

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Luísa Machado

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO
BRASILEIRO**

Santa Cruz do Sul
2020

Luísa Machado

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Veridiana Maria Rehbein

Santa Cruz do Sul
2020

“Cada tic tac é um segundo da vida que passa, foge, e não se repete. E há nele tanta intensidade, tanto interesse, que o problema é só sabê-lo viver. Que cada um o resolva como puder”.

Frida Kahlo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e amigos por estarem sempre ao meu lado e por incessantemente me apoiar em todos os momentos. Obrigada aos meus colegas por terem tornado a graduação ainda mais prazerosa.

Em especial, agradeço à minha mãe, Adriana, e meus tios, Véco e Caca, por terem acreditado no meu sonho de cursar Direito, e principalmente por terem me inspirado a ser quem eu sou. Vocês são a razão pela qual eu não tenho medo de lutar pelos meus desejos.

Agradeço também ao meu namorado, Bruno, por permanecer na minha vida e me apoiar em todas as minhas escolhas. Obrigada por sonhar comigo, e, sobretudo, pelo amor simples e leve que construímos, respeitando nosso passado e nosso futuro. Obrigada por ser parte do meu destino.

Agradeço à minha orientadora, Profa. Dra. Veridiana Maria Rehbein, por seus brilhantes ensinamentos, por ter tornado essa etapa muito mais simples e leve, por ter me feito perceber que escolhi o caminho certo, e, principalmente, por todos os auxílios para que essa monografia pudesse ser concluída com tanto carinho e dedicação.

Dessa forma, agradeço àqueles que me apoiaram sem medir esforços e interminavelmente acreditaram no meu potencial. Àqueles que não encontraram óbices para estarem ao meu lado no interregno dessa jornada. E, por fim, àqueles que, mesmo minimamente, contribuíram para que eu pudesse finalizar mais uma etapa de vida.

Vocês foram imprescindíveis durante esses cinco anos. Assim, meu agradecimento é irremediável.

RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como tema a aplicabilidade da perda de uma chance no direito brasileiro, haja vista sua possível caracterização jurídica de dano autônomo e a ausência de legislação específica que regule sua matéria. Nesse contexto, a problemática a ser enfrentada consiste na análise e interpretação das decisões proferidas pelos tribunais do país que envolvem a teoria em questão, assente no conceito de que aquele que sofre um ato lesivo ante a conduta de outrem, tem o direito de ser indenizado, ainda que haja lacuna na lei e que o infortúnio causado não tenha sido cometido de forma direta, mas sim através da retirada da possibilidade de se auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo. Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, visto que inicialmente serão verificados os elementos gerais da responsabilidade civil no direito pátrio, que devem coligar aos elementos da chance perdida, de maneira que os aspectos específicos serão voltados à apreciação da teoria já mencionada. Por fim, pode-se afirmar que, analisada sob as égides do direito obrigacional, a perda de uma chance ainda é um tema de parca apreciação pelos tribunais brasileiros, de modo que se queda imperativo verificar os elementos que compõem a responsabilização cível do agente e a seriedade da chance perdida, no escopo de que a indenização devida à vítima seja equânime à possibilidade de êxito no infortúnio causado, devendo o juiz, para tanto, analisar cada caso *in concreto*, ante a ausência de unissonância jurisprudencial e doutrinária quanto aos preceitos necessários para a aplicabilidade da teoria no país.

Palavras-chave: Brasil. Dano autônomo. Indenização. Perda de uma chance. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The present monographic paper presents as its theme the applicability of the loss of a chance in the Brazilian Law, considering its possible juridical characterization of autonomous damage and the absence of a specific legislation that regulates this matter. In this context the issue to be addressed consists in the analysis and interpretation of the decisions made by the courts of the country that involves the theory in question, based on the concept that the one that suffers a hurtful act due to the conduct of others has the right to be indemnified even if there is a gap in the law and that the caused misfortune hasn't been committed directly, but by removing the possibility to earn an advantage or to avoid loss. Therefore, the deductive approach method will be utilized, considering that the general elements of civil liability will be verified and must add up to the elements of the missed chance so that the specific aspects will be turned to the appreciation of the theory already mentioned. Lastly it can be said that analyzed under the aegis of mandatory law the loss of a chance is still a theme of little appreciation by the courts of the country, considering that it is imperative to verify the elements that compose the civil accountability of the agent and the seriousness of the missed chance, with the purpose that the due compensation of the victim be unbiased to the chance of success of the caused misfortune, in a way that the judge must analyze each case in concrete before the absence of jurisprudential and doctrinal unison towards the necessary precepts for the applicability of the theory in the country.

Keywords: Autonomous damage. Brazil. Civil Liability. Idemnity. Loss of a chance.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	10
2.1	Conceito e evolução histórica	10
2.2	As espécies de responsabilidade civil.....	12
2.3	Pressupostos para aplicação.....	15
2.4	As excludentes.....	22
3	A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	31
3.1	Conceito e noções gerais.....	32
3.2	Natureza jurídica	34
3.3	A chance séria e real	37
3.4	A quantificação do dano	40
4	A COMPREENSÃO JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÂNEA ACERCA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	45
4.1	Análise das decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros	45
4.2	O reconhecimento da teoria.....	51
5	CONCLUSÃO	56
	REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Com o objetivo de dirimir conflitos entre os indivíduos de uma sociedade, a responsabilidade civil surge no âmbito do direito obrigacional, assente no conceito de que aquele que sofre um ato lesivo causado por outrem, tem o direito de ser indenizado. Nesse ínterim, com a evolução das relações sociais, surge a ampliação dos danos ressarcíveis, entre eles, a perda de uma chance.

Nesse diapasão, a aludida teoria pode ser influenciada através da chance perdida de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo. Nada obstante, o direito não dispõe de normas específicas que regulem sua matéria, de modo que os casos devem ser analisados individualmente, ante as peculiaridades e a complexidade de quantificação do dano ressarcível.

Assim, para caracterizar a necessidade de reparação cível no âmbito da teoria da perda de uma chance, imperioso proceder à verificação dos elementos necessários para aplicação do instituto jurídico da responsabilidade civil, entre eles, o nexo de causalidade entre o dano (*in casu*, a perda da possibilidade de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo) e o seu causador.

Coadunando-se ao exposto acima, a aplicação da teoria mencionada deve estar baseada em uma chance séria e real, porquanto pode ser inferida em danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, através de um valor equânime à possibilidade de êxito na chance perdida, ainda que de complexa quantificação.

Isto posto, o método de abordagem utilizado na presente monografia será o dedutivo, visto que inicialmente serão verificados os elementos gerais da responsabilidade civil no direito brasileiro, de maneira que os aspectos específicos serão voltados à análise da teoria da perda de uma chance.

Em relação ao método de procedimento, este será monográfico, como forma de propiciar o estudo de jurisprudência e análises doutrinárias, no interesse de obter generalizações acerca da aplicabilidade da responsabilidade civil na teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, e, por fim, compreender efetivamente os casos em que a aludida teoria será enquadrada.

As técnicas de pesquisa utilizadas se darão nas formas bibliográficas e jurisprudenciais, a partir de sites institucionais, bibliotecas virtuais e decisões de tribunais brasileiros em diversas instâncias, com critérios de busca relacionados à

teoria da perda de uma chance. Outrossim, a presente monografia terá como fulcro a Lei nº 10.406/02 (Código Civil Brasileiro), substancialmente em artigos que versem sobre a responsabilidade civil, no interesse de identificá-los na teoria já mencionada.

Nesse ínterim, uma vez que o tema não encontra respaldo na legislação pátria, é imperioso provir inicialmente ao estudo do instituto da responsabilidade civil, para que assim sejam verificadas as dissensões que abrangem a chance perdida. Deveras, é esse o mote assentado pela presente monografia, que, inicialmente procederá à análise dos elementos da responsabilidade civil, de sorte que, posteriormente, verifique-se o condão da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, segundo as interpretações jurisprudenciais do país.

Para tanto, proceder-se-á, no primeiro capítulo, ao estudo da responsabilidade civil no direito brasileiro, com a alusão aos seus conceitos, noções gerais e elementos que a caracterizam, visto que a aplicabilidade da perda de uma chance está condicionada aos seus subsídios. Diante disso, tem-se como necessária a relação entre a chance perdida e a responsabilização cível, no que concerne, especialmente, aos seus pressupostos para aplicação e excludentes de ilicitude, de modo que, em não sendo configurado algum dos elementos da responsabilidade civil, não subsistirá a necessidade de reparação pela teoria da perda de uma chance.

Por conseguinte, o segundo capítulo disporá acerca dos conceitos e noções gerais da teoria da chance perdida, bem como o seu surgimento e as primeiras alusões do tema no direito brasileiro. Ademais, além dos elementos da responsabilidade civil tratados no capítulo um, a teoria encontra-se igualmente abrangida por pressupostos próprios, entre eles, a seriedade da chance perdida, de modo que se faz, portanto, imperiosa a sua análise.

Em conclusão, a presente monografia, em seu terceiro capítulo, aludirá acerca das decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, procedendo, por fim, à análise da consolidação da teoria, uma vez que a chance perdida ainda não dispõe de legislação específica que regule sua matéria e, da mesma forma, está abrangida por diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que divergem sobre o tema.

Destarte, tem-se, portanto, que a chance perdida é aplicada nas questões em que a vítima de um evento aleatório, em razão da conduta de outrem, tem retirada a sua possibilidade de auferir um benefício ou evitar um prejuízo, sem a efetiva

confirmação de que a sua expectativa seria alcançada, uma vez que quando se tem nexos de causalidade direto, não há incidência da teoria, mas sim das regras gerais de responsabilidade civil.

Isto posto, avulta asseverar que a mera ausência de lei específica *in concreto* não é capaz de permitir que o Poder Judiciário se abstenha da sua obrigação de julgar conflitos. Deveras, ao verificar o nexo de causalidade entre o dano e a conduta ilícita de outrem, bem como a seriedade da chance perdida, faz-se impositiva a aplicação da teoria da perda de uma chance, mormente tutela jurisdicional do Estado, ao garantir a oportuna proteção àquele que sofreu um dano passível de reparação.

Por fim, insta salientar que o tema em questão abrange situações de relevante interesse para aqueles que sofrem um dano e desejam reparação na esfera cível, bem como para gerar a convicção na sociedade de que não estão limitados apenas à indenização de danos morais e materiais, mas também com a possibilidade de reparação através de um novo dano autônomo contemporâneo: a perda de uma chance.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro paulatinamente carece de inovações legislativas, ante a diversificação das relações sociais e o consequente surgimento de novos infortúnios que porventura possam ser perpetrados. Nesse ínterim, verifica-se que, ocasionalmente, os danos causados a outrem não são cometidos de forma direta, e sim através da retirada da possibilidade de se auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo. Assim, surge a teoria da perda de uma chance como um novo dano autônomo passível de reparação civil.

À vista disso, verifica-se que a aludida teoria é perfectibilizada através dos elementos que compõem a responsabilidade civil, dessa maneira, no interesse de obter melhor compreensão sobre o aludido dano autônomo, faz-se impositivo o estudo doutrinário da responsabilidade civil no direito brasileiro. Nada obstante, avulta asseverar a existência de diversas linhas de raciocínio sobre o tema proposto, assim, imperiosa a análise de limitadas correntes doutrinárias.

2.1 Conceito e evolução histórica

Inicialmente, imperioso que se assevere o posicionamento da responsabilidade civil na teoria geral do direito. Nesse desiderato, Gonçalves (2012, p. 32) colaciona o seguinte entendimento:

A responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito. Ato jurídico é espécie de fato jurídico.

Fato jurídico, em sentido amplo, é todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito. Os que não têm repercussão no mundo jurídico são apenas “fatos”, dos quais não se ocupa o direito, por não serem “fatos jurídicos”.

No que concerne à evolução histórica da responsabilidade civil no direito brasileiro, importa mencionar especialmente o Direito Romano, haja vista, inicialmente, sua lacuna quanto ao fator da culpabilidade de um ato, isto é, a força humana prevalecia sobre as normas jurídicas, sendo suficiente o mero cometimento de um ato lesivo, gerador de um dano, para suscitar a reparação do mal pelo próprio mal, sem verificar os precedentes de tal infortúnio. Assim, a solução de conflitos

restava dirimida pela vingança privada, com a ausência de tutela jurisdicional. Outrossim, deve-se ressaltar igualmente os direitos franceses e portugueses, que estabeleceram princípios gerais da responsabilidade civil (GONÇALVES, 2012, p. 32).

Posteriormente, o direito brasileiro, já com normas sistematizadas, estabelecia a necessidade de condenação criminal para proceder à indenização na esfera cível, (GONÇALVES, 2012, p. 34). A partir disso, tendo em vista o aumento das relações sociais, com o conseqüente surgimento de novos danos, a legislação careceu de inovações jurídicas, mormente às noções de responsabilidade objetiva e subjetiva, ideias estas que serão tratadas no interregno da presente monografia.

Já no que tange ao conceito da responsabilidade civil, contempla-se sua origem na violação de deveres jurídicos legais ou contratuais. Assim, aquele que comete um ato ilícito em prejuízo de outrem, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, tem a obrigação de repará-lo (TARTUCE, 2018, p. 201).

Nesse ínterim, Gonçalves (2012, p. 21, grifo do autor), elucida que os fatos sociais que acarretam em prejuízo podem ser identificados na responsabilidade civil, com isso, necessária a restauração do equilíbrio moral e/ou material, violado pelo infrator de um dano:

Pode-se afirmar, portanto, que a *responsabilidade* exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às conseqüências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *status quo ante*.

Assim, verifica-se que a responsabilidade civil possui como principal função a reparatória, ou seja, os danos causados devem ser sempre ressarcíveis, de maneira que a preocupação em relação à vítima deve ser superior a com o ofensor. Por derradeiro, Tartuce (2018, p. 540) leciona, ainda, acerca das demais funções da responsabilidade civil, entre elas, a preventiva, assente em normas inexoráveis que regem a punição àqueles que praticam condutas ofensivas, de sorte que sejam suficientes para inibir novas atividades atentatórias a outrem. Por fim, menciona também as funções pedagógicas e sancionatórias, isto é, a indenização em razão da

perpetração de ato ilícito, que, além de proteger o ofendido, também funciona como sanção àquele que infringe normas do direito.

Destarte, o conceito de responsabilidade civil é abrangido por copiosas égides doutrinárias, conquanto são uníssonas em assentar a ideia de que tal instituto jurídico surge através do direito obrigacional, isto é, ao causar um prejuízo a outrem, através de uma conduta ilícita, surgirá o dever de repará-lo, seja para o retorno ao *status quo ante*, ou, em não sendo possível, pela definição do *quantum* indenizatório em relação ao infortúnio causado, verificado, ainda, em danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Portanto, depreende-se que, em decorrência das mais diversas formas de relações sociais, os danos ressarcíveis são modificados conforme a contemporaneidade e complexidade dos atos que compõem uma sociedade. Deveras, no interesse de dirimir conflitos e harmonizar o convívio do corpo social, tem-se provimento jurisdicional no âmbito da responsabilidade civil, que determina a reparação de danos àquele que sofreu um ato lesivo em razão da conduta de outrem, desde que apurados os elementos necessários para sua caracterização.

2.2 As espécies de responsabilidade civil

A responsabilidade jurídica compreende variadas espécies, como a civil e penal; objetiva e subjetiva; e contratual e extracontratual. Dessa maneira, imperiosa a análise de suas classificações, no interesse de obter o devido conhecimento sobre o tema, com *a posteriori* compreensão da adequada reparação do dano ressarcível.

Inicialmente, avulta salientar o conceito de responsabilidade geral, aduzida por Gonçalves (2012, p. 32, grifo do autor), que dispõe que as condutas humanas são divididas em atos lícitos e ilícitos, sendo este último, a fonte elementar de obrigação da responsabilidade:

Os *factos humanos* dividem-se em lícitos e ilícitos. *Lícitos* são os actos humanos a que a lei defere os efeitos almejados pelo agente. Praticados em conformidade com o ordenamento jurídico, produzem efeitos jurídicos voluntários, queridos pelo agente. Os *ilícitos*, por serem praticados em desacordo com o prescrito no ordenamento jurídico, embora repercutam na esfera do direito, produzem efeitos jurídicos involuntários, mas impostos por esse ordenamento. Em vez de direitos, criam deveres [...].
A palavra “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem

sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.

Isto posto, em relação à distinção das espécies de responsabilidade civil e penal, importa mencionar, especialmente, que a infringência de uma norma de direito público gera a responsabilização criminal, tendo em vista que a sociedade é lesada de maneira integralizada. Por outro lado, a infringência de norma civil lesa tão somente o direito privado, isto é, sua responsabilização se dá em razão da perpetração de um infortúnio individualizado (GONÇALVES, 2012, p. 34).

Ademais, em meio a suas principais diferenças, infere-se a necessidade de tipificação da conduta humana. Para advir a responsabilização criminal, necessário que o ato esteja tipificado em lei, ou seja, o fato concreto deve adequar-se ao tipo penal, caso contrário, não ensejará quaisquer sanções. Sob outra ótica, para a caracterização da responsabilidade civil, basta a mera ocorrência de um dano, violador do direito de outrem, ainda que não tipificado em lei (GONÇALVES, 2012, p. 34).

Assim, a responsabilidade civil pressupõe determinados elementos que a caracterizam, e, em estes sendo verificados, aquele que cometeu um ato lesivo deverá reparar o dano causado individualmente, isto é, retornar o infortúnio ao *status quo ante*, ou, em não sendo possível, pela definição do *quantum* indenizatório. Já a responsabilidade penal pode ser entendida como uma punição tão somente ao transgressor da lei, isto é, a submissão a uma pena individual.

Portanto, é possível inferir de um único ato a necessidade de reparação no âmbito criminal e cível, isto é, uma conduta ilícita, geradora de um dano, é capaz de obrigar o transgressor a reparar o infortúnio causado em ambas as esferas. Em outras palavras, aquele que infringiu normas estabelecidas no ordenamento jurídico, poderá sujeitar-se a uma sanção estatal e ao ressarcimento do prejuízo causado à vítima, ambas com o desígnio da restauração da ordem social. Gonçalves (2012, p. 41) exemplifica o mote:

Quando ocorre uma colisão de veículos, por exemplo, o fato pode acarretar a responsabilidade civil do culpado, que será obrigado a pagar as despesas com o conserto do outro veículo e todos os danos causados. Mas poderá acarretar, também, a sua responsabilidade penal, se causou ferimentos em alguém e se se configurou o crime do art. 129, § 6º, ou o do art. 121, § 3º, do Código Penal. Isto significa que uma ação, ou uma omissão, pode

acarretar a responsabilidade civil do agente, ou apenas a responsabilidade penal, ou ambas as responsabilidades.

Outrossim, convém salientar que, assim como no exemplo supramencionado, o infortúnio causado a outrem poderá igualmente ensejar a responsabilidade administrativa do agente. Nesse diapasão, verifica-se que, a partir das normas instituídas pelo país, as esferas penais, cíveis e administrativas se consistem em searas independentes entre si e, conseqüentemente, o causador de um dano poderá responder por seus atos, concomitantemente ou isoladamente, em todos os bojos aludidos, a partir da verificação de cada caso concreto.

À vista disso, finda-se que todos têm o dever de responder pelos efeitos de suas condutas, sejam penais, cíveis ou administrativas, ante o conceito da *neminem laedere*, que denota a ilicitude de causar um dano a outrem, à medida que faz surgir uma nova obrigação, qual seja, reparar o prejuízo causado.

Já no que concerne à caracterização da responsabilidade objetiva e subjetiva, implica-se, em suma, a verificação do elemento culpa *in lato sensu*, isto é, na responsabilidade subjetiva, a ocorrência da culpabilidade é requisito. Em contrapartida, a responsabilidade objetiva é formada independentemente da culpa do agente. Nesse ínterim, salienta-se que tal mote será especialmente versado na seção subsequente da presente monografia.

A espécie de responsabilidade subjetiva possui fulcro no artigo 927 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.com.br>) que dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Já a responsabilidade objetiva está prevista no parágrafo único do mesmo diploma legal, que dispõe que determinados danos específicos deverão ser reparados independentemente da prova de culpa.

Além disso, o artigo 186 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.com.br>) disserta acerca dos pressupostos para a caracterização da responsabilidade subjetiva: a conduta culposa, seja ela através de ação, omissão, imprudência, negligência ou imperícia; o prejuízo; e o nexo de causalidade entre o dano e o seu causador. Assim, aquele que causa dano a outrem, com nexo de causalidade e culpa *in lato sensu*, deverá indenizar (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 19).

Por derradeiro, avulta mencionar que a imprudência é consubstanciada na ação somada à falta de cuidado e, em acepção adversa, a negligência é

caracterizada pela falta de cuidado somada à omissão, e, por fim, a imperícia é configurada na “falta de qualificação ou treinamento para desempenhar uma determinada função, própria dos profissionais liberais” (TARTUCE, 2018, p. 486).

Por fim, imperiosa a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Nesse contexto, verifica-se que um prejuízo causado a outrem poderá ter início em duas origens distintas: na obrigação imposta em um negócio jurídico preexistente e estabelecido entre as partes, ou a partir do descumprimento das leis vigentes no país.

Assente nesse conceito, aquele que causa dano a outrem em razão de um contrato, estará sujeito à responsabilidade contratual, isto é, em razão do descumprimento de um dever jurídico preestabelecido entre as partes. Por outro lado, quando a obrigação de indenizar não deriva de um contrato, mas sim de um dever legal, ou seja, da própria lei, verifica-se a responsabilidade extracontratual, também conhecida como aquiliana (GONÇALVES, 2012, p. 40).

Nesse íterim, Cavalieri Filho (2012, p. 17), aduz que em ambas as responsabilidades, contratuais ou extracontratuais, existe um dever jurídico preexistente que restou transgredido. Ocorre que a diferença entre elas está na sede do dever violado:

Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.

À vista disso, é possível asseverar que a responsabilidade civil não deve ser analisada tão somente no escopo da culpabilidade, visto que é composta por diversas espécies que podem ser vertidas em relação à sua origem ou à culpa *lato sensu*, ou seja, independentemente da forma que o dano restou configurado, necessário proceder à sua reparação, quer em razão da responsabilidade civil ou penal; extracontratual ou contratual; e objetiva ou subjetiva.

2.3 Pressupostos para aplicação

A teoria da perda de uma chance, além das suas peculiaridades, deve ser igualmente analisada através dos pressupostos para aplicação da responsabilidade civil, pois, conquanto se trate de um novo dano autônomo sem legislação específica, os tribunais brasileiros têm regulado sua matéria em coadunação aos elementos aquém. Portanto, para que haja a aplicabilidade da chance perdida, imperioso o estudo trazido neste capítulo.

Com efeito, conquanto existam diversas correntes doutrinárias acerca dos pressupostos para aplicação da responsabilidade no âmbito cível, o artigo 186 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.com.br>) é adstrito ao dispor que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Portanto, verifica-se que o mero cometimento de um dano não é capaz de, por si só, suscitar a necessidade de reparação.

Nesse ínterim, há que se trazer à baila os demais elementos que caracterizam a aplicação da responsabilidade civil, conforme aludido pelo diploma legal supra, sendo eles: a culpa, o dano, a ação ou omissão, e, por fim, o nexo de causalidade. Assim, manifesta-se imprescindível analisar os aludidos pressupostos para a aplicabilidade da responsabilização cível, uma vez que, através deles, poder-se-á concluir pela necessidade (ou não) de reparação do infortúnio causado.

Inicialmente, convém salientar que os elementos acima mencionados pertencem à responsabilidade subjetiva, uma vez que, para que haja a necessidade de reparação civil, o dano, a conduta, a culpa e o nexo de causalidade são necessários para configurar a conduta do perpetrador de um dano (GONÇALVES, 2012, p. 47).

Por outro lado, em determinadas situações, a responsabilização civil poderá ocorrer independentemente de culpa, isto é, quando abrangida pela teoria objetiva. Nesse caso, a conduta do agente, assim como a teoria subjetiva, deverá estar abrangida pelo dano e nexo de causalidade. Nada obstante, a diferença entre elas é consubstanciada na culpabilidade do agente, que, na teoria objetiva, pode ou não existir, todavia, sua verificação será irrelevante para a responsabilização. Inclusive, a “responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa, [...] basta,

assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano” (GONÇALVES, 2012, p. 47).

Dessa forma, deve-se salientar que “quando se fala em responsabilidade com ou sem culpa, leva-se em conta a culpa em sentido amplo ou a culpa genérica (*culpa lato sensu*), que engloba o dolo e a culpa estrita (*stricto sensu*)” (TARTUCE, 2018, p. 485), isto é, quando a lei menciona o termo “culpa”, ela estará se referindo ao dolo e a culpa *stricto sensu*.

Isto posto, embora alguns doutrinadores conceituem a conduta conjuntamente à culpa, para melhor entendimento do tema, necessário proceder à distinção destes dois institutos. Dessa forma, o primeiro condicionante da reparação do dano, na teoria subjetiva, é a culpa *in lato sensu* ou *stricto sensu*. Nesse sentido, a culpa em sentido amplo, igualmente conhecida como culpa genérica ou *lato sensu*, possui aplicação nas questões que envolvem o dolo e a culpa *stricto sensu*.

Assim, como dito alhures, a culpa, através da teoria subjetiva, é indispensável para que haja a responsabilidade civil do agente e, por outro lado, em se verificando os casos em que a responsabilização ocorrerá sem a averiguação da culpa, estar-se-á diante da teoria objetiva. Nessa linha, “a contemporânea interpretação de responsabilidade civil admite e até mesmo prioriza em determinados aspectos a ideia da responsabilização sem culpa, devido à expansão significativa em que prevê a indenização do dano” (AMARAL, 2015, p. 49).

Por derradeiro, para sedimentar a distinção entre culpa e dolo, Cavalieri Filho (2012, p. 81-82) bem dispõe que “[...] enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito”.

Nesse sentido, tem-se o dolo, que englobado pela culpa *in lato sensu*, é a intenção e vontade do agente em praticar a conduta danosa com o desígnio de prejudicar a outrem, seja através de uma ação ou omissão. Destarte, o dolo consiste na “violação intencional de um dever jurídico” (TARTUCE, 2018, p. 485).

Por outro lado, a culpa *stricto sensu* é observada pelo desrespeito a um dever, sem a intenção de efetivamente violá-lo, isto é, a transgressão a um modelo ideal de conduta, seja ela prevista na lei ou em negócios jurídicos. Nesse ínterim, a culpa

pode ser dividida em classificações quanto ao seu grau, sendo eles, grave, médio ou leve.

A culpa grave é consubstanciada na ausência de vontade do agente em obter o resultado danoso, todavia, sua falta foi extremamente vasta, de modo que ela deve ser equiparada ao dolo (TARTUCE, 2018, p. 489). Já a culpa leve ou média consiste na falta que poderia ter sido evitada com a devida atenção e, para a reparação do dano, deve-se considerar que “a forma pela qual o homem médio ordinariamente agiria é o que deve orientar o aplicador da norma jurídica” (LISBOA, 2012, p. 259).

Ao final, tem-se a culpa levíssima, isto é, quando o fato somente poderia ter sido evitado extraordinariamente ou mediante habilidades especiais. Nesse ponto, a reparação do dano também ocorrerá pela sua extensão, uma vez que no direito pátrio, “em regra, responde-se inclusive pela culpa levíssima, porque se tem em vista a extensão do dano (art. 944 do CC)” (TARTUCE, 2018, p. 489).

Nesse sentido, o conceito abordado por Cavalieri Filho (2012, p. 64):

Examinada pelo ângulo da gravidade, a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá. Haverá culpa leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um *bonus pater familias*. Já, a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.

Destarte, convém salientar o artigo 944, *caput*, do Código Civil Brasileiro, que dispõe que: “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.com.br>), isto é, o ressarcimento ocorrerá independentemente de o dano ter sido perpetrado com dolo ou culpa *stricto sensu*, assim, o grau ou intensidade da culpa, em regra, não altera o valor da indenização.

Portanto, o perpetrador do ilícito que agiu dolosamente deverá ressarcir a totalidade dos danos causados à vítima, isto porque, em regra, o dolo não reputa a culpa concorrente do lesado ou de terceiros (TARTUCE, 2018, p. 486). Da mesma forma, ainda que o dano tenha sido ocasionado através da culpa levíssima, o seu causador deverá indenizá-lo integralmente.

Nesse diapasão, avulta asseverar que a redução do valor da indenização pelo infortúnio causado em relação à forma de culpa deverá ocorrer tão somente em casos excepcionais, uma vez que no sistema jurídico brasileiro vigora o princípio da reparação equivalente à extensão do dano, reputando-se como exceção a verificação do grau de culpabilidade do agente. Inclusive, é este o conceito previsto no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, que dispõe que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.com.br>).

Tal conceito não deve, todavia, ser confundido com a abordagem trazida pelo artigo 945 do mesmo diploma legal, que dispõe que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.com.br>). Nesse ponto, tem-se, portanto, a culpa concorrente da vítima, isto é, quando ela contribuiu para a ocorrência do dano e, conseqüentemente, o juiz poderá reduzir o *quantum* indenizatório devido.

Inclusive, o enunciado 630 da VIII Jornada de Direito Civil aduz que (BRASIL, 2018, <https://www.cjf.jus.br/cjf>):

Art. 945: Culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945 do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios: (i) há diminuição do quantum da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o percentual causal do agir de cada um.

Diante disso, salienta-se, por fim, que a redução do *quantum* indenizatório tratada no art. 945 do Código Civil não encontra relação com os graus de culpabilidade anteriormente dispostos, mas sim com o nexos causal do dano, seu autor e do lesado concorrente, isto é, deve-se verificar “a contribuição dos envolvidos, do agente causador do dano e da vítima, para a atribuição do valor reparatório” (TARTUCE, 2019, p. 397).

O segundo pressuposto para suscitar o dever de indenizar é a perpetração de um infortúnio, seja a sua verificação através da teoria objetiva ou subjetiva. Nesse sentido, entende-se por dano quaisquer desvantagens que atenuem bens jurídicos

de outrem, abrangendo “[...] não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção” (GONÇALVES, 2012, p. 334).

Nesse ínterim, cumpre salientar que os danos poderão ser materiais, isto é, o prejuízo causado diretamente ao patrimônio de outrem, divididos, ainda, em emergentes e lucros cessantes (TARTUCE, 2018, p. 500):

Danos emergentes ou danos positivos – o que efetivamente se perdeu. Como exemplo típico, pode ser citado o estrago do automóvel, no caso de um acidente de trânsito. Como outro exemplo, a regra do art. 948, I, do CC, para os casos de homicídio, devendo os familiares da vítima ser reembolsados pelo pagamento das despesas com o tratamento do morto, seu funeral e o luto da família.

Lucros cessantes ou danos negativos – o que razoavelmente se deixou de lucrar. No caso de acidente de trânsito, poderá pleitear lucros cessantes o taxista, que deixou de receber valores com tal evento, fazendo-se o cálculo dos lucros cessantes de acordo com a tabela fornecida pelo sindicato da classe e o tempo de impossibilidade de trabalho.

Outrossim, poderão ser morais, ao não repercutir na esfera financeira da vítima, mas no bojo dos seus direitos de personalidade. Nesses casos, a indenização devida ao lesado será adstrita aos males suportados, ou seja, não deverá possuir o escopo de crescimento patrimonial, tão somente atenuar as consequências do prejuízo de honra sofrido (TARTUCE, 2018, p. 503). Deste modo, “[...] material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio” (GONÇALVES, 2012, p. 336).

Como é cediço, verifica-se igualmente indispensável uma conduta, tanto na teoria objetiva quanto na subjetiva. Com efeito, entende-se por conduta qualquer ação ou omissão do agente, seja ela por negligência, imprudência, imperícia ou dolosa. Nesse sentido, tem-se que o comportamento sempre será voluntário, isto é, há uma vontade do agente. Nada obstante, tal conceito não pode ser confundido com o dolo, que é a vontade direcionada a um resultado intencional. Assim, pode-se citar, *exempli gratia*, que acelerar um automóvel sempre será um ato voluntário, uma vez que, se o motorista atropelar alguém, mesmo sem o desígnio, configura-se a imprudência; se, por outro lado, acelerar o carro (conduta voluntária) com a intenção de atropelar a outrem, haverá dolo.

Dessa forma, convém salientar que a conduta poderá ser positiva, em que se estará praticando uma ação danosa a outrem, como exemplo, causar acidente no

trânsito por dirigir em alta velocidade. Por outro lado, ao deixar de amparar as eventuais vítimas do acidente, o comportamento será negativo, isto é, a omissão, uma vez que o dever de agir que não foi adotado.

Nada obstante, avulta asseverar que a conduta comissiva, qual seja, o comportamento positivo, encontra maior respaldo nas dissensões cotidianas, uma vez que as pessoas possuem o dever intrínseco de não praticar comportamentos contrários ao ordenamento jurídico, como “[...] a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 25).

Em acepção adversa, a necessidade de reparação civil pela omissão somente se procederá quando comprovado que, caso o agente praticasse uma ação, o dano poderia ter sido evitado (TARTUCE, 2018, p. 486). Nesse desiderato, a omissão não encontra expressiva habitualidade de aplicação no direito brasileiro, visto que é caracterizada pela sua abstenção, e somente torna responsável o agente quando ele possuía o dever de agir para impedir o resultado, mas não o fez.

Assim, poderão ser responsabilizados pela omissão unicamente aqueles que detinham o dever jurídico de agir, isto é, quem “[...] estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 25-26).

Para exemplificar, Tartuce (2018, p. 483-484) bem dispõe que:

A jurisprudência nacional tem entendido que o condomínio, em regra, não responde pelo roubo ou furto do veículo no seu interior, uma vez que não há por parte deste, ou de seus prepostos, o dever legal de impedir o ilícito [...]. O condomínio somente responde quando há um comprometimento com a segurança. De fato, a correta conclusão é a de que pela falta de segurança pública quem deve responder, em regra, é o Estado.

Por fim, deve-se mencionar que as condutas poderão encontrar seus motes em relações contratuais ou extracontratuais. Na primeira hipótese, o dano poderá ser causado pelo descumprimento de um negócio jurídico, isto é, o agente detentor do dever de praticar ou abster-se de um comportamento não o faz. Sob outra ótica, o dano poderá ser emanado de uma relação extracontratual, ou seja, pelo descumprimento de uma norma (AMARAL, 2015, p. 48).

Passa-se a analisar ulterior pressuposto para aplicação da responsabilidade civil: o nexo de causalidade, que deverá estar presente na teoria objetiva e na

subjetiva. Como dito anteriormente, a simples perpetração de um prejuízo a outrem, não gera, automaticamente, a necessidade de repará-lo, uma vez que, além dos demais elementos da responsabilidade civil, faz-se imperiosa a relação de causa e efeito entre o dano e o seu causador.

Nesse sentido, o nexo de causalidade é a relação entre o infortúnio e o comportamento do agente, isto é, deve-se analisar se a conduta do ofensor deu causa ao resultado, porquanto ninguém deve ser responsabilizado por um dano que não cometeu. Assim, como dito anteriormente, “[...] não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49).

Por derradeiro, para melhor contextualizar o mote, deve-se assentar o conceito de ato ilícito, que é a conduta de outrem em desconformidade ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, caso o agente pratique uma conduta descrita em todos os pressupostos de aplicação da responsabilidade civil, estar-se-á cometendo um ato ilícito, e, portanto, contrário à lei.

Destarte, em suma, para que haja a obrigação de indenizar em razão do cometimento de um ato ilícito, a conduta de outrem deve ser a causa do dano. Ainda, quando abrangida pela teoria subjetiva, a prova de culpa será indispensável, e, sob outra ótica, quando se verificar a teoria objetiva, a responsabilização ocorrerá independentemente da culpa do agente.

Isto posto, em não sendo observado algum dos pressupostos em epígrafe, quais sejam, o dano, a ação ou omissão, o nexo de causalidade e a culpa (esta última, na teoria subjetiva), não subsiste a responsabilização civil do agente. Por derradeiro, há que se trazer à baila que, além dos elementos em epígrafe, deve-se observar a ocorrência de eventuais excludentes de responsabilidade, assunto que será versado em subseqüência.

2.4 As excludentes

Diante de todo o abordado na seção anterior, imperioso salientar que, na ausência de quaisquer dos pressupostos acima aludidos, afasta-se o dever de

indenizar. Dessa forma, conforme se verificará no estudo aquém, a responsabilidade civil igualmente poderá ser afastada nas hipóteses em que se verificarem as suas excludentes.

Por sua vez, as excludentes de responsabilidade retiram do agente o dever de indenizar, porquanto alguns atos danosos não são considerados ilícitos, uma vez que perpetrados em legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito, estrito cumprimento do dever legal, por exclusão do nexo causal, ou pela cláusula de não indenizar.

Assim, ao retirar a ilicitude de um ato, afasta-se a obrigação de indenizar, conforme aduz Cavalieri Filho (2012, p. 45-46):

A ilicitude, portanto, não está automaticamente atada à consequência indenizatória, podendo aquela (ilicitude) receber outras consequências jurídicas, como a nulidade do ato, a perda de um direito material ou processual, e assim por diante. Pode haver ilicitude sem dano (conduta culposa e até dolosa que não chega a causar prejuízo a outrem) e dano sem ilicitude. [...] A conduta do agente, embora cause dano a outrem, não viola dever jurídico, isto é, não está sob censura da lei. São causas de exclusão da ilicitude. Tal como no Direito Penal, a atividade do agente, não obstante o dano que venha a causar, é de acordo com a lei - e, portanto, lícita. O ato é lícito porque a lei o aprova.

Com efeito, menciona-se como excludente de responsabilidade civil a legítima defesa, que poderá ser dividida em própria ou de terceiro. Na primeira hipótese, pressupõe-se uma agressão injusta e iminente à vítima ou a seus bens. Já o legítimo amparo de terceiro, o mal injusto ocorre à pessoa ou bens diversos das partes. Nessas situações, o agente possui o desígnio de defender a si mesmo ou a terceiro, pois, caso não repulse o mal sofrido, sofrerá um dano ilegítimo.

Por derradeiro, convém salientar que em ambos os casos a defesa deverá ser proporcional e imediata, pois, de modo diverso, configurar-se-á excesso e reputará em responsabilização, independentemente de dolo ou culpa (LISBOA, 2012, p. 291). Nesse mesmo sentido, Tartuce (2018, p. 561) exemplifica a tese: “se o proprietário de uma fazenda desfere tiros de arma de fogo contra invasores de seu imóvel, não haverá legítima defesa, mas excesso no exercício da defesa [...]”.

Portanto, como é cediço, ninguém poderá fazer justiça com as próprias mãos, todavia, em determinados casos, faz-se necessária a repulsa imediata e atual de um mal sofrido, de modo que não é possível aguardar a devida solução apresentada pelo Estado. Dessa forma, a legítima defesa retira a ilicitude do ato e exclui a

obrigação de indenizar, uma vez que o agente da conduta delituosa não poderá alegar legítima defesa em face da adequada legítima defesa da vítima, isto é, “[...] ninguém pode se defender legitimamente contra aquele que age em legítima defesa” (LISBOA, 2012, p. 291).

Inclusive, tal conceito encontra-se previsto no artigo 188, inciso I do Código Civil Brasileiro como uma excludente de ilicitude, visto que “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa [...]” (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.com.br>).

Já conforme o disposto pelo artigo 188, inciso II, do mesmo diploma legal supra (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.com.br>), o estado de necessidade ocorre quando o agente deteriora ou destrói coisa alheia ou perpetra lesão a outrem, no interesse de remover perigo iminente. Nesse caso, o direito também poderá ser próprio ou de terceiro.

Por derradeiro, é imperioso definir a principal diferença entre a legítima defesa e o estado de necessidade, que é o direito violado. A primeira excludente está relacionada aos direitos de honra e personalidade, e, sob outra ótica, o estado de necessidade se coteja aos direitos patrimoniais do agente (LISBOA, 2012, p. 292). Por outro mote, suas semelhanças podem ser observadas no excesso do ato praticado, pois o estado de necessidade também o indenizará, uma vez que o ato somente será legítimo quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.com.br>).

Nesse diapasão, avulta asseverar que se o dono da coisa lesada não for o responsável pela exposição ao risco iminente, ele deverá ser indenizado pelo prejuízo sofrido, isto é, aquele que age em estado de necessidade e perpetra dano a outrem, deverá reparar o infortúnio se a vítima não tiver dado causa ao incidente. Todavia, se o perigo ocorreu em razão da conduta de terceiro, o autor do dano terá o direito de regresso para reembolsar o montante pago à vítima, conforme bem disposto nos artigos 929 e 930 do Código Civil Brasileiro (LISBOA, 2012, p. 292).

Para ilustrar, Tartuce (2018, p. 563):

Imagine-se um caso em que uma criança grita em meio às chamas de um incêndio que atinge uma residência. Um pedestre vê a cena, arromba a porta da casa e salva a criança da morte iminente, prestes a acontecer. Nesse caso, se o dono da casa não causou o incêndio, deverá ser indenizado pelo pedestre herói (art. 929 do CC). Somente se o incêndio foi causado pelo dono do imóvel é que não haverá dever de indenizar. No

primeiro caso, o herói terá direito de regresso contra o real culpado pelo incêndio (art. 930 do CC).

Por fim, em relação à remoção de perigo iminente, necessário trazer à baila uma crítica ao Código Civil Brasileiro contemporâneo, pois, conforme analisado no exemplo supra, o direito pátrio ainda carece de incentivo a intervenções homéricas, isto porque, ao suscitar a necessidade de reparação mesmo nos casos de estado de necessidade, estar-se-á diante de uma prioridade patrimonial e não de proteção à vida e à pessoa humana (TARTUCE, 2018, p. 563).

A posterior excludente de responsabilidade é conhecida como exercício regular do direito. Nesses casos, conforme depreende-se do seu título, o agente desenvolve um comportamento uníssono ao ordenamento jurídico vigente, seja ele com finalidade econômica, social ou de bons costumes. Salienta-se, ainda, que a atividade deixará de ser considerada regular caso haja excesso na sua prática, configurando assim, o abuso de direito (LISBOA, 2012, p. 292).

Nesse mesmo íterim, Cavalieri Filho (2012, p. 20) cita que “quem exerce seu direito subjetivo nesses limites age licitamente, e o lícito exclui o ilícito. O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro; onde há ilícito não há direito; onde há direito não há ilícito”. Assim, avulta asseverar que agir em conformidade com a lei, através do exercício regular de direito, não gera responsabilidade civil e obrigação de indenizar, conquanto cause prejuízo a outrem.

Como exemplos, pode-se referir a cobrança de uma dívida e a inclusão do devedor no cadastro de inadimplentes. Todavia, embora seja direito regular do credor inscrever seus devedores nos sistemas de inadimplência, faz-se necessária a comunicação entre as partes, pois, caso contrário, restará configurado o abuso de direito e, em consequência, gerar-se-á o dever de reparar (TARTUCE, 2018, p. 563-564).

Já o estrito cumprimento do dever legal se constitui na observância a um dever jurídico preexistente e estabelecido por lei. Como nos casos acima, caso o agente pratique uma conduta em excesso, poderá ser responsabilizado e, em consequência, gerar o dever de indenizar pelo abuso de poder ou de autoridade (LISBOA, 2012, p. 292-293).

Importante mencionar, ainda, o exercício regular das próprias funções, que é constituído em uma incumbência legal que confere ao agente a prática de

determinados atos. Tal situação pode ser observada na profissão de bombeiro, e, em dissensão ao exemplo em epígrafe, caso o profissional precise quebrar uma porta para salvar a outrem de um incêndio, ele estará exercendo o seu regular direito em razão da sua função, não o estado de necessidade, e, dessa forma, não restará configurado o dever de indenizar (TARTUCE, 2018, p. 564).

Nesses casos, em não sendo configurado o abuso de poder e o dever de indenizar, a vítima poderá ressarcir o prejuízo sofrido em face do Estado, com base no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.com.br>), que dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros [...]”. Com efeito, salienta-se que o Estado somente poderá propor ação de regresso contra o agente nos casos de dolo ou culpa.

Na medida em que sobreleva a necessidade da ocorrência de nexo de causalidade entre o dano e seu causador, deve-se mencionar igualmente as situações em que esse pressuposto para aplicação da responsabilidade civil afastará sua obrigação de reparar o infortúnio perpetrado. Nessa linha, o ordenamento jurídico pátrio dispõe acerca de três excludentes do nexo causal: fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro ou caso fortuito e força maior.

Precipuamente, deve-se mencionar que a doutrina contemporânea, em sua maioria, conceitua o caso fortuito conjuntamente à força maior, uma vez que o próprio Código Civil Brasileiro as define indistintamente. Todavia, imprescindível mencionar a sua principal dissensão, qual seja, a previsibilidade do dano. Conquanto em ambos os casos o evento seja inevitável, na força maior ele é previsível, e, sob outra ótica, o caso fortuito é ponderado como absolutamente inesperado.

Nesse diapasão, avulta asseverar que em ambos os institutos o dano ocorre independentemente da vontade do agente, portanto, não se deve considerar o grau de culpabilidade ou o dolo. Assim, ao ocorrer um prejuízo em pretexto de caso fortuito ou força maior, o agente resta impedido de praticar a conduta adequada, isto porque estará diante de um fato não controlável, cujos efeitos não poderão ser impedidos (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 71). Destarte, se há culpa, o dano não poderá encontrar respaldo nas hipóteses de caso fortuito ou força maior.

Com efeito, o nexo de causalidade, como aludido anteriormente, é dar causa ao dano. Nesse sentido, a responsabilidade subjetiva trata do agir e causar o infortúnio através da culpa em sentido amplo. Por outro lado, a responsabilidade objetiva dispensa a prova de que o agir que deu causa ao prejuízo foi culposos. Destarte, queda-se que, independentemente de a responsabilidade se perfazer objetiva ou subjetiva, sempre deverá existir uma relação de causa e efeito entre o dano e o seu causador, isto é, o nexo de causalidade.

Por derradeiro, a teoria acima mencionada é consubstanciada no seu dever de reparar o dano de modo objetivo, porquanto a atividade desenvolvida, em sua própria natureza, implica em riscos para outrem, ou seja, os agentes que desenvolvem atividades empresariais ou profissionais têm o dever de indenizar, independentemente de culpa, pelos eventuais ímpetos expostos a terceiros (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 188).

Nesse sentido, a doutrina contemporânea divide, ainda, o caso fortuito em interno e externo. A primeira hipótese está relacionada à pessoa ou à coisa, em que se mantém a obrigação de indenizar em razão da teoria do risco da atividade, como exemplo, problemas mecânicos, uma vez que “quem assume o risco do uso da máquina, desfrutando os cômodos, deve suportar também os incômodos” (GONÇALVES, 2012, p. 443).

Nesse ínterim, Gonçalves (2012, p. 443):

Quem põe em circulação veículo automotor assume, só por isso, a responsabilidade pelos danos que do uso da coisa resultarem para terceiros. Os acidentes, inclusive os determinados por defeitos da própria máquina, são fatos previsíveis e representam um risco que o condutor de automóveis assume, pela só utilização da coisa, não podendo servir de pretexto para eximir o autor do dano do dever de indenizar.

Já o caso fortuito externo afasta o dever de indenizar, isto porque a sua causa está relacionada à natureza. A título de exemplo, pode-se mencionar um raio que atinge condutor de veículo automotivo e gera grave acidente. Nesse acontecimento, resta configurado o rompimento do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, e, assim, exclui-se a responsabilidade civil.

Todavia, convém salientar que, conquanto o dano ocorra em razão de intempéries da natureza, deve-se considerar igualmente a teoria do risco da atividade, uma vez que, *exempli gratia*, o transportador aéreo deve dispor de

equipamentos que preveem e diminuem as consequências do caso fortuito e força maior, pois, ainda que não se possa impedir o mau tempo, “[...] pode prevê-lo e evitar a viagem, ou atenuar os seus efeitos hospedando e dando tratamento adequado aos seus passageiros” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 72).

Por fim, salienta-se, deste modo, que o caso fortuito se constitui em eventos imprevisíveis e inevitáveis, e, sob outro mote, a força maior é consubstanciada em danos previsíveis, mas igualmente inevitáveis. Assim, os óbices desses institutos devem ser analisados a cada caso *in concreto*, uma vez que imperioso proceder à verificação da forma e o tipo de atividade desenvolvida no momento da ocorrência do dano.

Inclusive, tal noção encontra-se prevista no artigo 393 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.com.br>), e, ainda que sua aplicação seja destinada ao direito obrigacional, “[...] esse dispositivo, por consagrar um princípio geral do direito, é aplicável não só à responsabilidade contratual como também à responsabilidade extracontratual” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 71). Portanto, todas as dissensões que envolvem a responsabilidade civil poderão estar sujeitas aos conceitos de caso fortuito e força maior.

Nesse ínterim, Cavalieri Filho ainda exemplifica o mote (2012, p. 72):

O assalto em um banco, a um carro forte, em um shopping, em um ônibus ou na rua não poderá ter a mesma avaliação de inevitabilidade. Dependerá dos riscos assumidos pelo agente, do dever de segurança que a ordem jurídica lhe impõe, dos instrumentos tecnológicos que tem à sua disposição para prevenir e evitar os riscos [...] Em suma, à medida que se tomam disponíveis novos meios técnicos preventivos, menor se toma o campo de incidência da inevitabilidade. Assim, por exemplo, tratando-se de roubo de cofres mantidos por um banco, é de presumir-se sejam tomadas especiais providências visando à segurança, pois a garanti-la se destinam seus serviços. O mesmo não sucede se o assalto foi praticado em um simples estacionamento (RSTJ 132/313, Min. Eduardo Ribeiro). É preciso, destarte, apreciar caso por caso as condições em que o evento ocorreu, verificando se nessas condições o fato era imprevisível ou inevitável em função do que seria razoável exigir-se.

Emerge do acervo legal, ainda, a excludente do nexo de causalidade em razão de fato ou culpa exclusiva da vítima. Nesses casos, tem-se, aparentemente, o causador de um dano, todavia, ao verificar verdadeiramente o caso *in concreto*, reputa-se a relação de causa e efeito tão somente em razão de uma conduta perpetrada exclusivamente pelo lesado.

Nesse sentido, pode-se mencionar, a título de exemplo que, caso o agente se jogue sob as rodas de um veículo em movimento e em velocidade compatível à rodovia, o condutor não poderá ser responsabilizado pelos danos que eventualmente ocorram. Isto porque inexistente o liame de causalidade entre o ato do motorista e o infortúnio, porquanto foi meramente o instrumento que gerou o atropelamento, sem culpa ou dolo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 69).

No que tange ao fato de terceiro, tem-se como conceito qualquer agente que não a vítima e o responsável, isto é, “[...] alguém que não tem nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 69). Deveras, em alguns infortúnios, o terceiro é quem possui o liame de causalidade, o que afasta, portanto, a responsabilidade de quem, por suposição, é o autor do dano.

Com efeito, *exempli gratia*, tem-se a mulher de um ciclista que buscou indenização em face de uma empresa de ônibus, em razão de um atropelamento que, alegadamente, ocasionou o falecimento de seu marido. Ocorre que, ao verificar o nexos de causalidade entre o dano e o seu causador, reputou-se que o ciclista, precisamente no momento em que o ônibus encontrava-se na rodovia, tombou em um buraco e foi atingido pelo veículo. Destarte, verifica-se que o responsável pelo infortúnio é o terceiro que, imprudentemente, abandonou o orifício na pista (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 70).

Nada obstante, salienta-se, portanto, que o fato exclusivo da vítima exclui o nexos causal no que tange ao suposto causador do dano, gerando, assim, a excludente de responsabilidade. Já a culpa de terceiro afasta o dever de indenizar tão somente quando o liame de causalidade entre o agente e a vítima é rompido, e, por si só, produz o resultado, isto é, caso o agente perpetre uma conduta que concorra para o dano causado pelo terceiro, não haverá exclusão de responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 70).

Para concluir as excludentes de responsabilidade, deve-se mencionar, por fim, a cláusula de não indenizar. Nesse sentido, ela reputa-se constituída na previsão contratual realizada entre as partes, que afasta a responsabilização daquele que porventura causar um dano em desconformidade ao estabelecido no negócio jurídico preexistente.

Nesse diapasão, deve-se mencionar a sua aplicação restrita à responsabilidade civil contratual que envolva pactos de natureza civil e paritário, isto

é, não poderá ser constituída em contratos de adesão, de transporte, guarda, segurança ou de consumo. Ademais, os atos ilícitos extracontratuais que envolvam crime, ordem pública, dolo do agente e limitação de danos morais não dispõem de capacidade para se valer da cláusula de não indenizar (TARTUCE, 2018, p. 565-566).

Para delinear a conjectura, Tartuce (2018, p. 567):

Imagine-se um contrato de prestação de serviços celebrado entre duas grandes empresas que não se configura como de consumo. O negócio foi amplamente debatido e negociado entre as partes, que limitaram as indenizações aos danos emergentes suportados por cada um, excluindo os lucros cessantes e outros eventuais danos indiretos, como perdas de contratos no futuro. Como o âmbito é da responsabilidade contratual, não estando presente um contrato de adesão, não há que se atacar a referida previsão, que está no âmbito de direitos disponíveis dos envolvidos.

Por derradeiro, ante a análise das diversas excludentes de responsabilidade civil, depreende-se que ninguém deverá responder por um dano a que não tenha dado causa. Deveras, ao verificar as peculiaridades de cada caso *in concreto*, imperioso considerar se o dano causado a outrem ocorreu em razão de um comportamento que não poderia ter sido perpetrado através de outro meio. Assim, em sendo configurada qualquer das hipóteses de excludentes supra, afasta-se, comumente, o dever de indenizar.

Isto posto, após a devida análise dos conceitos e noções de responsabilidade civil, imperioso proceder ao estudo da teoria objeto da presente monografia: a perda de uma chance. Nesse diapasão, avulta asseverar que na medida em que sobreleva os elementos impositivos para configurar a responsabilização em âmbito cível, a teoria da chance perdida será igualmente assentada através de elementos próprios, vinculados aos preceitos aludidos até então, conforme se verificará no capítulo aquém.

3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

As espécies de danos ressarcíveis são modificadas conforme as transformações das relações sociais, isto é, com o aumento do risco, é impreterível a ampliação dos infortúnios que porventura possam ser causados. Nesse sentido, convém salientar que os prejuízos indenizáveis podem encontrar seus escopos nos conceitos de danos morais e materiais. Não bastasse, com a evolução doutrinária e jurisprudencial, verifica-se que, contemporaneamente, a responsabilização civil poderá igualmente ser ponderada em danos estéticos, lucros cessantes e danos emergentes.

Nesse ínterim, surge a perda de uma chance no direito brasileiro como um novo dano autônomo contemporâneo, ainda que sem legislação específica que regule sua matéria. Destarte, depreende-se que aquele que comete um ato lesivo em prejuízo de outrem, tem o dever de repará-lo, ainda que haja lacuna na lei e que tenha ocorrido de modo indireto, ao retirar da vítima a possibilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

Diante disso, avulta trazer à baila os conceitos e noções gerais da aplicabilidade da perda de uma chance, assim como a sua adequada natureza jurídica de dano autônomo. Outrossim, imperioso salientar os elementos necessários para a sua configuração, que devem ser reunidos aos preceitos de responsabilidade civil estudados anteriormente.

Assim, no interesse de assentar a necessidade de reparação pela chance perdida, salienta-se que o infortúnio causado deverá possuir o condão de uma oportunidade séria e real, mormente a noção de que o benefício perdido em razão da conduta de outrem não poderá estar adstrito a meros resultados apriorísticos, de modo que a quantificação do dano ressarcível deverá ser proporcional à possibilidade perdida, analisada, ainda, a cada caso *in concreto*.

Nesse diapasão, avulta asseverar que a teoria da perda de uma chance surgiu no contexto das inúmeras transformações sociais, todavia, perduravelmente, não se quedou aceita nos tribunais brasileiros e internacionais, sob o argumento da ausência de certeza de um prejuízo final. Isto posto, tem-se que a indenização devida àqueles com expectativas interrompidas foi acolhida, inicialmente, pelos ordenamentos jurídicos de origem anglo-saxônica e germânico-romana (FURLAN,

2017, <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/102950099/v20170010/document/122485138/anchor/a-122485138>).

Inclusive, na jurisprudência pátria, a perda de uma chance somente foi colacionada no ano de 1990, conforme se verificará em subsequência. Nesse ponto, deve-se salientar, portanto, que as decisões proferidas pelos tribunais pátrios acerca da teoria são recentes e, à vista disso, verifica-se que ainda subsistem escassos doutrinários concentrados no estudo da chance perdida.

3.1 Conceito e noções gerais

Inicialmente, insta salientar que a chance perdida deve ser analisada a partir de uma expectativa hipotética, isto é, vinculada à álea do possível acontecimento vantajoso. Destarte, em não sendo este evento concluído por efeito de um ato lesivo causado por outrem, o prejudicado estará diante de um infortúnio pela perda da probabilidade de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo.

Nesse mesmo diapasão, Cavalieri Filho (2012, p. 81-82, grifo do autor) elucida a teoria:

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os **oportunistas**, e não reparando as **oportunidades** [...] Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável.

Com efeito, convém salientar, portanto, que a teoria da perda de uma chance deverá ser aplicada nos motes em que a vítima de um evento aleatório, em razão da conduta de outrem, tem retirada a probabilidade de auferir um benefício que lhe afigurava, isto é, a indenização ocorrerá pela mera expectativa da vítima, sem a confirmação de que a benfeitoria realmente fosse alcançada, uma vez que, em

sendo abonado um prejuízo concreto, estar-se-á diante de diferente instituto de responsabilização, como os danos morais ou materiais.

Em outras palavras, assentou-se o entendimento de que é crível proceder à reparação de um dano eventual, isto é, o benefício que a vítima obteria, através da probabilidade de um acontecimento, caso o evento não fosse interrompido em razão da conduta de outrem. Outrossim, deve-se salientar, ainda, que a chance perdida “[...] trata de um dano certo quanto à sua existência, porém não no que concerne à sua delimitação, o que deve ser analisado no decorrer da instrução processual” (LISBOA, 2012, p. 225).

Ademais, a reparação do infortúnio somente poderá ser concretizada caso o mesmo seja atual, uma vez que conquanto o prejuízo tenha ocorrido no pretérito, os efeitos deverão ser danosos ao futuro da vítima. Por fim, emerge-se que o dano deverá ser subsistente, ou seja, que no momento de sua verificação, o agente ainda não tenha procedido à sua reparação, pois, se assim não o fosse, estar-se-ia diante de uma responsabilização injusta, salvaguardado eventual pedido de complementação do ressarcimento (LISBOA, 2012, p. 226).

Por sua vez, Tartuce (2018, p. 532), conquanto aborde nas suas obras o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial do instituto da perda de uma chance como um novo dano autônomo contemporâneo, manifesta-se contrário a tal noção, ao dispor que:

Pois bem, este autor vê com ressalvas o enquadramento da perda de uma chance como nova categoria de dano. Isso porque tais danos são, na grande maioria das situações, hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 403 do CC exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o se.

Diante da conceituação do mote, cumpre asseverar as primeiras alusões da perda de uma chance em âmbito mundial, uma vez que, conquanto a teoria seja um dano contemporâneo no ordenamento jurídico brasileiro, é possível inferir seu surgimento no ano de 1889, na França. Dessa forma, avulta mencionar que o Direito Francês foi um fator de grande influência para o surgimento das normas brasileiras, todavia, no que tange à teoria da chance perdida, o ordenamento jurídico pátrio ainda não dispõe de regulamentação específica (AMARAL, 2015, p. 57-60).

Nesse ínterim, insta salientar que os tribunais franceses passaram a admitir diversas formas de reparação de danos pela perda de uma chance, entre elas, o erro do advogado, que ao proceder à perempção de determinado ato judicial, retira a chance do seu cliente de obter provimento jurisdicional ao direito postulado. Ademais, menciona-se também a vítima de grave acidente, que teve comprometida sua capacidade laboral, ou seja, a perda da chance de evoluir em sua profissão (CARNAÚBA, 2013, p. 21-22).

Dentre outros exemplos, pode-se citar o erro médico e a responsabilidade das instituições de créditos. Nesse sentido, Carnaúba (2013, p. 23) destaca que: “em todos os casos, o incidente atingiu o interesse da vítima sobre um evento aleatório. E em todos eles o mesmo método foi empregado: a chance é convertida em prejuízo, deslocando-se sobre ela a reparação”.

Já em relação à primeira menção da teoria da perda de uma chance no Brasil, tem-se jurisprudência colacionada em acórdão número 589069996 (BRASIL, 1990, <http://www.tjrs.jus.br>), proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul em 12 de junho de 1990, o qual discutia a responsabilidade civil pela perda de uma chance por erro médico, ainda que desprovido, visto que, segundo o relator “[...] existia um relação de causalidade direta entre a conduta do réu e o dano suportado pela vítima, e não a frustração de uma chance” (AMARAL, 2015, p. 62).

Portanto, infere-se que a teoria em questão é assentada em diversas formas de aplicação, enquanto o surgimento de novas relações sociais. Assim, ainda que não possua legislação específica, é possível asseverar a importância da sua aplicação no escopo dos danos ressarcíveis. Deveras, imperioso o estudo de copiosas correntes doutrinárias e jurisprudenciais, visto que a perda de uma chance está abrangida por controvérsias, especialmente quanto à seriedade da chance perdida e a quantificação do dano, questões estas que serão versadas no interregno da presente monografia.

3.2 Natureza jurídica

Em razão da teoria da perda de uma chance não dispor de legislação específica que regule sua matéria no direito brasileiro, existem discussões em relação à sua aplicação nos casos *in concreto*, bem como no tocante à sua natureza

jurídica, porquanto assentes entendimentos de sua caracterização como uma espécie de dano autônomo, isto é, não deve ser analisada em relação aos demais institutos de danos ressarcíveis, como os lucros cessantes, danos emergentes, materiais e morais.

Inicialmente, avulta asseverar que a perda de uma chance pode ser inferida em danos patrimoniais, também nomeados de danos materiais. Estes compreendem os bens do lesado, isto é, estão relacionados às ideias econômicas, uma avaliação pecuniária, em que a reparação do dano é suscetível a um valor em dinheiro equânime ao infortúnio causado (CARNAÚBA, 2013, p. 169).

Outrossim, a chance perdida pode ser observada em danos extrapatrimoniais, porquanto dispõe de bens insuscetíveis ao cálculo equitativo de um valor em dinheiro, visto tratar especialmente dos direitos de personalidade. Em outras palavras, o bem jurídico atingido não está relacionado ao patrimônio da vítima, isto é, não deve gerar enriquecimento sem causa, tão somente compensar pelos infortúnios suportados pelo lesado (CARNAÚBA, 2013, p. 169-170).

Nesse sentido, o enunciado 444 do Conselho de Justiça Federal – CJF, disposto na V Jornada de Direito Civil (BRASIL, 2012, <https://www.cjf.jus.br/cjf>):

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Destarte, depreende-se que a obtenção da vantagem ou impedimento de um prejuízo poderá restar configurado na dicotomia do dano extrapatrimonial ou patrimonial, isto é, o ressarcimento da chance perdida não deve ser limitado tão somente aos escopos dos danos morais, visto que, mediante a análise de cada caso específico, é necessário verificar, da mesma forma, a existência de eventual prejuízo assentado em danos materiais.

Sob outra perspectiva, Cavalieri Filho (2012, p. 79 e 81) aduz que a teoria da perda de uma chance possui semelhança ao instituto do lucro cessante, visto que ambos versam sobre efeitos futuros ao patrimônio do lesado, isto é, o primeiro reduz os lucros e ganhos, enquanto a segunda retira da vítima a oportunidade de obter

uma vantagem ou evitar um prejuízo. Em outras palavras, “[...] é a consequência futura de um fato já ocorrido [...]”.

Outrossim, importa asseverar a perda de uma chance como dano emergente, visto que aduz um prejuízo sofrido diretamente pela vítima em relação ao seu patrimônio, e, em razão disso, verifica-se o que efetivamente restou perdido. A chance, portanto, é assentada no benefício final incerto, todavia, a oportunidade do benefício é existente desde a perpetração do ato lesivo gerador de um dano (AMARAL, 2015, p. 109 e 111).

Ademais, tem-se que a chance perdida pode ser considerada um terceiro gênero de indenização, analisada entre os condões do dano emergente e do lucro cessante, de sorte que seja ponderada a cada caso *in concreto*, ante as suas peculiaridades, com interesse de proceder à devida análise da chance séria e real, não apenas pela mera possibilidade de sucesso da obtenção da vantagem ou impedimento de um prejuízo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 81 e 84).

Deveras, nas três hipóteses aludidas acima, verifica-se a aplicação da teoria da perda de uma chance em relação ao dano patrimonial/material, sendo a divergência tão somente pelo enquadramento no instituto dos danos ressarcíveis, mormente a verificação da chance perdida através dos lucros cessantes, do dano emergente e do terceiro gênero de indenização.

Nada obstante, importa mencionar as correntes doutrinárias que aduzem a chance perdida como uma espécie de dano moral. Destarte, devem-se observar os casos específicos *in concreto*, de modo que a matéria postulada em provimento jurisdicional esteja relacionada a um dano moral, sem a chance de êxito, visto que a chance por si só já gozaria de um valor extrapatrimonial, ou seja, moral (AMARAL, 2015, p. 119).

A título de exemplo, Carnaúba (2013, p. 170) elucida o mote que poderia configurar o dano material na chance perdida, assim como o dano moral:

A perda da chance de vencer um processo judicial pode constituir um prejuízo patrimonial, na hipótese em que a pretensão veiculada tenha por objeto uma prestação pecuniária. O advogado que deixa transcorrer *in albis* o prazo para interposição de um recurso contra uma sentença que condenou seu cliente ao pagamento de uma dívida causa a este um prejuízo material. O interesse lesado é patrimonial, porquanto avaliável em dinheiro, e o montante da indenização será equivalente ao valor da condenação, multiplicado pelas chances de sucesso do recurso obstado.

Por outro lado, o dano sofrido pelo cliente terá natureza moral se, por meio da demanda em questão, a vítima buscava a satisfação de um interesse extrapatrimonial.

Isto posto, depreende-se que o tema escolhido ainda se encontra abrangido por copiosas correntes doutrinárias que divergem acerca da caracterização jurídica do instituto da perda de uma chance, porquanto dispõe de casos que podem ser configurados em meio à dicotomia do dano patrimonial ou extrapatrimonial. Ocorre que, conquanto a ausência de unissonância no tocante à caracterização jurídica da perda de uma chance, sabe-se que o Poder Judiciário não deve se abster da sua obrigação de julgar conflitos pela mera ausência de lei específica.

Diante disso, é crível caracterizar a chance perdida pela sua natureza jurídica de dano autônomo, mormente os copiosos interesses que podem estar relacionados à obtenção de uma vantagem ou impedimento de um prejuízo. Sob essa ótica, portanto, ao analisar a álea do possível acontecimento, independentemente de seu instituto jurídico de dano patrimonial ou extrapatrimonial, há de se observar as características de cada caso *in concreto*, com a oportuna quantificação do dano.

3.3 A chance séria e real

Nada obstante analisados todos os elementos necessários para a necessidade de reparação civil, deve-se mencionar que a teoria da perda de uma chance, para gerar o dever de indenizar, deverá estar consubstanciada em uma oportunidade séria e real, e não adstrita a meros resultados apriorísticos. Nesse sentido, tem-se, portanto, que a conduta de outrem, através de um evento aleatório, poderá retirar da vítima a chance de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

Assim, a álea do evento danoso deverá retirar do lesado um benefício potencialmente alcançável, isto é, sério e real, e que, “[...] ao mesmo tempo, padece de uma impossibilidade da demonstração da efetiva realização desse resultado útil” (AMARAL, 2015, p. 144). Em outras palavras, a chance perdida não deverá ser considerada como um evento definitivo, uma vez que, diante da álea do acontecimento, impraticável corroborar que benefício retirado da vítima possuiria o condão de efetivamente ser concretizado.

Diante disso, é crível abarcar que os Tribunais brasileiros ainda encontram diversos óbices relacionados à aplicação da teoria da perda de uma chance no país,

isto porque, comumente, para suscitar a necessidade de reparação, o dano causado deverá ter ocorrido efetivamente, isto é, com a comprovação de um prejuízo legítimo.

Carnaúba (2013, p. 123), *exempli gratia*, destaca que:

A chance é um objeto abstrato. Ela não tem uma dimensão material, e, por essa razão, é muito difícil impor-lhe limites. Para o escritor, a publicação de sua primeira obra era a chance de sua vida. Eis aí a oportunidade de tornar-se celebre e milionário. O empregado recém-contratado estava eufórico [...] com sua dedicação e competência, ele poderia, talvez dali uns vinte anos, alcançar o cargo de diretor da companhia. [...] Em princípio, nada nos impede de qualificar essas aspirações como chances e de repará-las caso venham a ser aniquiladas pela obra de um terceiro.

Nesse ínterim, para que não haja a banalização da necessidade de reparação pela chance perdida, é imperioso conferir alguns regulamentos a essa técnica, pois se assim não o fosse, toda e qualquer expectativa aleatória que fosse deteriorada em razão da conduta outrem, poderia gerar a obrigação de indenizar, ainda que consistisse em uma mera pretensão da vítima (CARNAÚBA, 2013, p. 123).

Nesse diapasão, avulta asseverar que o dano somente será caracterizado pela chance perdida quando existir álea, e esta constitua o resultado como incerto, uma vez que a teoria em mote possui seu enfoque na dúvida, isto porque, caso contrário, a perda da possibilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo não seria configurada, “[...] tendo em vista que a conduta que interrompe o processo aleatório passa a ser a causa certa do prejuízo final” (AMARAL, 2015, p. 147).

Por derradeiro, conforme se depreende da doutrina contemporânea e das decisões colacionadas pelos tribunais brasileiros, para haja a necessidade de reparação pela teoria em mote, a chance deverá se constituir como juridicamente relevante, e, para isso, não poderá estar adstrita a mera possibilidade, mas sim fadada a uma consistente probabilidade de aferição do benefício perdido (AMARAL, 2015, p. 149).

Inclusive, imperioso aludir recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 1757936, em que o relator do caso, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (BRASIL, 2019, <http://www.stj.jus.br/>), notavelmente corrobora o exposto até então, ao aduzir que a teoria da chance perdida possui o escopo de reparar o prejuízo de uma expectativa que foi frustrada em razão de

determinados fatos que interromperam os eventos habituais, e por consequência impediram a concretização do benefício final esperado pela vítima.

Ademais, ainda em relação à decisão supra, há que se trazer à baila a inteligência proferida pelo referido relator, que, em unissonância à doutrina contemporânea, dispôs que “deve ficar demonstrado que a chance perdida é séria e real, não sendo suficiente a mera esperança ou expectativa da ocorrência do resultado para que o dano seja indenizado” (BRASIL, 2019, <http://www.stj.jus.br/>).

Outrossim, emerge do acervo jurisprudencial e doutrinário, que, em determinados eventos, ocorrem dissensões entre o conceito de probabilidade e possibilidade. Nesse sentido, salienta-se que as possibilidades sempre serão maiores que as probabilidades, uma vez que “[...] todo provável é possível, sendo que nem tudo que é possível é, de igual modo, provável” (AMARAL, 2015, p. 152).

Nesse desiderato, na medida em que sobreleva uma probabilidade mínima da chance perdida, verifica-se que ela encontrará seu condão no âmbito das possibilidades, precisamente em razão da sua pequena expectativa, e, dessa forma, não ensejará a necessidade de reparar o dano. No mesmo sentido, Amaral (2015, p. 152) bem dispõe que:

[...] Assim, somente quando a possibilidade for altamente provável terá relevância para o direito e sua violação oportunizará indenização. Importante notar que, em alguns países, casos de perda da chance são frequentes, como também a sustentação de que, para determinar a existência do dano, a possibilidade de obter um resultado favorável deve alcançar um percentual superior a 50%, caso contrário não se teria a certeza do dano.

Ocorre que, em razão de o direito brasileiro não dispor de legislação específica que regule a perda de uma chance, ainda não é possível reputar do ordenamento jurídico uma única linha de pensamento que defina a chance séria e real. Não bastasse, como tratado no capítulo subsequente da presente monografia, não se verifica a compleição de unissonância no que tange ao percentual necessário para ensejar a reparação do infortúnio causado.

Assim, é cediço que a chance perdida deverá apresentar não apenas meros resultados apriorísticos, mas igualmente um apurado grau de certeza, de sorte que o que o Juízo deverá, enquanto perdurar o carecimento de legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro, analisar em cada caso *in concreto* a álea do

possível acontecimento, uma vez que não se reputa das normas pátrias o conceito uníssono de chance séria e real.

3.4 A quantificação do dano

Emerge do acervo jurisprudencial brasileiro profusas correntes doutrinárias relacionadas à quantificação do dano pela chance perdida, isto é, o montante que deverá ser ressarcido ou indenizado à vítima de um infortúnio. Diante disso, imperioso analisar as inteligências colacionadas pelos Tribunais do país, bem como os entendimentos instruídos pelos doutrinadores contemporâneos, de sorte que seja possível observar os elementos necessários para a conclusão do valor devido ao dano ressarcível.

Precipuamente, avulta asseverar a diferença entre ressarcimento e indenização. Na primeira hipótese, o causador de um dano, sempre que possível, deverá restaurá-lo ao *status quo ante*, ou seja, à condição em que se encontrava antes do ato lesivo. Já a indenização, que ocorre em prevalência, deverá ser assentada quando não se configura possível retornar o dano ao estado anterior, através de uma compensação em pagamento monetário (GONÇALVES, 2012, p. 334).

Com efeito, a indenização pela chance perdida deverá ser quantificada em razão do assolamento da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, mas não pela perda específica do benefício. Nesse ínterim, imperioso que, na ocasião de quantificação do dano, se proceda à distinção entre o resultado efetivamente aniquilado e a mera probabilidade de realizá-lo, uma vez que a chance perdida sempre deverá adequar uma indenização inferior à perda de um benefício que indubitavelmente restaria concretizado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 82).

Lisboa (2012, p. 225-226) disserta acerca do tema:

A teoria da perda de uma chance, assim, trata de um dano certo quanto à sua existência, porém não no que concerne à sua delimitação, o que deve ser analisado no decorrer da instrução processual, à semelhança do que sucede com os demais prejuízos juridicamente possíveis. O dano deve ser atual. A noção de atualidade abrange obviamente o passado, pois o fato que o determinou é pretérito, porém os seus efeitos são prejudiciais aos interesses da vítima [...] O dano deve ser subsistente, ou seja, o prejuízo foi constatado sem que o agente tenha procedido à sua efetiva reparação. Se o prejuízo já veio a ser ressarcido, não há motivo para que o autor venha a

ser ainda assim responsabilizado, a não ser que seja requerida alguma espécie de complementação da indenização.

Nesse diapasão, avulta asseverar que o dano pela chance perdida, assim como os demais institutos de ressarcimento, deverá ser devidamente comprovado pela vítima. Com efeito, meras alegações acerca da frustração da vantagem perdida não têm o condão de, por si só, ensejar a necessidade de reparação do dano, isto é, o acervo probatório do caso deverá emergir conclusão segura e precisa acerca do resultado interrompido (AMARAL, 2015, p. 173).

Por derradeiro, para a produção da prova de existência do dano, imperioso observar o nexo de causalidade entre a conduta de outrem e a chance perdida, mote este aduzido pormenorizadamente no decurso da presente monografia. *In casu*, para que as aludidas demandas sejam efetivamente comprovadas, a vítima poderá se valer do uso de presunções e regras de experiência (AMARAL, 2015, p. 173).

Outrossim, já no que tange à legítima quantificação do dano que deverá ser reparado à vítima, imperiosa igualmente a verificação do *quantum* indenizatório, “[...] consubstanciado no percentual de probabilidade para alcançar a vantagem frustrada ou do prejuízo que deveria ser obstado, sendo possível tal aferição, mediante realização de prova pericial [...]” (AMARAL, 2015, p. 173).

Nada obstante, em razão das peculiaridades envoltas na teoria da chance perdida, há que se trazer à baila que perícia não é absoluta e exclusiva, uma vez que o juiz deverá observar, a cada caso *in concreto*, todos os meios de prova admitidos no direito brasileiro, para, ao final, verificar a segurança e precisão dos elementos apresentados, podendo, assim, prolatar a cabível quantificação do dano.

Portanto, a vítima deverá provar, em suma, que a conduta lesiva de outrem deu causa ao dano ressacível, isto é, que a interrupção do processo aleatório retirou a sua possibilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo. Deveras, para caracterizar a teoria da chance perdida, necessário que haja, meramente, a subtração da probabilidade de obter um benefício futuro (AMARAL, 2015, p. 175).

Nesse desiderato, Amaral (2015, p. 174) refere que:

[...] Se a perda da chance é a perda da possibilidade de alcançar uma vantagem ou evitar um prejuízo, essa decorre da interrupção ou da sua falta em relação a um processo aleatório em curso, o que significa que o resultado final almejado não pode ser absolutamente certo. Se for, não

haverá indenização pela perda da chance, mas indenização integral em decorrência de um dano efetivo e comprovadamente sofrido.

Por derradeiro, *exempli gratia*, pode-se mencionar jurisprudência colacionada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2010, <http://www.stj.jus.br/>), no Recurso Especial número 821.004-MG, que determinou a reparação de dano pela chance perdida através da indenização por danos materiais e morais, arbitrada no montante equivalente a trinta salários-mínimos. Nesse ínterim, reputa-se que um candidato a vereador teve obstada a chance de eleger-se, por, tão somente, oito votos, em razão de falsa notícia veiculada através dos meios de comunicação.

Nesse sentido, o egrégio STJ proferiu decisão que determinou a indenização à vítima com base no princípio da razoabilidade, uma vez que as provas da demanda demonstraram que, possivelmente, o vereador teria obtido os oito votos frustrados em razão do ato ilícito, consistente na propagação de notícias falsas através dos meios de comunicação.

Com efeito, insta salientar que o montante fixado a título de indenização mostrou-se inteiramente cabível ao feito, visto que calculados a partir do valor do subsídio mensal de um vereador, durante o interregno de um mandato, qual seja, quatro anos. Inclusive, convém mencionar que a teoria foi brilhantemente aplicada no caso, visto que se observaram os resultados apriorísticos da chance perdida, e não a possibilidade de concretização efetiva do dano.

Sob essa mesma ótica, tem-se recente decisão também proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020, <http://www.stj.jus.br/>) no Recurso Especial número 1454025:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CRIOGENIA. COLETA DE CÉLULAS-TRONCO NO MOMENTO DO PARTO E POSTERIOR ARMAZENAMENTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PERDA DE UMA CHANCE. VALOR DO DANO MORAL NÃO EXCESSIVO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

Nesse caso, o Tribunal fixou o montante de R\$ 40.000 (quarenta mil reais) a título de danos morais, tendo em vista a perda de uma chance da coleta e preservação de células tronco no momento do parto, em razão da má prestação de

serviços. A decisão foi fundamentada na ideia de que o momento do parto é a única oportunidade para a realização da angaria desejada, o que importou na retirada da possibilidade da vítima de obter um benefício.

Em contrapartida, Cavalieri Filho (2012, p. 82), aduz que a chance perdida somente se reputará indenizável nos casos em que a probabilidade de sucesso interrompida for maior que 50%. Todavia, tal entendimento mostra-se uma solução “[...] simplista e inadaptada, tendo em vista a diversidade dos interesses sobre probabilidades” (CARNAÚBA, 2013, p. 125).

Assim, pode-se citar a vítima impedida de realizar um concurso público em razão de ato ilícito de outrem. Com efeito, há que se salientar que os candidatos de certames comumente estão fadados a resultados apriorísticos, isto porque a chance de ser reprovado é excepcionalmente maior que a de aprovação. Ora, nesses casos é possível verificar uma chance inferior a 50%, mas o interesse em questão é igualmente relevante, de modo que a ausência de indenização ensejaria em uma injustiça à vítima (CARNAÚBA, 2013, p. 124).

Nesse mesmo sentido, verifica-se que a indenização pela chance perdida não deverá limitar-se a um percentual mínimo de sucesso, reputando ao magistrado a devida análise da extensão do dano sofrido a cada caso específico. Inclusive, é esse o entendimento aduzido por Amaral (2015, p. 194), que dispõe que:

[...] A diretriz na fixação de um percentual mínimo de 50% de probabilidade para a existência do dano pela perda da chance não pode ser confundida com a conveniência de oferecer critérios básicos e elementares para avaliação do *quantum debeatur*. O que estabelecerá a justa indenização, de forma compatível com a ideia de direito e justiça não será a imposição de um percentual mínimo estático da probabilidade, mas uma indenização correspondente à extensão do dano sofrido.

Por derradeiro, depreende-se que o correto coeficiente utilizado para realizar o cálculo de quantificação do dano deverá estar relacionado à vantagem abstrata que a vítima poderia obter no aferimento do benefício perdido, “[...] reduzindo-se a porcentagem referente à probabilidade que o indivíduo tinha de obter tal vantagem, seja qual for tal porcentagem” (AMARAL, 2015, p. 197).

Logo, para a devida fixação do *quantum* indenizatório, reputa-se a sua relação ao percentual da possibilidade de alcançar o benefício, devendo abranger, ainda, a totalidade do dano em proporção à chance perdida, uma vez que vigora no

ordenamento jurídico brasileiro o princípio da restituição integral do infortúnio (AMARAL, 2015, p. 200).

Portanto, é crível observar que, conquanto existam correntes doutrinárias e jurisprudenciais que dispõem que a indenização pela chance perdida somente se procederá quando o percentual apriorístico for superior a 50%, não é correto caracterizar um parâmetro fixo e aplicável a todos os casos que envolvam a teoria, isto porque a limitação a uma alíquota específica poderá reputar casos de injustiça, que, ainda que detenham uma probabilidade inferior a 50%, a chance mostrava-se séria e real.

Consequentemente, há que se trazer à baila que, conforme disposto no estudo da chance séria e real, o magistrado deverá igualmente analisar cada caso específico para determinar o valor devido à vítima de um dano, uma vez que o direito brasileiro carece de normas relacionadas à aplicação da perda de uma chance, bem como em razão de a doutrina contemporânea divergir acerca de seus preceitos.

Diante de todo o asseverado, na medida em que sobreleva o interesse de corroborar os entendimentos doutrinários expostos até então, imperioso que se proceda, por fim, à análise das decisões jurisprudenciais brasileiras, com o escopo de determinar as nuances específicas de cada caso *in concreto* no que concerne à aplicação da teoria da perda de uma chance. Com efeito, tal mote será versado no capítulo aquém.

4 A COMPREENSÃO JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÂNEA ACERCA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Consonante ao versado anteriormente, a teoria da chance perdida não dispõe de legislação específica que regule sua matéria. Nada obstante, expecta-se que a análise jurisprudencial brasileira seja suficiente para corroborar com a importância de sua aplicação no mote dos danos ressacíveis. Outrossim, há de se proceder ao estudo de cada caso específico, ante as suas peculiaridades de quantificação do dano e verificação da possibilidade do acontecimento vantajoso perdido, de sorte que seja possível assentar a consolidação da teoria no direito brasileiro.

4.1 Análise das decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros

Como principal exemplo de aplicação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, há de se mencionar decisão proferida pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no ano de 2005, a qual julgou procedente o pedido de reparação do dano pela perda de uma chance, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido (BRASIL, 2005, <http://www.stj.jus.br>).

A ação foi proposta contra BF Utilidades Domésticas LTDA., empresa do grupo econômico Sílvio Santos, em decorrência de incidente havido quando da participação no programa Show do Milhão, transmitido pelo Sistema Brasileiro de Televisão (SBT), cujo objetivo estava composto em responder corretamente uma série de questões formuladas à participante, e, assim, proceder ao ganho do valor máximo estabelecido pelo programa, qual seja, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

A participante acertou todas as perguntas formuladas a ela, sendo assim, alcançou a última questão que determinaria o valor do prêmio final. Ao responder

corretamente, a participante auferiria o valor máximo concedido pelo programa e, de maneira oposta, perderia todo o montante acumulado até então. Destarte, a autora da ação alegou que, no interesse de preservar o prêmio já garantido, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), optou por não responder a pergunta final.

Ocorre que a última questão não fazia menção a qualquer resposta correta, isto é, a participante deixou de auferir a vantagem estabelecida pelo prêmio final do programa em razão de a pergunta não possuir assertiva válida. À vista disso, interpôs ação indenizatória, no interesse de ver ressarcido o seu dano pela chance perdida.

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, de sorte que condenou o réu ao pagamento do valor restante ao prêmio de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), qual seja, R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Interposto recurso ao Tribunal de Justiça da Bahia, manteve-se a decisão de primeiro grau.

Diante disso, o recorrente interpôs novo recurso ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse grau de jurisdição, verificou-se que a chance de a participante responder corretamente a questão seria de 25%, haja vista se tratar de pergunta de múltipla escolha, com 4 alternativas. Assim sendo, deu-se provimento parcial ao recurso, de modo que restou determinada a reparação do dano à participante no valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Nesse diapasão, depreende-se que a participante possuía a chance séria e real de um ganho. Em outras palavras, caso ela continuasse no jogo, há de se entender que ela detinha a possibilidade de responder corretamente a questão e garantir o prêmio de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Destarte, em sendo comprovada a legítima probabilidade de auferir a vantagem, que restou perdida em razão de a pergunta não possuir assertiva correta, imperiosa a reparação do dano pela chance perdida, a partir de um valor equitativo ao prejuízo causado, isto é, tendo em vista que o resultado favorável foi obstado em razão da conduta de outrem, e, ainda, proporcionalmente, à possibilidade real retirada da vítima.

O caso em epígrafe, portanto, representa o *leading case* da aplicação da teoria no país, isto é, estabeleceu inicialmente os preceitos gerais da indenização pela chance perdida, uma vez que dispôs acerca da forma de quantificação do dano,

assim como apresentou a tendência de verificação da possibilidade do acontecimento vantajoso perdido.

Após a devida análise do importante caso brasileiro do Show do Milhão, é possível encontrar seus escopos nas mais diversas interpretações jurisprudenciais, conforme bem colacionado nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1196957, julgado pelo STJ:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. E CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. SORTEIO. PROMOÇÃO PUBLICITÁRIA. VIOLAÇÃO DE DEVER CONTRATUAL. PERDA DE UMA CHANCE.

1. A recorrente recebeu bilhete para participar de sorteio em razão de compras efetuadas em hipermercado. Neste constava "você concorre a 900 vales-compras de R\$ 100,00 e a 30 casas." Foi sorteada e, ao comparecer para receber o prêmio, obteve apenas um vale-compras, tomando, então, conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os vales-compras. Este segundo sorteio, todavia, já tinha ocorrido, sem a sua participação. As trinta casas já haviam sido sorteadas entre os demais participantes.

[...]

4. Dano material que, na espécie, não corresponde ao valor de uma das trinta casas sorteadas, mas à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado [...] (BRASIL, 2012, <http://www.stj.jus.br>).

No caso em questão, a parte autora postulou provimento jurisdicional em desfavor de empresa organizadora de sorteio, em razão de equívoco quanto à publicidade dos vencedores. Ocorre que a participante não dispôs de informações acerca da última etapa do evento, de modo que deixou de concorrer, entre os 900 participantes que restaram, ao sorteio de 30 casas (CARNAÚBA, 2013, p. 185).

Deveras, ao verificar a possibilidade do acontecimento, ainda que complexa, o egrégio Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito da participante à indenização pelo prejuízo sofrido, uma vez que, apesar de a possibilidade de êxito estar baseada em apenas 1/30, verificou-se a existência de uma chance séria e real (CARNAÚBA, 2013, p. 185).

Nada obstante, Carnaúba (2013, p. 185) aduz acerca das semelhanças entre os julgados em epígrafe, visto que nos dois casos a possibilidade de auferir a vantagem era tênue, mormente a presença de óbices quanto à álea do possível acontecimento vantajoso.

Nesse desiderato, em contrapartida ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que concluiu pela perda de uma chance séria e real nos dois casos aludidos

acima, ainda que a partir de pequena probabilidade de sucesso, avulta asseverar a existência de correntes doutrinárias que aduzem que a perda de uma chance deverá ser indenizada tão somente quando a probabilidade de sucesso for superior a 50%, como bem disposto no capítulo anterior.

Sob outra perspectiva, é possível verificar igualmente a teoria da perda de uma chance no ressarcimento de dano em relação aos prejuízos causados por conduta de advogado, conforme se observa na Apelação Cível nº 591064837, decidida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance (RIO GRANDE DO SUL, 1990, <https://www.tjrs.jus.br>).

No caso em tela, a parte autora alegou, em suma, a negligência de seu advogado em ação interposta em face do INPS, que visava à concessão de benefício previdenciário de pensão por morte, ante o falecimento de seu marido. Nessa linha, os autos judiciais restaram extraviados, de modo que o advogado deixou de prestar quaisquer informações acerca do andamento do processo e, assim, ausentou-se de sua responsabilidade de cumprir fielmente com a tramitação do feito.

Diante disso, a autora interpôs ação indenizatória em face de seu defensor, visto que não obteve a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte em razão da conduta negligente do causídico. Em 1º grau, a ação foi julgada procedente, de sorte que condenou o réu ao ressarcimento dos prejuízos causados por ele. Interposto recurso ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a sentença condenatória foi mantida.

À vista disso, verifica-se a correta aplicação da teoria pelo tribunal, uma vez que a autora da ação deixou de auferir uma vantagem por efeito da desídia do seu advogado, porquanto não ter procedido à devida restauração dos autos. Em outras palavras, sua cliente, através de uma chance séria e real, perdeu a probabilidade de obter a concessão do benefício previdenciário pleiteado, haja vista que o dano, na teoria em questão, é o ganho não obtido decorrente, proporcionalmente, da chance séria perdida.

Nesse ínterim, imperioso mencionar que a indenização decorrente do erro de advogado não terá relação com o valor que o cliente obterá se procedente a ação, mas sim pelo montante equivalente à chance perdida, como bem expõe Cavalieri Filho (2012, p. 82): “[...] não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar [...]”.

Por fim, ainda no que concerne ao acórdão acima aludido, avulta asseverar que o douto relator, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, definiu a condenação do agente e o valor a ser ressarcido à vítima, sob o fundamento de que “a fixação da indenização, através de arbitramento, em liquidação de sentença, deverá atentar para o fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance” (RIO GRANDE DO SUL, 1990, <https://www.tjrs.jus.br>).

De outro ponto de vista, cumpre colacionar jurisprudência que analisou a perda de uma chance na responsabilidade do advogado, todavia, que não restou considerada pelo condão uma chance séria e real, como, *exempli gratia*, verifica-se no Recurso Especial 993936, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2012, <http://www.stj.jus.br>). Nesse contexto, o autor da ação alegou, em suma, que seu advogado deixou transcorrer o prazo *in albis* para a interposição de recursos em processo judicial e, em razão disso, restaram-se configurados prejuízos materiais e à sua honra.

Nada obstante, como brilhantemente elucidado pelo relator do recurso, a perda de uma chance deve ser verificada a cada caso específico, visto a necessidade de verificar concisamente a possibilidade de êxito na vantagem perdida. Destarte, cumpre consignar passagem do voto (BRASIL, 2012, <http://www.stj.jus.br>):

No caso de responsabilidade de advogados por condutas acoimadas de negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da perda de uma chance devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação ou interposição de recursos, como no caso em apreço, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real -, que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

Por fim, verifica-se a aplicação teoria na seara médica, igualmente conhecida como a perda da chance de cura ou de sobrevivência. Nesse sentido, o infortúnio

causado está relacionado à reparação do dano pela chance perdida de se obter um resultado favorável no tratamento de saúde, como aduz Cavalieri Filho (2012, p. 86) “[...] o que se perde, repita-se, é a chance da cura e não a continuidade da vida. A falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência”.

Isto posto, imperioso asseverar, a título de exemplo, que se a supressão de uma chance estiver relacionada ao agravamento que resulta em morte, a indenização não será fixada nos parâmetros das reparações pelo dano morte, e sim proporcionalmente a chance real perdida (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 86).

À vista disso, colaciona-se a ulterior decisão, proferida no Recurso Especial nº 1254141, do STJ:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CÚLPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO (BRASIL, 2012, <http://www.stj.jus.br>).

No caso em epígrafe, o médico de paciente acometida por câncer foi condenado a indenizar o espólio da enferma pela perda da chance de obter uma cura, ou, ainda, gozar de um tempo de vida mais digno, uma vez que a mesma veio a óbito em razão de copiosos erros médicos no tratamento da doença.

Nesse diapasão, a relatora do caso, Nancy Andrichi, expõe brilhantemente os elementos para caracterização da chance perdida, uma vez ter feito menção aos pressupostos para sua aplicação, bem como por aduzir acerca das profusas correntes doutrinárias que dissertam sobre o tema.

Inclusive, a Ministra brevemente dispôs: “nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente” (BRASIL, 2012, <http://www.stj.jus.br>). Destarte, depreende-se que o médico obrou com imperícia ao não adotar o procedimento correto para o tratamento da enferma, sendo, portanto, a indenização como medida cabível no caso *in concreto*.

Outrossim, avulta trazer à baila, ainda, que, uma vez que se quedou verificada a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no julgado em epígrafe, a sentença proferida pelo magistrado de 1º grau fixou indenização no montante R\$

120.000,00. Nada obstante, já no grau de jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, a quantificação do dano ressarcível deu-se no sentido de que, ao analisar todas as circunstâncias causadas pelos erros salutarés “as chances perdidas, por força da atuação do médico, têm conteúdo econômico equivalente a 80% do valor fixado pelo acórdão recorrido, a título de indenização final”, isto é, reduzindo-se em 20% o numerário estabelecido pelo juízo *a quo* (BRASIL, 2012, <http://www.stj.jus.br>).

Nesse ínterim, infere-se, portanto, que a ação ou omissão do médico não é o causador da enfermidade que acomete os seus pacientes, tampouco é responsável pela morte dos mesmos, uma vez que a sua atividade culposa acarreta na perda da possibilidade de cura da doença. Deveras, em sendo comprovado que o erro deu causa *ab origine* ao dano, o infortúnio causado é de responsabilidade direta do médico, de modo que não se deve assentar a aplicação da perda de uma chance, mas sim a indenização específica (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 86).

À vista de todo o exposto, avulta asseverar que a teoria da perda de uma chance ainda não dispõe de unissonância quanto à sua aplicabilidade no direito brasileiro, haja vista que as decisões jurisprudenciais em epígrafe foram inconsistentes no que concerne aos critérios para a reparação do dano pela chance perdida, mormente a dissonância, sobretudo, em relação à fixação de um percentual mínimo para o reconhecimento da teoria e a verificação da chance séria e real, uma vez que, mesmo em casos semelhantes, como *exempli gratia*, a desídia de advogado, verificaram-se distintas decisões.

Destarte, imperioso que se proceda, por fim, à análise do reconhecimento da teoria, com o devido desenlace e compreensão acerca do tema, conforme se verificará aquém.

4.2 O reconhecimento da teoria

Uma vez analisadas as copiosas conjunturas em que a perda de uma chance pode ser assentada, bem como as diversas correntes doutrinárias que dissertam sobre o tema, é possível verificar o reconhecimento da teoria no direito brasileiro, conquanto a ausência de legislação específica que regule sua matéria. É o que bem dispõe Carnaúba (2013, p. 191):

[...] Os juízes podem resolver o litígio pela via das presunções. Apoiado sobre os indícios que lhe foram apresentados, o magistrado pode conjecturar se a vítima teria ou não obtido a vantagem aleatória desejada. Trata-se de uma solução salutar, pois recoloca a responsabilidade em seu campo natural de ação – a certeza. Ou bem o juiz conclui que a vítima teria certamente obtido a vantagem desejada e que, então, o réu deve reparar essa perda; ou bem ele considera que a chance estava, de todo modo, fadada ao fracasso, e que por isso o ato do réu não deu causa a qualquer prejuízo.

Isto posto, em que pese a perda de uma chance não ter sido reconhecida durante muito tempo pelos tribunais dos mais diversos países em razão da imprecisão do dano, é cediço que tal óbice já não é mais objeto de discussão para impedir a indenização da vítima que teve obstada a sua possibilidade de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo em razão da conduta de outrem.

Todavia, deve-se reconhecer que ainda existem diversas divergências assentadas entre a jurisprudência e as correntes doutrinárias, mormente às ideias de verificação da chance séria e real. Conquanto parte da doutrina disponha que a reparação da chance perdida deva ocorrer tão somente nos casos em que a possibilidade do acontecimento seja superior a 50%, infere-se a existência de jurisprudência opostas a esse posicionamento, como bem obrado pelo caso do Show do Milhão.

Nesse desiderato, não há como asseverar a porcentagem fixa para a indenização dos danos ressarcíveis, visto a essencialidade de analisar cada caso específico. Assim, Amaral (2015, p. 193) aduz que “limitar o percentual de 50% para o estabelecimento *an debeat* pode levar o julgador a deixar de conceder a indenização a um caso onde seria devido ou a determinar ressarcimento a uma hipótese não devida”.

Inclusive, nessa mesma linha de pensamento, Carnaúba (2013, p. 124-125) disserta com eficiência que a imposição de condicionar a reparação do dano à porcentagem de, ao menos, 50%, poderia gerar injustiças irreparáveis, uma vez que “um número, escolhido arbitrariamente, jamais poderia servir de divisor de águas entre as chances relevantes e aquelas que não o são”.

Já no que se refere ao *quantum* indenizatório que o agente do infortúnio deverá indenizar à vítima, convém salientar que este já se encontra corroborado pela doutrina e jurisprudência no sentido de que o valor da reparação da chance perdida sempre será inferior ao do resultado final expectado pelo lesado, porquanto se

estará diante da análise da porcentagem, das probabilidades e da álea do acontecimento vantajoso obstado.

Nesse mesmo sentido, Cavalieri Filho (2012, p. 82):

A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. No caso do advogado que perde o prazo para recorrer de uma sentença, por exemplo, a indenização não será pelo benefício que o cliente do advogado teria auferido com a vitória da causa, mas pelo fato de ter perdido essa chance.

A corroborar, Gonçalves (2012, p. 256):

A quantificação do dano será feita por arbitramento (CC, art. 946) de modo equitativo pelo magistrado, que deverá partir do resultado útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Desse modo, se o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado desidioso entender, depois de uma análise cuidadosa das probabilidades de sucesso da ação em que este perdeu o prazo para a interposição do recurso adequado, que a chance de obter o resultado útil esperado era, por exemplo, de 70%, fará incidir essa porcentagem sobre tal resultado. Assim, a indenização pela perda da chance será fixada em 70% do valor pretendido na ação tornada infrutífera em razão da negligência do advogado.

Outrossim, há que se trazer à baila, ainda, que existem diversas correntes doutrinárias que dispõem que a natureza jurídica da perda de uma chance poderá ser enquadrada como dano moral, material, emergente ou lucro cessante. Todavia, como tratado incessantemente no decurso da presente monografia, a mais apropriada forma de verificação da chance perdida é considerá-la como um novo dano autônomo contemporâneo, haja vista que ela poderá acarretar infortúnios em diferentes naturezas jurídicas.

Nesse ínterim, verifica-se, portanto, que ainda não se observa unanimidade no que concerne ao enquadramento jurídico da perda de uma chance, tendo em vista que “[...] uma corrente a considera dano extrapatrimonial e, diversamente, outra corrente a classifica como dano patrimonial” (FURLAN, 2017, <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/102950099/v20170010/document/122485138/anchor/a-122485138>).

Por derradeiro, como dito alhures, verifica-se a presença de unissonância tão somente quanto a necessidade de que a chance perdida seja séria, real e atual, bem como que a indenização devida seja sempre inferior ao montante do resultado final expectado pela vítima, baseando-se na verificação da porcentagem da probabilidade de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo.

Assim, avulta asseverar que a doutrina e a jurisprudência são inconsistentes no que concerne à fixação de um percentual mínimo para o ressarcimento do dano. Destarte, ante a ausência de previsão legal acerca do tema, é possível deliberar que o melhor critério para a verificação da seriedade da chance perdida será a análise de cada lide específica, haja vista que “[...] o julgador, diante do caso concreto, poderá analisar – além da seriedade das chances perdidas – a adequação da indenização à álea e à perda da vantagem esperada pela vítima” (FURLAN, 2017, <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/102950099/v20170010/document/122485138/anchor/a-122485138>).

Isto posto, é possível verificar que a teoria se encontra envolta em diversas questões complexas e controversas, mormente a ausência de unissonância no que concerne aos preceitos para a sua aplicabilidade, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro delimita sua incidência ao não dispor de um posicionamento único acerca da natureza jurídica da chance perdida, bem como sobre o percentual necessário à indenização da vítima, e a conseqüente verificação do *quantum* indenizatório.

Nada obstante, apesar das dificuldades encontradas acerca da sua aplicabilidade, a perda de uma chance vem sendo paulatinamente corroborada pelos tribunais brasileiros, uma vez que a mera ausência de lei específica não é suficiente para que o Poder Judiciário se abstenha do seu dever de dirimir conflitos, cabendo aos juízes, portanto, a análise de cada caso *in concreto*, de sorte que a vítima de um dano, ainda que indireto, quede-se sempre devidamente indenizada.

Por fim, insta salientar que a teoria encontra-se abrangida por diversas nuances específicas que a caracterizam, e em sendo elas verificadas, o escopo dos danos ressarcíveis restará perfectibilizado. Em outras palavras, aquele que deixou de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo em razão da conduta de outrem, expecta a reparação salutar do infortúnio causado, mormente a solidificação no

ordenamento jurídico brasileiro de um novo dano autônomo contemporâneo: a perda de uma chance.

5 CONCLUSÃO

Através da presente monografia, que possui como tema a aplicabilidade da perda de uma chance no direito brasileiro, haja vista sua caracterização jurídica de dano autônomo e a ausência de legislação específica que regule sua matéria, buscou-se entender o âmbito de aplicação da teoria no país, através das interpretações contemporâneas dos tribunais pátrios, mormente a dissonância da doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Nessa linha, tem-se que a chance perdida é aplicada nas questões em que a vítima de um evento aleatório, em razão da conduta de outrem, tem retirada a sua possibilidade de auferir um benefício ou evitar um prejuízo, isto é, o infortúnio é analisado através da possibilidade do acontecimento, sem a efetiva confirmação de que a expectativa da vítima teria sido alcançada se não interrompida pela conduta danosa do agente.

Nesse diapasão, avulta asseverar que a teoria da perda de uma chance é consubstanciada no conceito de dano indireto, isto é, em sendo verificada a sua aplicabilidade, não se estará diante de um prejuízo final concreto, mas sim de um infortúnio cujo fim é imprevisível e que depende da verificação da probabilidade do acontecimento perdido.

Isto posto, verificou-se que a chance perdida, durante o interregno de várias etapas da diversificação das relações sociais, não foi aceita pelos tribunais dos mais diversos países, porquanto a indenização devida à vítima de um infortúnio somente era procedida nos casos em que o dano ocorria de forma direta, isto é, quando quedava-se certeza acerca do prejuízo final devido.

Inclusive, o Brasil, conquanto esteja aprimorando os seus entendimentos acerca da chance perdida, ainda não possui jurisprudência consolidada sobre o tema, de modo que ainda podem se verificar óbices quanto aos seus critérios para aplicabilidade nos casos *in concreto*, especialmente no que tange à verificação da chance séria e real e na probabilidade do acontecimento vantajoso perdido.

Destarte, como dito alhures, uma vez que a perda de uma chance ainda não dispõe de pressupostos próprios para a sua aplicação no país, procedeu-se, no primeiro capítulo da presente monografia, à análise da responsabilidade civil no direito brasileiro, porquanto a chance perdida é assentada nos elementos desta, isto

é, para que haja a condenação do agente pela chance perdida, sua conduta deverá abarcar os elementos da responsabilização cível.

Em seguida, no segundo capítulo, conquanto escassos, examinou-se os entendimentos doutrinários acerca da perda de uma chance, através do estudo de sua caracterização em diversas naturezas jurídicas, isto é, como dano moral, material, emergente, autônomo ou lucro cessante. Inclusive, na mesma ocasião, procedeu-se à verificação dos preceitos para a seriedade da chance perdida, bem como as formas de quantificação do dano ressarcível.

Posteriormente, no terceiro capítulo, buscou-se analisar as mais diversas formas de interpretações jurisprudenciais do país que abrangem o tema, isto porque cada uma delas queda-se com entendimentos diversos da doutrina no que concerne aos critérios para a aplicabilidade da teoria em questão. Por fim, fez-se uma análise da consolidação da chance perdida, uma vez que, conquanto ainda não disponha de unissonância, pôde-se verificar que aquele que comete um infortúnio, mesmo que indireto, tem o dever de repará-lo.

Por derradeiro, verificou-se, assim, que a aplicabilidade da perda de uma chance no direito brasileiro está condicionada aos elementos da responsabilidade civil. Outrossim, em que pese haver dissonância nos conceitos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, é cediço que a teoria deverá observar alguns pressupostos próprios, quais sejam, a seriedade da chance perdida e que esta seja iminente e atual.

Nesse desiderato, pôde-se concluir que, conquanto esteja paulatinamente sendo corroborada pelos tribunais do Brasil, é incontestante que a teoria da perda de uma chance ainda dispõe de poucos estudos sobre seu tema, sejam eles doutrinários ou jurisprudenciais, o que, por consequência, gera desalinhos no que concerne aos seus critérios para a aplicabilidade no direito brasileiro, especialmente em relação à verificação da chance séria e real e do percentual mínimo de possibilidade no evento danoso para gerar a necessidade de ressarcimento ao lesado.

Outrossim, avulta asseverar que, no que concerne à verificação do *quantum* indenizatório devido à vítima, a jurisprudência e a doutrina já têm firmado posição no sentido de que a quantificação do dano pela chance perdida sempre será inferior ao montante efetivamente expectado, uma vez que ele deverá ser analisado a partir da

possibilidade do acontecimento vantajoso perdido, ou seja, na probabilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, que, em sendo obstada, será inferior a 100%. Isto é, o dano, na teoria da perda de uma chance, corresponde, proporcionalmente, a possibilidade real retirada da vítima.

Nada obstante, há que se trazer à baila que a mera lacuna na lei e a ausência de unissonância sobre o tema não são capazes de permitir que o Poder Judiciário se abstenha do seu dever de julgar os conflitos, uma vez que aquele que sofre um ato lesivo em razão da conduta de outrem tem o direito de ser indenizado, ainda que existam óbices para a verificação efetiva do infortúnio.

Assim, é cediço que enquanto perdurar a ausência de lei específica sobre a aplicabilidade da perda de uma chance no direito brasileiro, haverá igualmente um descompasso doutrinário e jurisprudencial, de modo que quedará ao juiz o dever de analisar cada caso *in concreto*, no escopo de que aquele que teve obstada a sua chance de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo seja devidamente indenizado, ainda que sua verificação seja controversa e abstrusa.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance**: natureza jurídica e quantificação do dano. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 444**. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. VIII Jornada de Direito Civil. **Enunciado 630**. Art. 945: Culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945 do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios: (i) há diminuição do quantum da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o percentual causal do agir de cada um. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1196957**. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. E CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. SORTEIO. PROMOÇÃO PUBLICITÁRIA. VIOLAÇÃO DE DEVER CONTRATUAL. PERDA DE UMA CHANCE. [...] Embargante: Carla Pompeu de Miranda. Embargado: Carrefour Comércio e Indústria LTDA. Relatora: Ministra Maria Isabel Galloti. Brasília, DF, 10 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1254141**. DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. [...] Recorrente: João Batista Neiva. Recorrido: Vilma de Lima Oliveira – Espólio e outros. Relatora: Nancy

Andrighi. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1454025**. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CRIOGENIA. COLETA DE CÉLULAS-TRONCO NO MOMENTO DO PARTO E POSTERIOR ARMAZENAMENTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PERDA DE UMA CHANCE. VALOR DO DANO MORAL NÃO EXCESSIVO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. [...] Agravante: Cryopraxis Criobiologia LTDA. Agravados: Maria Del Carmen Cuquejo Castro, C C M (menor), M D C C (menor), Guilherme Magalhães Melo Junior. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Brasília, DF, 04 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 788459**. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. [...] Recorrente: BF Utilidades Domésticas LTDA. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 08 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 993936**. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE. [...] Recorrente: Solange Pereira Alves. Recorrido: José Pereira de Rezende Neto. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 27 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 04 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1757936**. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS. REALITY SHOW. FASE SEMIFINAL. CONTAGEM DOS PONTOS. ERRO. ELIMINAÇÃO. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. PERDA DE UMA CHANCE. CABIMENTO. DANOS MORAIS DEMONSTRADOS. [...] Recorrentes: Rádio e Televisão Record S.A e Endemol Brasil Produções LTDA. Recorrido: Alexey Dodsworth Magnativa de Carvalho. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 20 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 821004**. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NÃO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NÃO REEXAMINÁVEL PELO STJ. [...] Recorrente: Rádio Caparaó LTDA. e outro. Recorrido: Marcelo Silva Vitor

Amaral. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 19 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 11 set. 2020.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. 1. ed. São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v.10, jan./mar. 2017.

Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/102950099/v20170010/document/122485138/anchor/a-122485138>. Acesso em: 27 set. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4. *E-book*. Disponível em:

<https://direitouninvest.files.wordpress.com/2016/03/direito-civil-brasileiro-2012-vol-1-parte-geral-carlos-roberto-gonc3a7alves.pdf>. Acesso em: 04 maio 2020.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.2. *E-book*. Disponível em:

https://www.academia.edu/30216244/Manual_de_Direito_Civil_Vol_2_Obriga%C3%A7%C3%B5es_e_Responsabilidade_Civil_Roberto_Senise_Lisboa_1_1_. Acesso em: 04 maio 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 591064837**. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance. Apelante: Ernani Enio Juchem. Apelada: Érica Noe. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 29 de agosto de 1990. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04 maio 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 589069996**. RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORRECAO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NAO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGACAO DE RESULTADO E DE INDENIZACAO POR PERDA DE UMA CHANCE. Apelante: Ruth Lea Xavier Leite. Apelado: Antônio Flávio Del Arroyo. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 12 de junho de 1990. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Método, 2018, v.1. *E-book*. Disponível em:

https://www.academia.edu/39009414/_Manual_de_Direito_Civil_2018_Fl%C3%A1vio_Tartuce. Acesso em: 04 maio 2020.