



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

ROSANE FERNANDES DELGADO

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Assis/SP

2014

ROSANE FERNANDES DELGADO

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto Municipal
de Ensino Superior de Assis, como requisito
do Curso de Graduação.**

Orientador: Sérgio Augusto Frederico

Área de Concentração: Direito Civil

Assis/SP

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

DELGADO, Rosane Fernandes.

Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance/ Rosane Fernandes Delgado.
Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2014.
38 p.

Orientador: Sérgio Augusto Frederico.

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –
IMESA.

1. Responsabilidade Civil 2. Perda de uma Chance 3. Nexo de Causalidade
4. Omissão 5. Dano 6. Culpa 7. Indenização.

CDD: 340

Biblioteca da Fema.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

ROSANE FERNANDES DELGADO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis, como requisito
do Curso de Graduação analisado pela
seguinte comissão examinadora:

Orientador: Sérgio Augusto Frederico

Analisador(a): _____

Assis/SP

2014

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os meus familiares e amigos que sempre me incentivaram a seguir os meus sonhos e me acompanharam no decorrer da minha jornada.

AGRADECIMENTOS:

O presente trabalho não teria chego ao fim sem o auxílio de vários amigos e colaboradores, aos quais eu presto meus sinceros agradecimentos.

Mas meu agradecimento em especial é a Deus, por me proporcionar força nessa jornada.

Agradeço aos meus pais, Dorival Delgado e Antonieta Silva Fernandes, aos quais sempre me apoiaram, sem medir esforços, e estiveram ao meu lado em todos os momentos.

Assis, 14 de julho de 2014.

RESUMO

O estudo do trabalho, está voltado para a área do direito civil, se aprofundando na responsabilidade civil pela perda de uma chance. Temos como base as principais características, a evolução e a natureza jurídica, as teorias e os fundamentos, e enfim a aceitação sistemática no direito brasileiro.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil; Perda de uma Chance; Nexos de Causalidade; Omissão; Dano; Culpa; Indenização.

ABSTRACT

The study of the work is focused on the area of civil law, deepening the liability for the loss of a chance. We based the main character, evolution and nature of the legal liability for the loss of a chance, theories and fundamentals, and finally the systematic acceptance in Brazilian law.

Keywords: Liability; Loss of a Chance; Causation; omission; damage; guilt; Indemnification.

SUMÁRIO

1º INTRODUÇÃO	13
2º PARTE HISTÓRICA, CONCEITO E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS SOBRE A TEORIA PELA PERDA DE UMA CHANCE	15
2.1 HISTÓRICO.....	15
2.2 CONCEITO.....	15
2.3 ADEQUAÇÃO DA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	16
2.4 DIFERENÇA ENTRE A PERDA DE UMA CHANCE E EXPECTATIVA DE DIREITO	16
2.5 AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO.....	17
2.6 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.....	17
3º EVOLUÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE	20
3.1 NOVAS CONCEPÇÕES DE CAUSALIDADE	20
3.2 TEORIAS TRADICIONAIS.....	21
3.2.1 Teoria da equivalência das condições.....	21
3.2.2 Teoria da causalidade adequada	21
3.2.3 Teoria do dano direto e imediato.....	22
3.3 CAUSALIDADE ALTERNATIVA.....	23
3.4 A PERDA DE UMA CHANCE COMO UTILIZAÇÃO DE CAUSALIDADE PARCIAL	23
3.4.1 Fundamentos para adoção de uma causalidade parcial	24
3.5 PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO ESPECÍFICO.....	25
3.6 DANO PRESENTE E DANO FUTURO	26

4º ACEITAÇÃO SISTEMÁTICA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELO DIREITO BRASILEIRO	28
4.1 DIVISÃO ENTRE CHANCE E RISCO: UM PROBLEMA DE CERTEZA .	28
4.2 MANIFESTAÇÃO DA DOCTRINA.....	28
4.3 ATUAL PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	29
4.3.1 Jurisprudência brasileira e natureza jurídica das chances perdidas.	30
4.3.2 Jurisprudência brasileira e a análise da seriedade das chances perdida	31
4.4 PERIGO REPRESENTADO PELO USO INADEQUADO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 944 DO NOVO CÓDIGO CIVIL	32
4.5 A NATUREZA JURÍDICA DAS CHANCES PERDIDAS E A POSSIBILIDADE DE ACEITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO.....	34
5º CONCLUSÃO	37
BIBLIOGRAFIA.....	38

1. INTRODUÇÃO:

O nosso direito civil observa o surgimento de vários estudos de atualidades. A maioria dos manuais que dissertam sobre a responsabilidade civil, trazem um grande avanço da matéria.

O objetivo da responsabilidade civil é a relação contratual. O sistema liberal e individualista da responsabilidade civil foi totalmente relativizado, tendo como consequência a responsabilidade civil objetiva.

Sendo assim, estudiosos da responsabilidade civil se afastaram da análise da capacidade de previdência e diligência do causador do dano, ou seja, fatores que constituem a culpa, focando-se na análise objetiva de reparação da vítima.

É importante ressaltar que a responsabilidade subjetiva aborda os requisitos a seguir para sua configuração: dano, nexo de causalidade, ação e omissão do agente e a culpa.

Observando os estudos, relatamos a grande modificação do paradigma solidarista, que relativiza apenas um dos requisitos como consequência da objetivação da reparação do dano: a culpa. Há também uma grande modificação no nexo de causalidade e o dano.

Diante da modificação e evolução do conceito e aplicação dos requisitos da responsabilidade civil, podemos verificar que a teoria da perda de uma chance tem constituído um campo mais fértil e sofisticado para análise dos requisitos da responsabilidade civil.

Apresenta-se um caráter discutível em relação a natureza jurídica, as perdas de chances ou probabilidades, estão mais presentes na vida dos indivíduos, e vem se tornando algo mais comum.

A teoria da perda de uma chance sempre foi tratada de forma dogmática, como problema de certeza, ou seja, o dano deve ser certo para ser indenizado.

A chance é uma expectativa, que podemos chamar de ganho ou dano final, de acordo com o processo aleatório. Porém quando o mesmo é paralisado por um determinado ato, a vítima sofrerá a perda da probabilidade de algo favorável, sendo a mesma conferida como caráter de certeza.

Desta forma, nos capítulos a seguir vamos traçar contornos a respeito do conceito, adequação e suas principais características, evolução e natureza jurídica e a aceitação sistemática da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro.

2º PARTE HISTÓRICA, CONCEITO E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS SOBRE A TEORIA PELA PERDA DE UMA CHANCE:

2.1 HISTÓRICO

O tema em questão, tem enfoque na clássica responsabilidade civil, que possui uma relevância nos dias atuais com uma constante evolução do direito.

A chamada perda de uma chance foi criada através da jurisprudência francesa, que foi denominada como chance de uma cura, sendo a mesma limitada apenas para aplicação nos casos de responsabilidade médica.

Pode-se concluir que a teoria tem origem da dificuldade de configurar o nexo causal entre a conduta do agente o dano sofrido pela vítima lesada, em certos casos.

Existe milhões de situações relacionadas a esta teoria, as quais são analisadas pelo judiciário, porém ainda há restrição nos demais ordenamentos jurídicos.

2.2 CONCEITO

Teoria inspirada na doutrina francesa, onde o autor de um determinado ato ilícito, faz com que a vítima deixe de obter uma situação futura melhor, ou seja, perde a oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar algum tipo de prejuízo, sendo assim, a responsabilidade civil pela perda de uma chance reconhece a possibilidade de indenizar aquele que se vê privado de obter lucro ou evitar prejuízo. Isto ocorre, nos dias de hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva que influênciam a sistemática do dever de ressarcir aquele que foi lesado.

2.3 ADEQUAÇÃO DA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ideal da presente teoria, é de que a reparação não ocorra através do dano, mas sim pela perda de uma chance real, ou seja, mesmo que não haja um dano certo e determinado, existe o prejuízo para a vítima, que decorre da legítima expectativa de obter um benefício ou evitar qualquer tipo de prejuízo.

Lembrando que é imprescindível destacar que a expectativa incerta ou pouco provável, jamais, em hipótese alguma será analisada. A chance que será indenizada, é aquela em que algo certamente iria ocorrer, porém se tornou frustrada a concretização através do fato danoso.

Para que se possa diferenciar a perda de uma chance da simples criação de um risco é a perda definitiva da vantagem, no qual a mesma era esperada pela vítima, sendo assim, existência do dano final.

É obvio que a certeza nem sempre é totalmente absoluta, e tratando-se do grau de probabilidade, o mesmo deve ser analisado pelo juiz.

2.4 DIFERENÇA ENTRE A PERDA DE UMA CHANCE E EXPECTATIVA DE DIREITO

O ordenamento jurídico não prevê uma reparação de forma clara, ficando a cargo da jurisprudência delimitar os limites de incidência. Os julgadores tratam do assunto de forma restrita, sendo necessário a comprovação de vários fatores essenciais.

O principal fator é a chamada de chance concreta, que deve ser demonstrada pela parte requerente, analisando provas contundentes que demonstre o que realmente foi impedido de adentrar no patrimônio da vítima. Também é importante demonstrar a conduta culposa do agente, ou seja, deve estar presente a conduta do ofensor e a chance real perdida pela vítima. Lembrando que a chance perdida não se confunde os lucros cessantes. Vale reiterar que os tribunais brasileiros adotam a teoria, considerando a necessidade de comprovar o dano. Caso não demonstre o mesmo, baseando em hipóteses abstratas, dependendo de diversos fatores, e excluindo a

conduta que for realizada por terceiro, não pode se concluir a chance perdida, ficando esclarecido que somente será beneficiado aqueles casos em que houver a verdadeira demonstração de perda, repudiando-se casos que visem locupletar ilicitamente.

2.5 AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO

A perda de uma chance configura-se através de sua prova na simples existência do fato que gerou a perda da possibilidade de tentar, ou seja, basta apenas a prova do nexo causal, já a expectativa de direito é a realização de um ato ou fato futuro e previsível, que se configura na probabilidade ou na possibilidade de o interessado vir a adquirir ou ter um direito subjetivo. Observamos abaixo um artigo que se refere a doutrina:

[...] "A doutrina, de fato, tem falhado na elaboração dogmática dos novos critérios de responsabilidade civil e a jurisprudência, premida pelas necessidades impostas pela realidade social, vem desempenhando a tarefa por conta própria, criando um universo discricionário e, não raro, incoerente."¹

Sendo assim, podemos analisar que há ausência de regulamentação jurídica para a teoria da perda de uma chance, por isso toda a matéria presente, que se refere a essa teoria esta ditada na doutrina e jurisprudência.

2.6 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O entendimento jurisprudencial nasceu nos tribunais do Rio Grande Do Sul e do Rio De Janeiro, mas vem crescendo no país, em especial no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A jurisprudência paulista também admite o uso da teoria em casos de responsabilidade do advogado.

¹ Extraído do site www.andreassaeandreassa.adv.br/wp-content/uploads/2013/01/artigo13.pdf.

É importante esclarecer que os tribunais pátrios fazem uso dessa teoria apenas em casos de área médica, porém hoje isso ocorre de forma mais ampla.

Podemos observar abaixo uma jurisprudência em um caso médico, em que se evidencia a morte de um recém-nascido logo após o parto, no qual o mesmo não foi levado com urgência para UTI, e falece devido a demora de remoção. Ficando evidente a responsabilidade do hospital que reduziu a sobrevivência da criança, ficando sentenciado por dano morais. Observamos a jurisprudência abaixo:

[...]TJ-RJ - APELACAO : APL 47040520068190014 RJ 0004704-05.2006.8.19.0014

Dados Gerais

Processo: APL 47040520068190014 RJ 0004704-05.2006.8.19.0014

Relator(a): DES. FLAVIA ROMANO DE REZENDE

Julgamento: 28/03/2012

Órgão Julgador: VIGESIMA CAMARA CIVEL

Publicação: 04/04/2012

Parte(s): Apdo : DEBORA JOSE DE OLIVEIRA AUGUSTO
Apte : SOCIEDADE PORTUGUESA DE BENEFICENCIA DE CAMPOS

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE RECÉM-NASCIDO LOGO APÓS O PARTO. DEMORA NA REMOÇÃO PARA UTI. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.

1- Inegável a fragilidade da condição de saúde do recém-nascido. Todavia, o fato de o mesmo não ter sido encaminhado para uma unidade de tratamento intensivo, evidencia a redução drástica da possibilidade de cura do filho da genitora.

2- O erro no procedimento é suficiente para caracterizar a culpa do réu e, portanto, ensejar a responsabilidade do hospital que reduziu a sobrevivência da criança.

3- Sentença que fixou os danos morais levando em conta a sua extensão, bem como os patamares estabelecidos por esta Corte. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.²

(www.tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21595496/apelacao-apl-47040520068190014-rj-0004704-0520068190014-tjrj.)

² JURISPRUDÊNCIA. TJ-RJ - APELACAO APL 47040520068190014 RJ 0004704-05.2006.8.19.0014 (TJ-RJ).

Extraído do site www.tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21595496/apelacao-apl-47040520068190014-rj-0004704-0520068190014-tjrj. Acessado no dia 07 de agosto de 2014.

Sendo assim, verifica-se a existência da teoria em diversas situações, tais como a perda de uma chance para obter lucros na venda de um disco, de obter um financiamento junto à instituição financeira, lucros com o aluguel de um apartamento, de oportunidade de emprego, entre outros.

No Brasil, a adoção da responsabilidade civil sobre a perda de uma chance, é relativamente nova e seu estudo fica a cargo da doutrina e da jurisprudência, sendo que o Código Civil de 2002 não menciona a mesma. Existe, ainda, ausência de critérios argumentativos.

A teoria da perda de uma chance no nosso ordenamento brasileiro não é uma questão pacífica nem na doutrina, nem na jurisprudência, sendo assim, a doutrina tradicional não reconhece a teoria da perda de uma chance, pois não existe possibilidade de se determinar qual seria o resultado final, não há possibilidade de dano pela perda da chance, pois a mesma recai na seara do dano hipotético, eventual.

3º EVOLUÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

3.1 NOVAS CONCEPÇÕES DE CAUSALIDADE

Os estudos relacionados ao nexu causal recebe uma crescente atenção pela teoria do risco, no qual a mesma prescinde de culpa, havendo debate sobre a responsabilidade civil para o dano e o nexu causal.

Se impossível a reparação do dano final, do valor total da vantagem esperada pela vítima , isto se dá pela falta de causalidade necessária entre o dano final e o agente ofensivo que interrompeu o processo aleatório e a conseqüente perda de chances. Desaparecendo a vantagem esperada, há a possibilidade de causas externas.

As doutrinas possuem requisitos básicos como a necessidade de prova, a vítima está obrigada a se contentar apenas com a reparação pela perda da chance, porém, se tornando evolutiva a relativização da culpa, a doutrina passou a modificar os pressupostos das teorias clássicas sobre o nexu causal criando a causalidade alternativa.

A utilização dessa presunção causal, faz com que os requisitos da causalidade clássica seja menor e permita a reparação do dano final. A mesma foi utilizada na jurisprudência norte-americana, valendo o critério do fator substancial, possibilitando a reparação do dano final, nos casos de perda de chance médica. Entretanto outros doutrinadores obtiveram uma aplicação mais ousada da causalidade, com isto, não se acredita que a solução seja os requisitos probatórios do nexu causal. a qual possibilita a reparação do dano final. Não acredita também na autonomia do dano representado pela perda da chance ao dano final, sendo assim, afirma que as chances perdidas serão calculadas através da causalidade entre o ato omissivo do réu e o dano final.

3.2 TEORIAS TRADICIONAIS

3.2.1 Teoria da equivalência das condições

O nexo de causalidade é um dos requisitos fundamentais para ação de indenização, no qual o nexo deve ser certo. A ação, omissão e o dano não caracteriza a causalidade, porém assegura que determinado ato ou omissão se considere causa quando se representa uma condição necessária.

Deste modo, a teoria da equivalência de condições, admite que todos os eventos necessários para ocorrência do dano, se torna considerável como causa equivalente, não existindo espaço para qualquer tipo de distinção, tendo em vista que se ocorrer o desaparecimento de qualquer delas, não haverá ocorrido o prejuízo.

3.2.2 Teoria da causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada, criada no final do século XIX, que se caracteriza pela união as duas teorias. Para explicar melhor essas teorias, utilizaremos também o processo hipotético, verificando condições necessárias.

Havendo uma grande inovação a causalidade adequada, refere-se além de causas necessárias, deve ser adequadas, sendo assim, o fato considerado causa de dano, relacionado através da ciência e da experiência, no momento da produção do mesmo, se torna possível prever que tal fato gera o dano. É através de diversas causas de danos que se apresenta uma possibilidade de resultado.

Determinamos que eventos provocados sob ocasiões excepcionais não são considerados como causas adequadas, admitindo que a causalidade adequada tem como requisito principal a probabilidade, para que seja possível afirmar a possibilidade objetiva de que o fato causou o prejuízo. Sendo importante destacar

que a análise deve ser feita em face de situação concreta e não de determinada maneira abstrata.

Autores nacionais consideram que a teoria do dano direto e imediato é uma teoria que esta positivada no nosso ordenamento jurídico, sendo que, tal afirmação está embasada nos artigos 1.060 do código civil e 403 do novo diploma civil (2002. p, 199).

No artigo 403, dispõe:

[...] “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.³

No artigo 1.060, do código civil de 1916, dentro do título dos efeitos das obrigações, mais específico no Capítulo sobre perdas e danos, no qual mantém sua relação com a responsabilidade contratual. Contudo, considera-se que o dispositivo traça fundamentos relacionados ao nexo de causalidade, abrangendo todo o sistema de responsabilidade civil.

Consideramos também, que a presente teoria apresenta várias causas possíveis, relacionadas as condições necessárias, ou seja, apenas uma causa pode ser considerada direta e imediata, sem a mesma, o dano não recorre.

3.2.3 Teoria do dano direto e imediato

Nos moldes em que ocorreu a relativização da culpa, vamos relacionando alternativas de nexo causal. E com o uso das teorias tradicionais, já não se mostra adequado, que o princípio solidarista, afirmado na constituição federal, obtenha real efetividade.

Sendo necessário ressaltar, que a maioria da doutrina, dispõe que a responsabilidade civil pela perda de uma chance médica, é aplicada com modificação de padrões tradicionais da causalidade, porém há duas soluções

³ CIVIL, Código. 2002. Página 199.

dogmáticas que solucionam a questão relacionada a perda de uma chance. A primeira é uma espécie de presunção causal, que alcança a indenização da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. A segunda, ao contrário, permite que a reparação deva continuar limitada, relacionando-se ao valor da chance perdida.

Nestes casos os autores não fazem nenhum tipo de distinção sobre as modalidades, entretanto, ao contrário dos autores que acreditam que a perda de uma chance ocorre com a causalidade parcial, identificamos a vantagem da chance perdida.

Sendo assim, acredita-se nas duas soluções citadas, as quais se relacionam com a causalidade alternativa.

3.3 CAUSALIDADE ALTERNATIVA

A maior parte da doutrina admite que na seara médica, a teoria da perda de uma chance se utiliza da causalidade parcial, no qual todos os casos tem a idéia de causalidade parcial. Sendo assim, considera-se a chance perdida como dano autônomo, utilizando o mesmo para quantificar o liame causal entre a ação e o dano final.

Porém, de acordo com as teorias tradicionais relacionadas ao nexos de causalidade, o dano final é irreparável, não podendo quantificar a conduta do agente através da relação de condição necessária para surgir o dano final.

Podemos então considerar que o prejuízo final não está relacionado a causalidade totalmente provada como ato do ofensor, não representa uma condição necessária para realizar a vantagem esperada, podendo conceder reparação, apenas para prejuízo parcial, relativo.

3.4 A PERDA DE UMA CHANCE COMO UTILIZAÇÃO DE CAUSALIDADE PARCIAL

Já se sustenta uma certeza em relação a probabilidade do nexo causal, havendo uma carga probatória de determinados elementos que convencem o magistrado ou o júri. Neste caso, todo o processo etiológico é a combinação da lei causal e a lei aleatória, no qual a teoria da perda de uma chance tem visto que o dano se forma por fatores conhecidos e desconhecidos, ou seja, determinada terapêutica é eficaz, porém não é possível afirmar que o tratamento implica na cura do paciente. E é neste sentido que a lei aleatória faz com que a causalidade se enriqueça, pois de modo de determinação técnica inexoravelmente fundado sobre correlação estatística, tem o seu valor científico inegável. Até mesmo as ações simples, que são baseadas em experiência, aquelas fundadas em correlação estatística pré-científica, permite que determinado ato seja feito determinando de certa maneira, por várias vezes, atingindo certo resultado.

3.4.1 Fundamentos para adoção de uma causalidade parcial

A responsabilidade civil pela perda de uma chance vem observando varias regras, pois a conduta que o réu obtém não corresponde a uma *conditio sine qua non* (condição necessária), relacionada ao dano final, que é a perda de forma definitiva da vantagem esperada.

Há uma distinção das predisposições em relação a vítima e os casos relacionados a responsabilidade da perda de uma chance. Em uma decisão da corte francesa, em 22 de julho de 1988, no qual um médico foi condenado pela perda de chance de cura de seu paciente, pois não diagnosticou a doença grave, o que ocasionou uma internação tardia, trazendo a conseqüência de paralisia da vítima, podemos analisar a causalidade da falha e a taxa de incapacidade permanente, neste caso existe a causa necessária e o dano final, sendo a taxa de incapacidade permanente e a falha do médico, aplicando as predisposições para saber qual foi o dano sofrido pela vítima através do erro médico.⁴ (2013. p, 80)

Uma corrente majoritária diferencia os casos na seara médica de outros casos, porém todos os casos podem e devem ser solucionados pela noção do dano, ou

⁴ PETEFFI DA SILVA, Rafael. 2013. Página 80.

seja, sendo desnecessário modificação do padrão tradicional da causalidade, no qual a maioria dos autores acreditam que a responsabilidade pela perda de uma chance sempre ocorrerá o “desaparecimento da probabilidade de um evento favorável”.

3.5 PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO ESPECÍFICO

É típico que todo caso que se relaciona a responsabilidade civil pela perda de uma chance, o prejuízo que é sofrido pela vítima, é fácil de identificar, a perda da vantagem esperada, conhecida como dano final. Porém, a perda definitiva da vantagem esperada jamais poderá ser indenizada, no qual a conduta do réu não se considera como condição indispensável.

Através do renovado estudo da doutrina, a teoria da perda de uma chance se encerra por duas categorias. A primeira delas se faz através de um conceito específico e independente do dano, já a segunda, se relaciona ao conceito de causalidade parcial em relação ao dano final. Porém, é importante ressaltar que nos casos médicos, observa-se que as categorias na perda de uma chance não apresenta o objeto de exclusão da segunda aplicação.

Já Fernando Noronha não acredita que seja necessário o conceito de causalidade parcial, ele concorda e defende teorias das chances perdidas, considerando as espécies das teorias, como sendo autônomas e distintas de “eventuais benefícios que eram esperados”.⁵ (2003. p, 671)

Tanto na causalidade concorrente, como na alternativa, o réu deve presumir a existência de causalidade, pois o mesmo praticou um ato, que por fim causou um dano, e sendo assim, deve recair sobre o réu o ônus da prova, que sendo condicional, não apresenta adequação entre fato e dano. Contudo, o réu admite a presunção de causalidade contra si, exatamente como foi proposta por Fernando Noronha, que não propugna que o réu repare o dano final integralmente, mas pelo

⁵ NORONHA, Fernando, 2003. Página 671.

contrário: “resolvida a questão do nexo causal, é preciso ver a questão do dano”.⁶ (2003. p, 683-684).

É necessário presunções que provem o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano final, que vem a ocorrer pela impossibilidade de admitir que o dano seja autônomo e independente nas chances perdidas.

Continua-se a esposar que a sistematização da teoria da perda de uma chance, existe através de duas modalidades, a primeira com um tipo de dano autônomo, pelas chances perdidas, e a segunda está relacionada a causalidade parcial, no qual a conduta do réu apresenta o dano final.

3.6 DANO PRESENTE E DANO FUTURO

Há uma grande confusão, quando tratamos do dano futuro e do dano presente sobre a teoria da perda de uma chance.

Conforme Eduardo Zannoni (1993, p. 67-69):

[...]“todo dano é obrigatoriamente posterior ao evento danoso ou eventus damni”⁷.

Fica claro que o evento danoso não serve cronologicamente de referência para identificarmos como dano futuro, que receberá como dano presente.

De acordo com Fernando Noronha (2003. Página 578.):

[...]“são danos presentes , ou atuais, os danos efetivamente ocorridos, isto é, os já verificados no momento em que são apreciados, são futuros os danos que só ocorrerão depois desse momento, embora ainda como consequência adequada do fato lesivo”.⁸

É possível encontrar danos futuros, em casos de acidentados que perde a chance de obter um emprego que lhe traga mais lucros no futuro.

⁶ NORONHA, Fernando. 2003, Página 683 – 684.

⁷ ZANONI, Eduardo A. 1993. Página 67 – 69.

⁸ NORONHA. Fernando. 2003. Página 578.

Porém, não acredita-se na existência da correlação de danos futuros e presentes, e as modalidades de casos clássicos, e aqueles relacionados a causalidade alternativa.

Sendo assim, podemos diferenciar os danos futuros e presentes, pois como se afirma Fernando Noronha e Eduardo Zannoni, quando se dá a prolação ao magistrado⁹ (2003. p, 578 - 1993. p,69). E é assim que o processo aleatório chegará ao final, através da perda definitiva da vantagem esperada, restando-lhe determinar se o efeito do dano se esgotará ou continuará no futuro.

⁹ NORONHA, Fernando. 2003, Página 578, e ZANONI, Eduardo A., 1993. Página 69.

4º ACEITAÇÃO SISTEMÁTICA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELO DIREITO BRASILEIRO

4.1 DIVISÃO ENTRE CHANCE E RISCO: UM PROBLEMA DE CERTEZA

Tem-se que desde o início do trabalho, o tema a teoria da perda de uma chance tem uma grande relação com o problema de certeza, o qual envolve todas as hipóteses que se encontra em contraposição a idéia de certeza. Sabendo que é impossível provar a perda da vantagem esperada, ou seja, do dano final, que tem a consequência certa e direta sobre a conduta do réu, que nos leva a crer que os operadores do direito criem estimativas e probabilidades, como tais a reparação da perda de uma chance, ora uma espécie típica, outrora com uma pequena utilização ortodoxa do nexo de causalidade.

Também é importante ressaltar que as hipóteses da perda de uma chance se diferencia dos riscos, ou seja, as chances perdidas pela vítima, faz com que aumente o risco de perder a vantagem tão esperada. Sendo assim, utilizando um sentido um tanto vulgar, podemos dizer que a perda de uma chance nos traz a idéia de criar riscos.

4.2 MANIFESTAÇÃO DA DOUTRINA

A manifestação da doutrina brasileira vem se mostrando muito tímida em relação a responsabilidade civil pela perda de uma chance. No passado havia uma certa resistência em relação a esta teoria por alguns doutrinadores.

Porém, alguns estudos antigos, faziam alusão à possível indenização da chance perdida. José de Aguiar Dias, chamou de “magistrado bisonho”, prolator de um voto emanado, em um julgamento no tribunal de justiça de São Paulo, ao se tratar de responsabilidade civil do advogado, que negava a responsabilidade do mesmo, pela falta de preparo há um recurso de apelação trabalhista, pois tal, não constituiria o dano¹⁰. (1997, p. 297)

Em relação aos doutrinadores modernos, Rui Stoco, vem a crer que a perda de uma chance relacionada ao advogado “exsurge como inaceitável” (2001 p, 512).¹¹ Sendo assim, acreditamos que qualquer tipo de comentário afamado tratadista, já representa contraponto eloqüente.

4.3 ATUAL PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Iniciada as primeiras pesquisas sobre a teoria pela perda de uma chance, a jurisprudência e a doutrina era bastante incipiente, apenas alguns julgados que faziam menção a respeito da teoria a qual nos referimos.

Atualmente há uma grande ebulição da teoria nos tribunais brasileiros, além do que já foi citado no tribunal gaúcho, que continua pavimentando a aceitação da teoria a perda de uma chance, considerada como instrumento útil para reparação de danos. É importante citar também que, a maioria das decisões relacionados a teoria, são proferidas a partir do início do novo milênio. E sendo assim, o entusiasmo se torna inquestionável o crescimento de julgados envolvendo a teoria da perda de uma chance, que pelo fatos dos tribunais brasileiros não terem tomado contato com a teoria, assim, dizemos de forma imprópria, que a presente teoria já goza de aplicação geral e irrestrita, através da jurisprudência brasileira.

Porém, por outro lado, não existe nenhum tipo de jurisprudencial que tenha se aprofundado no estudo da teoria da perda de uma chance, com uma posição definitiva a sua aplicação.

¹⁰ AGUIR DIAS, José Da Responsabilidade Civil. 1997, p. 297.

¹¹ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil, 2001. Página 512.

E mesmo não contando com uma jurisprudência consolidada, a maioria dos julgados encontrados nos diversos tribunais, possibilita a identificação das jurisprudências brasileiras, tais características, afastam a sistemática tradicional da teoria da perda de uma chance no direito estrangeiro, causando equívocos conceituais mais graves.

4.3.1 Jurisprudência brasileira e natureza jurídica das chances perdidas

Já existe uma boa parte da doutrina que admite a aplicação da teoria da perda de uma chance em casos médicos e hospitalares, até mesmo nos acórdãos em que há a chance perdida, não existe a preocupação da reparação da mesma na caracterização de desvirtuamento da noção clássica de nexo causal.

Podemos citar um caso:

:

[...]Tribunal do Paraná, no qual o magistrado Sérgio Luiz Patitucci, condenou a Unimed a indenizar a perda da chance de sobrevivência, devido à falha de serviço no transporte aéreo, o qual retirou a chance da vítima de sobreviver. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PLANO DE SAÚDE - CONTRATO QUE PREVIA ATENDIMENTO AO USUÁRIO POR UTI AÉREA - MAU FUNCIONAMENTO DO TELEFONE DE EMERGÊNCIA, NO AEROPORTO DE CONGONHAS - DENÚNCIAÇÃO DA LIDE, PELA UNIMED LONDRINA, À UNIMED AIR - IMPOSSIBILIDADE - PACIENTE COM DERRAME CÉREBRAL (AVC HEMORRÁGICO) - TRANSPORTE TERRESTRE, POR UTI MÓVEL - MORTE DO SEGURADO - DEMANDA MOVIDA PELA VIÚVA E DOIS FILHOS - DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO - SERVIÇO DEFICIENTEMENTE PRESTADO - NEXO CAUSAL VINCULADO À PERDA DE UMA CHANCE DE SOBREVIVÊNCIA - PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DEMANDA INDENIZATÓRIA - MONTANTE INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$16.000,00 (DEZESSEIS MIL REAIS) - APELAÇÃO DOS AUTORES, PLEITEANDO ELEVAÇÃO AO "QUANTUM" DE MIL SALÁRIOS MÍNIMOS PARA CADA UM - APELO DA UNIMED, PELA CABAL IMPROCEDÊNCIA OU REDUÇÃO DO VALOR - RECURSOS DESPROVIDOS.¹² (Extraído do site <http://tj-pr.jusbrasil.com.br>).

No caso julgado acima, não existe a menção de responsabilidade pela perda de uma chance, relacionada a casos médicos, quando estes envolvem a causalidade parcial, sendo assim, a natureza jurídica da teoria não encontra análise por parte da jurisprudência nacional. É importante ressaltar que, diferente da jurisprudência

¹² Tribunal de Alçada do Paraná. Apelação Cível nº 224231 – 1, Julgado em 22 de abril de 2003. Extraído do site <http://tj-pr.jusbrasil.com.br>.

francesa, tribunais gaúchos não indenizam danos emergentes sofridos pela vítima. Mesmo com poucas explicações a respeito da metodologia usada no dano, o Tribunal de Justiça de São Paulo, também possui precedente utilização da perda de uma chance para casos relacionados a falhas.

Sem questionar a categoria do dano que independe da causalidade parcial, acredita-se que qualquer tipo de observação deve ser feita dentro da natureza jurídica.

Em alguns julgados brasileiros há uma confusão em hipóteses em que a perda de uma chance acaba sendo considerada como dano extra patrimonial, nos casos em que a chance perdida é um dano com valor de mercado, sendo assim, de natureza patrimonial.

4.3.2 Jurisprudência brasileira e a análise da seriedade das chances perdida

Anteriormente foram realizadas críticas sobre a indenização por dano moral pela perda de uma chance, a qual apresentava caráter patrimonial, deixando de examinar aspectos de caso concreto, o qual mensura a probabilidade de auferir a vantagem esperada. Constatou-se que a probabilidade de a vítima auferir a vantagem esperada é feita através da responsabilidade pela perda da chance que é negada pela falta de seriedade da chance perdida. Segue abaixo uma jurisprudência como exemplo:

TRF-2 - AC APELAÇÃO CIVEL AC 200951010092561 (TRF-2)

Data de publicação: 16/07/2014

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR.

SORTEIO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. 1. Postula o apelante reparação civil por danos morais em decorrência da **perda** da **chance** de concorrer aos prêmios oferecidos pelo título de capitalização, cujas mensalidades foram equivocadamente consideradas inadimplidas pela instituição financeira. 2. Restou comprovada a falha do serviço em relação ao registro do pagamento das parcelas referentes aos meses de outubro/2008, dezembro/2008 e janeiro/2009. Em contrapartida, o autor não demonstrou o adimplemento da parcela de novembro/2008, de modo que persiste a impossibilidade de participar dos sorteios, destinados apenas aos títulos com os pagamentos em dia, conforme regra do Regulamento. 3. Inaplicável a

"teoria da perda de uma chance" (perte d'une chance), que pressupõe a demonstração de que a vítima de uma conduta lesiva perpetrada por outrem possuía chance real e séria de obter uma situação futura mais favorável, da qual foi privada, se não fosse o ato ilícito praticado. 4. Apelação desprovida.¹³ (Extraído do site WWW.jusbrasil.com.br)

Em situação relacionada a responsabilidade do advogado, pela interposição de recurso intempestivo, decisão feita pelo desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que realizou uma análise da seriedade das chances perdidas, com pouca probabilidade de o recurso obter mérito, considerando não reconhecimento do mesmo, pelo fato da intempestividade não apresentou chance digna de reparação.

O tribunal de justiça do Rio de Janeiro, tem realizado a aplicação da teoria com análises da seriedade das chances perdidas pelas vítimas.

Em relação ao verdadeiro dano que será indenizado, a quantificação feita por acórdãos brasileiros aprecia a chance perdida, sem relação da vantagem esperada pela vítima.

4.4 PERIGO REPRESENTADO PELO USO INADEQUADO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 944 DO NOVO CÓDIGO CIVIL

A função da responsabilidade civil é indenizar a vítima, para que a mesma volte ao estado que se encontrava antes do evento danoso, sendo assim, a indenização corresponde à integralidade do dano, o qual está prescrito no caput do artigo 944 do código civil (2002. p. 231):

[...] "a indenização mede-se pela extensão do dano".¹⁴

Sérgio Cavalieri Filho (2003. p.125):

[...] "limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados",¹⁵

¹³ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DA+PERDA+DE+UMA+CHANCE>

¹⁴ CIVIL, Código. 2002. Página, 231.

Não era lícito ao julgador quantificar o dano, sobretudo nos casos de dano patrimonial.

Em hipóteses da responsabilidade subjetiva, o grau da culpa não se influi na quantificação do dano, ou seja, basta então a culpa levíssima para que o réu indenize todo o prejuízo (1995. p, 215- 2003. p,520)¹⁶ No entanto, para proteger esse tipo de situação, o legislador projetou o parágrafo único do artigo 944 do diploma civil que dispõe (2002. p,231. Parágrafo Único).:

[...] “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.¹⁷

É importante ressaltar a alusão há impossibilidade de aplicação da referida regra em casos de responsabilidade objetiva, e em casos em que o réu responde por dano criado, que se baseia na teoria do risco (responsabilidade objetiva), o grau de culpa é absolutamente inadequado, ou seja, a conduta antijurídica é suficiente para total responsabilização do agente. Portanto, responsabilidade que prescinde de culpa, tendo reparação integral do dano, torna-se absurdo falar em desproporção entre o dano e a culpa do agente.

Consideramos um tanto estranho advento do parágrafo único 944 do novo código civil, que dispõe sobre a graduação da culpa relacionada à indenização, a qual poderia representar algum tipo de ameaça à teoria da perda de uma chance. E sendo assim, é fato, o perigo que envolve o novo dispositivo legal não tem qualquer relação com a admissão da responsabilidade pela perda de uma chance no nosso ordenamento jurídico. Oferece porém, graves incompreensões a fundamentação de hipóteses típicas da perda de uma chance.

Há uma preocupação com o equívoco entra a culpa e a causalidade, equívoco que consta com base legal, jurisprudencial e doutrinária.

A maioria dos autores, entre eles Aguiar Dias (1997, p. 38)¹⁸ Paulo de Tarso Sanseverino (2002, p. 274)¹⁹ e Sérgio Cavalieri Filho (2003, p. 61-76)²⁰ acreditam

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2003. Página 125.

¹⁶ ALVIM, Agostinho, 1995. Página 215, e GONÇALVES, Carlos Roberto. Comentários ao Código Civil, 2003. Página 520.

¹⁷ CIVIL, Código. 2002. Página 231.

ser mais adequado mencionar a expressão “concorrência causal” ao invés de “concorrência de culpas”, a melhor aplicação é através do grau de participação de cada agente para que haja a consecução do dano (2003, p.521-523)²¹

Por intermédio do artigo 945 (2002, p. 531)²² do novo código civil, reacende um debate, em relação ao equívoco do legislador, a respeito da confusão entre a causalidade e a culpa, e nesse ponto Fernando Noronha afirma que a melhor solução é a repartição da causalidade (2003, p. 645)²³

Lembrando que o equívoco entre a culpa e causalidade teve escopo em explicar o perigo representado pelo parágrafo único do artigo 944, lembrando que o mesmo se refere apenas ao requisito de culpa.

O parágrafo único do artigo 944 do novo código civil, será utilizado apenas em casos que geram grandes prejuízos por ações ou omissões, que dentro da responsabilidade civil subjetiva, será revestido de culpa levíssima.

Diante do exposto, é importante manter a atenção para evitar casos típicos de responsabilidade pela perda de uma chance não acabem fundados no parágrafo único do artigo 944, impedindo que haja desproporção entre o dano causado, quando na realidade, a questão é a análise do dano e da causalidade.

4.5 A NATUREZA JURÍDICA DAS CHANCES PERDIDAS E A POSSIBILIDADE DE ACEITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO.

A aceitação da teoria da perda de uma chance se caracteriza pela maneira de considerar as probabilidades. O avançar da tecnologia possibilitou uma crescente avaliação e quantificação de evidências.

Alguns tribunais brasileiros não reconhecem a teoria, porém alguns tribunais pátrios ultrapassam barreiras sistemáticas e aplicam a teoria em casos variados. A

¹⁸ AGUIAR DIAS, José de. 1997, página 38.

¹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código de defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor, 2002, página 274.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio, 2003, página 61 - 76.

²¹ GOLÇALVES, Carlos Roberto, 2003, página 521 e 523.

²² CIVIL, Código. 2002. Artigo 945. 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 o autor do dano. Página 231.

²³ NORONHA, Fernando, 2003, página 645.

aceitação da perda de uma chance como espécie de dano certo, surge como o direito nacional, segue e assim continuará, porém, no ordenamento brasileiro, não há qualquer dispositivo relacionado a aplicação da teoria. Acredita-se também sobre as propostas relacionadas a quantificação do dano, as diferenciações das modalidades de responsabilização pela criação de riscos, está em conformidade com o direito positivo e poderá enriquecer a teoria da perda de uma chance.

Já analisado a falta de estudos que se aprofunda sobre o presente tema, ocasionou para o mesmo aplicações “originais”, o que resultou equívocos. É precoce, afirmar que a doutrina e jurisprudência brasileiras internalizaram discussões sobre a natureza jurídica das chances perdidas, admitirá hipóteses que depende de uma aplicação ortodoxa do nexa causal.

Fernando Noronha, acredita que existe uma categoria da responsabilidade pela perda de uma chance, diferente da categoria clássica, a qual podemos observar nas espécies do processo aleatório, em que a vítima foi até o seu final (2003, p. 676)²⁴, perdendo definitivamente a vantagem esperada, analisando esta situação, a aplicação desta categoria abre mão da causalidade concorrente ou alternativa, não mencionando a causalidade parcial (2003, p.681).²⁵ Assim como tais causalidades, são institutos, que em certa medida aceito no ordenamento, “a perda de uma chance evita o prejuízo ocorrido”, tendo como principais exemplos casos de responsabilidade médica, podendo ser aceita, sem gerar problemas no ordenamento jurídico nacional.

Então podemos dizer que o dano indenizado é o dano final, ou seja, a integralidade da vantagem esperada pela vítima.

Em relação a possibilidade de utilização da causalidade concorrente, Fernando Noronha observa que a causalidade concorrente se refere ao “concurso entre o fato do responsável (deficiência no tratamento) e caso fortuito ou de força maior (evolução da própria doença)” (2003, p. 682).²⁶

²⁴ NORONHA, Fernando, 2003, página 676.

²⁵ NORONHA, Fernando. 2003, página 681. “nestes casos, mesmo que não se saiba qual foi a causa do dano, ele só pode ter acontecido em uma das situações: ou foi devido simultaneamente ao ato terapêutico inadequado e à evolução endógena da doença, ou resultou somente de um destes fatores, sem saber qual. No primeiro caso uma situação de causalidade concorrente, e na segunda causalidade alternativa”.

²⁶ NORONHA, Fernando. 2003, página 682.

Observando os parâmetros, a aplicação da teoria da perda de uma chance estaria de acordo com o paradigma solidarista, e sobre as circunstâncias, afirmamos que a perda de uma chance aplica-se na hipóteses as quais o processo aleatório chegou ao final, o qual não depende de uma desvirtuação do nexó de causalidade, mas sim de uma evolução.

5º CONCLUSÃO

O presente trabalho tem como objetivo traçar linhas sobre a discussão da teoria da perda de uma chance. E assim foram analisados os mais profundos argumentos sobre a natureza jurídica, conceito e diferenças, adequação, ausência de regulamentação e questões mais atuais envolvendo a aplicação prática da teoria.

Através do conceito podemos diferenciar a teoria da perda de uma chance da expectativa de direito, sendo essencial saber a diferença entre ambas para que não haja confusão entre as mesmas.

Há muitas teorias em relação ao presente tema, e é através destas que houve uma grande evolução a respeito da teoria da perda de uma chance. E sendo assim a aceitação sistemática vem sendo cada vez maior no direito brasileiro.

Desta forma, pode-se concluir que a teoria da perda de uma chance teve seus problemas enfrentados e obteve suas evoluções e aplicações sistemáticas no direito brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 3.

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Tribunal de Alçada do Paraná: **Apelação Cível nº 224231** – 1. Apelante: Eliza Figueiredo Turrissi e outros. Apelado: Unimed de Londrina. Relator: Sérgio Luiz Patittuci, julgado em 22 de abril de 2003. (Extraído do site <http://tj-pr.jusbrasil.com.br>).

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5. Ed. São Paulo. Saraiva, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 11.

_____. Responsabilidade Civil. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 5. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

ZANNONI, Eduardo A. El Daño em la Responsabilidad Civil. 2. Ed. Buenos Aires: Astrea, 1993.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma Chance**, São Paulo. 2013

CIVIL, Código. 2002. **Artigo 1.060, 944, 945, 403.**
