa exclusiva do cliente, como a falta de apresentação de documentos indispensáveis, falta de adiantamento do preparo do recurso, depoimento pessoal contraditório à linha de defesa do advogado.

Todavia, Lobo (2002, p. 216) e Siebeneichler (1993, p. 27) entendem que haverá responsabilização mesmo nos casos em que o advogado entenda que o cliente possua poucas chances. Sustentam que uma decisão judicial sempre há possibilidade de reforma.

Entretanto, em razão do art. 557 do Código de Processo Civil, o advogado precisa ter muita cautela na interposição dos recursos, pois na nova redação, há previsão de cominação de multa para caso de recursos inadmissíveis e infundados contra algumas decisões do relator, bem

como a redação do art. 17, VII do mesmo diploma legal que prevê o recurso manifestamente proletário configura má-fé. Dessa forma, caberá ao advogado analisar a conveniência e admissibilidade, devendo recorrer apenas em situações de indiscutível necessidade.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem acolhendo a tese da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no que se refere à perda de prazo por parte do advogado. Na apelação 2008.001.05957, os desembargadores entenderam que a responsabilidade do profissional liberal é subjetiva, nos termos do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Apesar de ter uma obrigação meio e não de resultado, o advogado deve se valer de todos os meios possíveis para a defesa do interesse do seu cliente, devido a confiança estabelecida entre eles. Assim, a perda do prazo inviabilizando a defesa eficaz do interesse que lhe foi confiado é grave violação do dever profissional, acarretando a perda de uma chance e gerando o dever de indenizar. Entende, também, que o valor a ser indenizado deve ser arbitrado de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça também entende pela aplicação dessa teoria, como, por exemplo, no recurso especial 1079185/MG. Os Ministros argumentam que a responsabilidade do advogado é contratual, e que embora não responda pelo resultado, deve aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do seu mandato. Assim, ao perder o prazo para a interposição de recurso, frustra as chances de êxito do seu cliente. Todavia, a chance perdida deve ser séria e real, não podendo se tratar de uma simples esperança subjetiva.

4. PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Como já mencionado anteriormente, a responsabilidade civil pela perda de uma chance foi criada como verificação de condutas médicas.

A responsabilidade do médico, assim como a do advogado, em regra, é contratual e de meio, o que significa que não tem o dever de curar o paciente, mas sim de prestar seus serviços de modo consciente e atento.

O médico, cuja responsabilidade encontra-se no art. 951 do Código Civil, tem o dever de aconselhar o seu paciente devidamente, recomendando-lhe certas precauções, cuidar do doente com zelo e diligência, bem como atuar dentro dos limites do contrato, buscando a autorização do enfermo para a realização de novos procedimentos.

A responsabilidade pela perda de uma chance aos médicos se dá quando o paciente perde a chance de cura ou sobrevivência, devido à omissão do médico relativo a seus deveres.

O erro de diagnóstico é uma hipótese possível que possa gerar a indenização. O diagnóstico é o momento no qual se informa o paciente qual a doença ou mal que lhe afeta. O diagnóstico é o momento mais importante da intervenção médica, tendo em vista que um erro nessa fase compromete a possibilidade de cura, bem como pode ocasionar danos irreversíveis para aquela situação. Mas também devemos levar em conta se o erro de diagnóstico foi grosseiro ou não.

Essa responsabilidade é alvo de muita crítica, porque a avaliação do nexo causal é de extrema complexidade, em razão dos riscos que envolvem a atividade e que abrangem, não somente, a técnica e conhecimento científico do médico, mas também decorrentes das características pessoais do doente e outros fatores imprevisíveis.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na apelação 0005674-09.2008.8.19.0087, entendeu pela responsabilização pela perda de uma chance no caso de erro médico em que houve retardamento do parto ocasionando a morte do nascituro. Os desembargadores entenderam que

houve falha médica, incidindo a regra do § 4º, art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, impondo a solidariedade da clínica na culpa do seu preposto.

Porém, na apelação 0104850-93.2006.8.19.0001, os desembargadores entenderem pela não aplicação da teoria da perda de uma chance. Trata-se de hipótese de demora na remoção da paciente a outro hospital e vindo, esta, falecer. Fundamentaram que não se aplica essa teoria, tendo em vista que ao analisar as condições da vítima, foi constatado que o quadro da paciente era por demais grave, inclusive, tendo declaração do médico assistente que mesmo que não houvesse demora na remoção, não haveria qualquer diferença, pois não se conseguiria manter a vítima viva.

A quantificação desses danos é bastante complexa devendo ser analisado o estado anterior do paciente, o dano decorrente do ato omissivo que ocasionou a perda da oportunidade e estabelecer a proporcionalidade entre a atuação do médico e o dano em si. Dessa forma, a indenização deverá ser concedida na forma de danos morais, a serem arbitrados pelo Magistrado.

A atuação do médico também pode ocasionar a redução laborativa do paciente, ou seja, redução do potencial físico, psíquico ou intelectual. Diante dessa situação, pode advir a diminuição da capacidade de ganhos e diminuição da possibilidade de realizar atividade não lucrativa, que realizava no seu cotidiano, ficando impedido de realizar alguns dos prazeres iguais na sua vida anterior ao acidente.

O art. 950 do Código Civil explicita que deve ser pago uma pensão nos casos em que a lesão corporal atingir o ofendido de modo que não possa trabalhar, ou exercer seu ofício, ou profissão, ou lhe diminuir o valor de trabalho. Nesse caso, o próprio dispositivo legal diz que a indenização deverá levar em conta os rendimentos auferidos pela vítima, no exercício da sua

profissão, ou ofício. Assim, quando a incapacidade laborativa é total, não há qualquer dificuldade em estabelecer o valor a ser indenizado. Quando a incapacidade é temporária, o prejuízo será avaliado pelo número da perda dos salários dentro do tempo limitado.

O que causa maior dificuldade é analisar a perda de uma chance no caso em que a incapacidade laborativa gera a perda da situação anterior no cargo que ocupava ou quando gera o risco de limitar a evolução na carreira, ou seja, promoção. Para isso é necessário avaliar em qual situação a vítima se encontrava comparando com as perspectivas restantes da carreira para arbitrar a porcentagem das chances perdidas.

Todavia, a questão mais tormentosa é o caso da incapacidade laborativa de menor que não possui remuneração, não havendo lucros cessantes. Vale ressaltar que não se confunde lucros cessantes com responsabilização pela perda de uma chance. Os lucros cessantes são valores que efetivamente deixou de ganhar, os quais podem ser apurados de uma forma ou de outra. A responsabilidade pela perda de uma chance não deixa ser uma perda do ganho, mas não é determinado, porque depende de uma série de acontecimentos que produziram.

Não há dúvidas que esse dano ocasionado ao menor deva ser indenizado, porque não se trata de dano futuro e sequer mera expectativa de direito e sim de dano atual e certo. Inclusive, Geneviève Viney sustenta que mesmo que a vítima, independente da idade, não tenha emprego no momento que sofreu a lesão incapacitante, o fato que a sua capacidade de trabalho tenha sido afetada é suficiente para justificar uma indenização, salvo se a pessoa já se encontrava aposentada, e estivesse recebendo seus benefícios previdenciários regularmente.

Quando a indenização ocasiona perturbação da vida em relação de prejuízo fisiológico ou funcional, normalmente, se converte em dano moral. Assim, deverão ser analisadas se as condições anteriores da vítima não levaram a um agravamento da situação e se eventuais intervenções cirúrgicas posteriores não poderiam melhorar o estado da vítima. Contudo, a vítima

pode se recusar a se submeter a essas cirurgias, prevalecendo a indenização somente nos casos em que essas intervenções cirúrgicas sejam excessivamente perigosas. Caso contrário, não terá direito a indenização, independentemente do princípio da inviolabilidade do corpo humano.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Essa teoria também encontra espaço no direito de família, tendo em vista que algumas ações podem acarretar em subtração de alguma oportunidade futura concreta de obter resultados econômicos favoráveis.

Mas se deve ter precaução na aplicação dessa teoria em sede de questões familiares, pois não podemos caracterizar a perda de uma chance em rupturas de vínculos afetivos, decorrentes de manifestações de vontade volitivas das partes. A simples violação do afeto não pode ser causa para a indenização pela perda de uma oportunidade. Somente quando a conduta for ilícita que acarretará a indenização de danos materiais e morais.

Portanto, a regra da responsabilidade civil, incluindo a teoria da perda de uma chance, no âmbito do direito de família, depende de ato ilícito comprovado. O fato de cometer um adultério não pode acarretar em direito à indenização, bem como nos casos em que há recusa ao ato sexual entre cônjuges e companheiras, ou prática, entre eles, de atos sexuais pouco convencionais, ou pelo abandono do lar. Também não gera indenização por perda de uma chance a ruptura de um vínculo de noivado ou mesmo de união matrimonial ou convivencial.

Para que seja configurada a perda de uma chance nessa seara, é preciso que estejam presentes todos os elementos da responsabilidade civil, ou seja, conduta, culpa, nexo de causalidade e dano, bem como que a chance seja real e séria, não podendo ser mera esperança.

Para aferir se a chance é real e séria é preciso analisar caso a caso e aplicar o princípio da razoabilidade.

O valor da indenização deve ser fixado pelo Magistrado com base no grau de probabilidade de obtenção de resultado esperado, se valendo do princípio da razoabilidade entre a seriedade e realidade das chances frustradas Silva (2001, p. 453).

A doutrina exemplifica a perda de uma chance no caso em que deixa de obter alimentos futuros, quando o devedor da prestação é vítima de ato ilícito que impossibilita o cumprimento da obrigação.

Outro exemplo fornecido pela doutrina é o caso em a genitora não informa ao pai sobre a gravidez e o posterior nascimento, frustrando a possibilidade de convivência entre filho e pai e de todos os direitos decorrentes da filiação biológica.

6. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A maioria dos nossos doutrinadores vem aceitando essa teoria, apesar de não ser pacífica essa posição.

Existem alguns motivos que são capazes de explicar a aceitação dessa teoria pela doutrina brasileira.

Tanto na França como na Itália, a responsabilidade civil se funda em uma cláusula geral. O Código Civil Brasileiro foi elaborado sob forte influência do Código Civil Francês, razão pela qual, também possui uma cláusula geral de responsabilidade civil, mais especificamente prevista nos artigos. 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Antes da entrada do Código Civil de 2002, alguns doutrinadores não aceitavam essa teoria com base nos artigos. 1.537 e 1.538 do Código Civil de 1916. Esses dois dispositivos

faziam uma enumeração dos bens protegidos pelo ordenamento brasileiro, limitando a atuação dos juízes no tocante a indenização referente a perda de uma chance.

Todavia, com o novo Código Civil, o art. 927, *caput* e seu parágrafo único, ao tratar da responsabilidade civil não enumeram mais as hipóteses e, melhor, deixam expressos que aquele rol não exclui outras reparações. Dessa forma, há total possibilidade da existência da indenização pela perda de uma chance.

Além disso, Sérgio Savi (2006, p. 86) sustenta que o nosso ordenamento consagrou o Princípio da reparação integral dos danos mesmo que implicitamente no artigo 402 do Código Civil de 2002, bem como na Constituição Federal de 1988 nos artigos. 1º, III, e 3º, I que tratam do princípio da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Argumenta que a redação do artigo 402 do CC/02 traz a expressão “efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar” e são essas expressões que caracterizam a adesão ao princípio da reparação integral do dano.

Além disso, houve uma evolução na responsabilidade civil. Até o advento da Revolução Industrial, era adotada a teoria subjetiva da responsabilidade civil. Isso significa que o autor do dano somente responderia civilmente pelos danos causados se estivesse com culpa ou dolo.

Com o desenvolvimento industrial, verificou-se o incremento dos riscos criados a sociedade e percebeu-se que a não responsabilização dos responsáveis pela criação desses riscos, tornar-se-ia muito injusto. Diante desse cenário, Pereira, (2002, p. 16) defendeu a necessidade de substituir a noção de culpa pela causalidade, de sorte a possibilitar a reparação dos danos.

A partir de meados do século XX, a vítima passou a desempenhar a função de protagonista da relação jurídica instaurada como evento danoso, conseguindo obter indenização pelos danos sofridos, unicamente em virtude de conseguir comprovar o nexos causal entre o dano

sofrido e a conduta do agente. Assim, a teoria objetiva passou a fundamentar no risco a responsabilização dos causadores de danos, sem a necessidade de aferir o elemento psicológico destes Moraes (1999, p. 131).

Isso significa que a responsabilidade civil deixou de ser pautada no ato ilícito e começou a ser pautada no dano injusto. Nesse caso, seria indenizável, o dano relevante segundo uma ponderação dos interesses e, jogo à luz dos princípios constitucionais.

Com essa sistemática da responsabilidade civil focada no dano injusto, é possível a responsabilização pela perda de uma chance, tendo em vista que, na maioria das vezes, o fato ensejador da indenização será proveniente de um dano injusto e não de um ato ilícito.

Como dito anteriormente, a maioria dos nossos doutrinadores aceitam a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Um desses autores é Alvim (1965, p. 190) que entende que no caso de um advogado perder o prazo para interposição de um recurso, há perda da chance de ver a matéria reexaminada pelo Tribunal, cabendo, portanto, indenização.

Outro exemplo que esse mesmo autor traz, é a ocasião em que determinada pessoa iria participar de um concurso apresentando um raro e magnífico animal. Todavia, o tratador atuando com negligência permite a ocorrência de um acidente que gera a morte do animal. Assim, caberia indenização pela perda da chance de participação no concurso, mas não o valor do prêmio, pois não há certeza que o animal sairia como o vencedor.

Pereira (2002, p. 47) e Lopes (2000, p. 391) são favoráveis à teoria da perda de uma chance, afirmando que a indenização será devida quando houver uma probabilidade suficiente, ou seja, que a chance seja real e séria.

O nosso Tribunal de Justiça vem adotando em várias decisões a responsabilidade civil pela perda de uma chance, conforme podemos perceber nos acórdãos trazidos ao longo desse estudo.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, vêm acolhendo essa teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, apesar de ter analisado poucos julgados no tocante a essa matéria. No AgRg no Ag 12222132/RS, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela indenização pela perda de uma chance sob o argumento que a chance da vítima destinar parcela de seus ganhos ao seu filho menor era séria, plausível, verossímil e razoável.

Um outro caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça muito famoso é o do Show do Milhão, que se encontra no recurso especial 788.459/BA. O caso era de um jogo televisivo chamado Show do Milhão onde foi feita uma pergunta que valia um milhão de reais, mas todas as respostas fornecidas eram falsas. Os Ministros entenderam que nesse caso houve a perda da oportunidade, acarretando indenização ao participante.

Todavia, no RESP 1104665/RS, o Superior Tribunal de Justiça não reconheceu a responsabilidade pela perda de uma chance em um caso que houve a morte de um paciente decorrente de complicação cirúrgica. Foi verificada a falta denexo causal e culpa, afastando o reconhecimento da responsabilidade, e, por conseguinte, a indenização. Os Ministros sustentaram que a chamada teoria da perda da chance, de inspiração francesa, aplica-se quando o dano é real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade.

CONCLUSÃO

A inexistência de lei regulamentando a teoria da perda de uma chance não impede a sua aplicação, tendo em vista que o Código Civil brasileiro adotou o sistema de cláusula geral, sem classificar exaustivamente o que pode ser considerado dano. Com isso há maior maleabilidade e adaptações para as lesões e também aos interesses sociais.

Essa teoria sustenta existir a possibilidade de reparação a partir da probabilidade de obter uma vantagem esperada após o decurso natural de eventos, mas cujo benefício não veio devido à conduta de outrem. Além disso, esse benefício também pode ocorrer quando da probabilidade em evitar um prejuízo ou para evitar um malefício.

A chance será analisada pela probabilidade, ou seja, não pode ser uma mera esperança, sem nenhum tipo de comprovação. Isso é diferente das outras teorias da responsabilidade civil, onde o dano é certo e é um requisito para a reparação.

A análise da conduta ou do nexos causal será feita através da probabilidade em alcançar o objetivo que se busca. Ela será feita de forma prévia à conduta, isso significa que a chance já era provável antes da interrupção da cadeia natural dos fatos.

Quanto ao modo de determinar o conteúdo efetivo da possibilidade, pode-se utilizar o recurso da estatística, a probabilidade e razoabilidade. Dessa forma, deve-se valorar as possibilidades que o sujeito possuía de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento jurídico. Essa valoração caberá ao Magistrado julgador da causa em questão.

Diante dos julgados apresentados no corpo do presente artigo, é possível constatar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, bem como Superior Tribunal de Justiça adotam essa teoria da perda de uma chance. Todavia, observa-se que em alguns casos, essa teoria foi adotada de forma inadequada, pois em muitos julgados, os pedidos são feitos inadequadamente, pois os sujeitos buscam a indenização pela chance perdida e não pela oportunidade de obter a vantagem ou evitar o prejuízo e os Magistrados acabam julgando no sentido da indenização pela perda da chance perdida.

É por conta dessa escassez de doutrina e de julgados que devemos analisar com bastante cautela os requisitos e objetivo dessa teoria. A aplicação deve ser feita de forma restrita, sendo analisada caso a caso, tendo em vista que a chance deve ser séria e real.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3 ed. Atualizada, Rio de Janeiro – São Paulo – Editora Jurídica e Universitária, 1965.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Responsabilidade Civil do advogado*. RT, São Paulo, n. 697, 1993.
- ARAÚJO, Vaneska Donato. A perda de uma chance. In: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 439-469.
- BORTOLUZZI, Bibiana Carollo. *A perda da chance e a responsabilização do advogado*, 2006. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8250>>. Acesso em dia 20.05.2010.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4 ed., Rio de Janeiro: Malheiros Meditadores, 2003.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DIAS, Sergio Novais. *Da Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma chance*. São Paulo: LTR, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma chance*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, vol. 840.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade civil do advogado*. Revista de Direito Privado, São Paulo, n. 10, 2002.
- LOPES, Rosamaria Novaes Freire. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-perda-de-uma-chance>. Acesso em 01 jun 2010.
- PEDROTTI, Irineu Antonio. *Responsabilidade Civil*. Vol.1. São Paulo: Universitária de Direito, 1990.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NORONHA, Fernando. *Responsabilidade por perda de chances*. Revista de Direito Privado. São Paulo, ano 6, n.23, p. 28-46, jul/set 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral indenizável*. 2 ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI.

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

SERAFIM, José Barbosa. *Responsabilidade Civil do advogado pela perda de uma chance*, 2008. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade do Sul – Santa Catarina. Disponível em http://portal2.unisul.br/content/navitacontent/userFiles/File/cursos/cursos_graduacao/Direito_Tu_barao/monografias/Jos_Barbosa_Serafim.pdf. Acesso em 14.06.2010.

SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance no Direito Francês*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2001.

SILVA, Roberto de Abreu e. *A Teoria da Perda de uma Chance em sede de responsabilidade civil*. Revista de Direito. Rio de Janeiro, vol. 68/ano 2006, p. 13-32.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.