



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

**AILTON VERGÍNIO DA COSTA JUNIOR**

**A PERDA DE UMA CHANCE**

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS  
ASSIS**

**2015**

**AILTON VERGÍNIO DA COSTA JUNIOR**

## **A PERDA DE UMA CHANCE**

Monografia apresentada ao Departamento do Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito do Curso de Graduação.

**Orientando:** Ailton Vergínio da Costa Junior.

**Orientador:** Professor Mestre Edson Fernando Pícolo de Oliveira.

**Área de Concentração:** Direito Civil.

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS**

**Assis**

**2015**

## FICHA CATALOGRÁFICA

JUNIOR, Ailton Vergínio da Costa. A Perda de uma Chance/ Ailton Vergínio da Costa Junior. Fundação Educacional do Município de Assis FEMA - Assis, 2015.  
28 páginas.

Orientador: Edson Fernando Pícolo de Oliveira.

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

1. A Perda de uma Chance, 2. Responsabilidade Civil.

CDD: 340  
Biblioteca da FEMA.

# **A PERDA DE UMA CHANCE**

**AILTON VERGÍNIO DA COSTA JUNIOR**

**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:** Ms. Edson Fernando Pícolo de Oliveira

**Analisador (a):** \_\_\_\_\_

**Assis  
2015**

## **Dedicatória**

Dedico este trabalho aos meus pais Ailton e Regina e minha avó paterna Nair, que me deram a oportunidade de estudar e incentivaram a buscar meus objetivos. Se hoje cheguei aqui foi graças a eles.

## **Agradecimentos**

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida, por toda sabedoria que me concedeu e por ter iluminado meu caminho durante esta caminhada. Aos meus pais que me proporcionaram sempre bons estudos, que incentivaram e acreditaram em mim durante esse intenso caminho que percorri e por estarem presente nos momentos mais difíceis. Ao meu irmão Lucas por sempre me dar força. À minha avó paterna que sempre me apoiou para estar aqui. À minha Esposa Gabriele Davanço que sempre me ajudou quando eu mais precisei para a realização deste trabalho, e sempre me incentivou para nunca desistir dos meus sonhos. Ao meu orientador e Profº.Fernando Pícolo por toda paciência, tempo e atenção, pelos ensinamentos, orientações, comprometimentos e dedicação com o meu trabalho. Aos meus amigos Lucas Zibordi, Guilherme Duarte, Vinicius lima e Giuliano Cerqueira que sempre confiaram em mim, e me deram força. Aos meus amigos de sala Danilo Maia e Phylipe Dias, pela ajuda e atenção para que nunca perdesse o foco dessa batalha, e sempre me ajudando com as matérias.

**“Tudo que um sonho precisa para ser realizado é alguém que acredite que ele possa ser realizado”.**

***Roberto Shinyashiki***

## RESUMO

O presente trabalho trata da teoria da Perda de uma Chance, abordando como esta teoria vem influenciando na Responsabilidade Civil Brasileira. Além disso, abordará sobre a questão do dano e o nexo de causalidade. Em suma, faremos uma análise de sua origem, bem como aplicação no STJ e no Direito do Trabalho, apontando o posicionamento da doutrina e jurisprudência.

**Palavras-chaves:** A Perda de uma Chance; Responsabilidade Civil; Nexo de Causalidade.

## **ABSTRACT**

The present work deals with the theory of loss of chance, addressing how this theory is, influencing the Brazilian Civil Responsibility. Besides, will address on the question from harm and the causal link. In short, we will make an analysis of their origin and application on the Supreme Court and the of Labor Law, pointing the positioning of doctrine and jurisprudence.

**Keywords:** Loss of a Chance; Civil Responsibility; Link of causality.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1 – DANO.....</b>	<b>12</b>
1.1.Responsabilidade Civil.....	12
<b>2 – NEXO DE CAUSALIDADE.....</b>	<b>15</b>
2.1. Teoria da Perda de uma Chance.....	16
2.2. Indenização.....	19
<b>3 – APLICAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>	<b>20</b>
3.1. Aplicação no Direito do Trabalho.....	23
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>26</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>27</b>

## INTRODUÇÃO

Com o decorrer do tempo o conhecimento de responsabilidade civil foi evoluindo e com isso se modificando e a partir da década de 60, a responsabilidade civil por perda de uma chance foi empregada pela primeira vez na França sendo conhecida como “perte d’une chance”, notadas na atividade médica buscando recompensar uma chance de cura ou sobrevivência, de alguém que foi prejudicado. Ao que tudo indica, a origem da presente teoria se deu na França, na assertiva de que é naquele país onde se encontra os julgados mais antigos admitindo a mesma.

A teoria da perda de uma chance vem sendo centro de profundas discussões na Europa, e surge influenciando e revigorando o aspecto da responsabilidade civil Brasileira. Esta teoria no Brasil é definitivamente nova e vem ganhando muitos adeptos sendo assim motivada na doutrina e jurisprudência, uma vez que o Código Civil Brasileiro de 2002 não traz indicador quanto a sua determinação.

Em 1990, a teoria da perda de chance chegou em nosso País, por meio de uma Conferência no Rio Grande do Sul, do professor François Chabas, que é um grande estudioso francês deste instituto.

A perda de uma chance busca, de maneira eficaz, indenizar um dano ocorrido ao se considerar a perda de uma chance de se obter um lucro, ou de se evitar um prejuízo, como um dano real, passível de reparação.

Para que tenha efeito a indenização de chance perdida, é necessário a produção de prova em que a perspectiva de obtenção de vantagem esperada seja de no mínimo 50% (cinquenta por cento).

Na perda de uma chance a vítima priva-se de obter a oportunidade de um resultado esperado, sabendo que em nenhum momento será possível ter certeza de que o resultado seria favorável à vítima. Perante isso, a aplicação da indenização deve-se utilizar de um critério de probabilidade ao impor o valor devido à vítima, pois esta chance possui um valor pecuniário, e isso não pode ser negado, pois é o valor econômico desta chance que deverá ser indenizado mesmo sendo de difícil quantificação, esta dificuldade não elimina o dever de reparar a chance perdida.

## **1 – Dano**

Dano é o prejuízo à vítima em razão da conduta comissiva ou omissiva praticada pelo ofensor. A consideração geral de dano compreenderá toda a ideia de alteração ou destruição, em sentido negativo, de uma situação favorável.

De acordo com Bernegozzi; Capobianco (2010), “o dano é uma conjectura da responsabilidade civil, extracontratual ou contratual, desta forma não podendo haver indenização sem a existência de um prejuízo.” Assim só terá responsabilidade civil se houver dano a reparar. Quando o dano altera um resultado naturalístico consideramos como dano material, que é o acontecimento físico. Já quando o dano é subjetivo que ocorre no mundo fático, que lesa bens imateriais da pessoa denominamos este dano como dano moral. O dano moral só deve ser reparado se ele tiver sido causa indireta de um dano econômico, patrimonial. Existe também o dano jurídico, que é um comportamento que reflete no ordenamento jurídico.

Deve-se levar em consideração para avaliar um dano, a diminuição incidente no patrimônio, e, no aspecto puramente material, dano indenizável, o que se deixou de ganhar (lucros cessante), ou o que se perdeu efetivamente (danos emergentes).

Conceitua como lucro cessante o bem ou interesse futuro, o qual ainda não pertence à vítima, já o dano emergente é a perda, tendo que a indenização ser satisfatória para reparar a integralidade da lesão, retribuindo o status existente anteriormente.

A diferenciação entre danos à pessoa e a coisas deve ser considerada a mais importante classificação por danos, pois nos mostra todos os prejuízos que são aptos a gerar responsabilidade civil.

### **1.1. Responsabilidade Civil**

A responsabilidade civil proporciona uma evolução pluridimensional, pois seu desenvolvimento se deu quanto à sua história.

Historicamente, nos primórdios da civilização continha a vingança coletiva, que se distinguiu pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes. Em seguida evoluiu para uma reação individual, isso é vingança

privada, em que homens faziam justiça com as próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião “olho por olho, dente por dente” onde o Estado somente definia o momento da revanche. Este método trazia resultados extremamente negativos, pois causava um novo dano.

Com a fundação de Roma, e, na tentativa de aduzir esses efeitos negativos, o Estado se sub-rogou no lugar do ofendido, proibindo a justiça pelas próprias mãos, proposta essa feita por um tribuno do povo, Lucio Aquilio, tornando-se uma norma chamada como Lex Aquilia de Damno.

Segundo Diniz (2008):

Na Idade Média, com a estruturação da ideia de dolo e culpa *stricto sensu*, persistida de uma elaboração da dogmática da culpa, discerniu-se a responsabilidade da pena. Mas a teoria da responsabilidade civil só se constituiu por obra da doutrina, cuja figura predominante foi o jurista francês Doma.

No transcorrer do século XX, a responsabilidade civil se desenvolveu rapidamente seguindo a complexização das relações sociais. As mudanças variam desde o fundamento da responsabilidade – da culpa ao risco – à dimensão dos danos e flexibilização da causalidade.

Lopes (2014) aborda que:

A responsabilidade civil pela perda de uma chance é dotada de atributos bastante peculiares, uma vez que sua configuração, identificação e indenização são feitas de uma forma distinta da que é utilizada nas outras suposições que envolvem perdas e danos.

É importante ressaltar que existem muitos conceitos doutrinários para definir o que é a responsabilidade civil.

Diniz (2008), conceitua responsabilidade civil como:

A aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Já Gagliano e Filho (2013), estabelecem que:

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

A razão para essa diversidade pode estar estabelecida no ponto de vista, sob o qual é analisado o instituto. Portanto, um autor pode tencionar para um conceito mais subjetivo, com base na ideia da culpa. Outro pode inclinar-se à objetividade, seja para tratar da culpa presumida, ou da teoria do risco, por exemplo.

No entanto, talvez o melhor seja aquele que visualize a responsabilidade civil de maneira ampla, agregando harmoniosamente à sua ideia tanto a questão subjetiva quanto a objetiva, tendo em vista às várias formas de manifestações sociais.

Na responsabilidade subjetiva o ilícito é seu fato causador, de modo que o imputado deverá ressarcir o prejuízo, se provar que houve culpa ou dolo na ação. Já na responsabilidade objetiva, a atividade que provocou o dano é lícita, mas causou perigo a outro, de modo que aquele que a exerce, por ter obrigação de precaver para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal.

Gagliano e Filho (2013), estabelecem ainda que “a responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo”. No que se refere à responsabilidade civil objetiva, o dolo ou a culpa é irrelevante juridicamente, visto que somente é necessária a existência de nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

O Código Civil Brasileiro adota como regra a responsabilidade subjetiva, porém no artigo 927, parágrafo único, há a previsão da responsabilidade objetiva decorrente do risco.

## 2. Nexos de Causalidade

Para a configuração do dever de indenizar não bastam o dano e uma conduta, é preciso que esta conduta tenha dado causa ao dano.

O nexo de causalidade é considerado como o vínculo presente entre a conduta do agente e o dano. Dificuldades na averiguação do liame de causalidade ocorrem ao buscar-se o que efetivamente deu causa ao evento danoso, principalmente em situações nas quais afluírem causas. Daí o surgimento de algumas teorias que se aplicam à solução do problema. Gagliano e Filho (2013), abordam que são três as principais teorias que tentam explicar o nexo de causalidade, sendo a teoria da equivalência; a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria de equivalência das condições não diferencia os antecedentes do resultado danoso, de forma que tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa. Assim, conforme Gagliano estabelece em sua obra sobre responsabilidade civil, esta teoria é de espectro amplo, considerando elemento causal todo o antecedente que haja participado da cadeia de fatos que desembocaram no dano. É, inclusive, a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, segundo a interpretação dada pela doutrina em seu artigo 13.

Por outro lado, para a teoria da causalidade adequada, não se poderia considerar causa “toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado”, conforme sustentado pela teoria da equivalência, mas sim, segundo um juízo de probabilidade, apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso.

No que diz respeito à teoria da causalidade direta ou imediata, causa seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata. Desta forma, Gagliano e Filho entendem ser mais adequada esta teoria, vez que esta não apresenta o nível de insegurança jurídica e subjetividade apresentados em alto grau pelas teorias anteriores. Entretanto, respeitável parcela da doutrina, nacional e estrangeira, tende a acolher a teoria da causalidade adequada, por se afigurar, aos olhos destes juristas, a mais satisfatória para a responsabilidade civil.

O Código Civil Brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, na vertente da causalidade necessária. Porém, por vezes, a jurisprudência adotada a da causalidade adequada, no mesmo sentido.

## 2.1. Teoria da Perda de uma Chance

O termo perda de uma chance é procedente do francês “*perte d’une chance*” que significa perda de uma oportunidade. A expressão chance deve ser compreendida como probabilidade de se obter um lucro ou evitar uma perda. Porém, apesar de a melhor tradução para a expressão chance ser oportunidade, o termo perda de uma chance mesmo sendo menos técnica, foi dedicada tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

A perda de uma chance incide basicamente na perda de uma oportunidade de obtenção de um benefício ou vantagem futura.

Foi por volta da década de 60, que a responsabilidade civil por perda de uma chance foi aplicada pela primeira vez na França, com vistas á atividades médicas, procurando reparar de quem fora prejudicado, uma chance de cura ou de sobrevivência. No dia 14 de dezembro de 1965, foi o dia em que a Corte de Cassação Francesa decidiu aplicar a Perda de uma Chance, pois o médico que tratou de uma criança de oito anos tirou desta as chances de cura diagnosticando erroneamente uma fratura no braço.

Entretanto, o caso mais antigo registrado de manifestação de perda de uma chance foi em 1911, do sistema da *common law* no Reino Unido, que é o caso inglês mais conhecido como Chaplin V. Hicks.

Nas décadas de 60 e 70 se experimentou a primeira decisão favorável á indenização da chance perdida na Itália, mesmo tendo um farto desenvolvimento doutrinário sobre esse tema.

Enfim em 1990, a teoria da perda de uma chance chegou ao Brasil, por meio de uma conferência no Rio Grande do Sul, com a presença de François Chabas, expert sobre a questão na França.

Esta teoria é definitivamente nova no Brasil e vem ganhando muitos adeptos e têm sido fundamentadas na doutrina e jurisprudência, visto que o Código Civil Brasileiro de 2002 não traz referência quanto a sua imposição.

A perda de uma chance nada mais é que, a frustração de uma expectativa, de uma esperança, na perda de uma probabilidade. É importante ressaltar que nessa suposta perda coexistem os elementos de certeza e incerteza.

O elemento de certeza incide na ideia de que, caso não ocorresse o evento danoso, a vítima manteria a esperança de, no futuro próximo, obter um lucro ou evitar uma perda patrimonial. Já o elemento da incerteza consiste na assertiva de que mantida a oportunidade da chance, sem a ocorrência do dano que lhe casou, não é possível estabelecer que a vítima obtivesse o lucro ou evitaria a perda patrimonial.

Atualmente a teoria da perda de uma chance vem ganhando espaço e popularidade nos tribunais brasileiros, podendo verificar diversas decisões.

Apesar disso, o que vemos é que os Tribunais Estaduais, Federais e Superiores vêm aceitando as chances desde que, sejam sérias e reais, contudo existe certa dificuldade na doutrina em formar um conceito a respeito desta teoria, mas acolhendo os artigos 187, 402, 927, 948 e 949 do Código Civil Brasileiro, reconhecem a possibilidade de reparação de qualquer dano injusto causado a vítima.

A perda de uma chance, obviamente, aplica-se a mesma cautela utilizada na aferição dos lucros cessantes e danos emergentes. Não é qualquer fato que poderia, hipoteticamente ou indiretamente, levar a algum prejuízo que será ensejador de indenização. É necessária uma aferição lógica de fatos concretos que, em advindo, levariam à indenização, utilizando-se dos meios concretos de prova, como o pericial e documental.

O detrimento decorrente da perda de uma chance é o dano atual, e não futuro, haja vista que o resultado que poderia ser almejado posteriormente não mais existirá, o dano resulta do prejuízo provável. A imediação de um dano já sofrido deverão ser analisados no caso real utilizando a Teoria da Perda de uma Chance de forma a indenizar um prejuízo que não seja meramente eventual. O magistrado deve ter cautela de adaptar a reparação ao grau de certeza da lesão. A existência do dano deverá ser relativamente certa e a Teoria em observação permite ao julgador

proceder a uma avaliação desse, separando a superveniência pontual do fato gerador da chance perdida.

Através da perda de uma chance, o juiz converte em prejuízo certo o que poderia ser considerado como prejuízo eventual, portanto, não indenizável, caso não se tivesse recorrido á perda da chance.

Indenizando a perda de uma chance não são violadas as regras segundo as quais o dano deve ser certo para que se possa ser levado em consideração pelo Direito. Se indenizar apenas a perda daquela possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem, a qual, com base na normal prova de verossimilhança exigida pela lei, resultava realmente existente no patrimônio da vítima no momento em que ocorreu a lesão. Se a chance já fazia parte dos bens da vítima, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente. Vale lembrar que não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano. Somente será indenizável a chance perdida, naqueles casos em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de aquisição do resultado. Não comprovando, o juiz deve qualificar como não aprovada à alegação da vítima, ajuizando como improcedente o pedido de indenização. Mas se a probabilidade for superior a 50% pode ser considerado um dano certo e assim ser indenizável como dano emergente e não lucro cessante, e segundo um cálculo de probabilidade a certeza de tal dano será valorada.

Sendo assim, se a perda de uma chance for analisada como lucro cessante, será necessária a constatação de forma inequívoca que o resultado esperado teria sido obtido se não houvesse a interferência por parte do agente. Sob este prisma, torna-se difícil a prova do já referido dano, pois este é embasado numa situação hipotética, baseado em probabilidades.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> NASCIMENTO, Silva Renata Segatto Santos; NITZ, Débora; MARTINS, Marianne Rios de Souza. Teoria da Perda de uma Chance.

## 2.2. Indenização

A indenização é constituída em atenção ao dano e a situação do lesado, que deverá ser restituído à situação em que estaria se não tivesse ocorrido a ação do lesante.

Dispõe o artigo 944 do atual Código Civil Brasileiro, que:

A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

A razão de ser da indenização e do próprio instituto da responsabilidade civil é a recomposição do dano injusto sofrido pela vítima, buscando, sempre que possível, recolocar a vítima na situação que ocupava antes de sofrer a dita lesão. Assim a indenização será determinada pelo prejuízo sofrido pela vítima; nem mais, nem menos. Indenizar por valor superior ao dano implicaria em enriquecimento sem causa à vítima; não indenizar todo o dano, seria fazer aquele que sofreu o dano injusto arcar com esse ônus, além de também implicar em enriquecimento sem causa do causador do dano, ainda que não ele não tenha efetivamente auferido ganho com a sua ação, mas pelo simples fato de deixar de despende o que se lhe exige. Há situações excepcionais, porém, de modo que o valor da indenização não será necessariamente igual ao do dano.

### 3. Aplicação da teoria no Brasil e no Superior Tribunal de Justiça

Sabe-se que a teoria da perda de uma chance é uma nova vertente da Responsabilidade Civil, afinal trata-se do ressarcimento pela perda da oportunidade de conquistar determinada vantagem ou evitar certo prejuízo. Ou seja, a teoria enuncia que o autor do dano é responsabilizado quando priva alguém de obter uma vantagem ou impede a pessoa de evitar prejuízo.

Desta forma, por ser uma teoria relativamente nova, seu estudo e aplicação ficam a cargo da doutrina e da jurisprudência. Assim, a doutrina tradicional não a reconhece, entendendo que a indenização não está relacionada com o resultado final. Já os Tribunais, embora aplicando a teoria, não trata de forma uniforme a questão.

Um caso que podemos citar é o caso do atleta brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, que perdeu uma grande chance de levar para o Brasil a medalha de ouro na prova de maratona nas Olimpíadas de Atenas. O atleta estava na liderança da prova olímpica, com mais de 28 segundos de vantagem, quando sofreu interferência dolosa de um terceiro, que invadiu a pista, agarrou o atleta e o derrubou no chão, fazendo-o perder duas posições e acabar a prova em terceiro lugar.<sup>2</sup>

Além do caso mencionado acima, fazendo uma pesquisa nas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, pôde-se encontrar referência aos seguintes julgados: REsp 788459; REsp 965758; REsp 1079185 e REsp 1104665.

#### **STJ – Recurso Especial: RESP 788459.**

##### **EMENTA**

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.

---

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Katiane da Silva. A Teoria da Perda de uma Chance: Nova vertente na Responsabilidade Civil.

**STJ – Recurso Especial: RESP 965758.****EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. CONDENAÇÃO A RESSARCIR DANO INCERTO. PROCEDÊNCIA.

- Os arts. 1.059 e 1.060 exigem dano “ efetivo” como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e subsistente. Incerto é dano hipotético, eventual, que pode vir a ocorrer, ou não. A atualidade exige que o dano já tenha se verificado. Subsistente é o dano que ainda não foi ressarcido. Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é certo e, portanto, não há indenização possível.

- A teoria da perda da chance, caso aplicável à hipótese, deveria reconhecer o dever de indenizar um valor positivo, não podendo a liquidação apontá-lo como igual a zero.

- Viola literal disposição de lei o acórdão que não reconhece a certeza do dano, sujeitando-se, portanto, ao juízo rescisório em conformidade com o art. 485, V, CPC.

Recurso Especial provido.

**STJ – Recurso Especial: RESP 1079185.****EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “ uma simples esperança subjetiva” , nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF.

Recurso Especial não conhecido.

**STJ – Recurso Especial: RESP 1104665.****EMENTA**

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;

III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;

IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance";

V - Recurso especial provido.

Observa-se, assim, que mesmo timidamente, os Tribunais vem reconhecendo a aplicação da teoria da perda de uma chance, ora como dano moral ou ora como lucro cessante, pois no estágio de evolução que se encontra o direito brasileiro não é possível que deixe sem proteção a vítima de danos que deverão ser ressarcidos. A doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que, para o sucesso da aplicação dessa teoria, deve ser feita uma análise sobre as reais chances de êxito, caso determinada conduta fosse executada.

### 3.1. Aplicação no Direito do Trabalho

No Direito do Trabalho, a teoria da perda de uma chance é utilizada, em regra, na fase pré-contratual, pois é nesta fase de negociação que, por diversas vezes, o trabalhador perde uma chance séria e real. Contudo, não é a única hipótese a ser aplicada. Neste contexto, a teoria da perda de uma chance deve ser analisada em consonância aos princípios fundamentais do trabalhador.

A princípio cabe destacar a eficácia do direito social ao trabalho previsto no art. 6º da Constituição Federal, como pressuposto lógico ao direito pela perda de uma chance. Na dimensão objetiva, o direito ao trabalho já possui a eficácia imediata de determinar uma interpretação do ordenamento jurídico segundo esse valor, o que fatalmente contribui para a fixação do direito pela perda de uma chance, já que, por se constituir um valor que garante a dignidade da pessoa humana, não se pode, por princípio, permitir que a conduta de um particular frustrar o direito a conseguir uma determinada vantagem esperada ou alcançar um objetivo almejado em uma relação de trabalho.

Em uma dimensão subjetiva, não se pode negar ao titular desse direito fundamental a busca de uma tutela estatal reparatória para caso o particular adote conduta contrária a esse valor, o que permitirá a conclusão do direito à reparação pelo dano da perda de uma chance por força de decisão judicial.

Assim, tendo-se em mente que a melhor aplicação da teoria da perda de uma chance somente poderá ser observada por meio da caracterização da culpa (ou não, em caso de responsabilidade objetiva), do dano (configurado na efetiva perda da chance), do nexo de causalidade (ou relativização, conforme o caso) e da seriedade e realidade das chances perdidas, podemos analisar o rumo da jurisprudência nacional quando se propugna a aplicar a perda de uma chance no Direito do Trabalho.

Imagine-se a situação de um trabalhador que, em perfeitas condições de higidez física e psíquica, na busca de melhoria profissional, está se preparando e ao mesmo tempo prestando concurso público, mas, em razão de um evento acidentário, perde a oportunidade de concluir um certame de que está participando, quando, para conseguir o seu desiderato, precisava apenas se submeter à última das fases

eliminatórias do concurso. Não se trata, como se observa, de lucro cessante nem de dano emergente, porque o candidato não foi ainda aprovado no concurso. O que ele tinha era uma expectativa de atingir o resultado esperado, ou seja, de concretizar aquele direito ainda em expansão.

Outra hipótese pode ocorrer em relação ao funcionário que, conforme as normas internas da empresa estavam prestes a obter uma promoção, a qual não se concretizou por conta de perseguições e de assédio moral praticado pelo chefe do mesmo. A pessoa assediada pode ter sido demitida ou pedido demissão do emprego porque não suportou o assédio. Nesse caso, há possibilidade de se discutir o pagamento de indenização pela perda de oportunidade de obtenção da promoção, que poderia ser efetivada não fosse aquele injusto dano contra ele assacado.

Nesse sentido, o Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais inovou condenando uma empresa com base na reparação de danos pela perda de uma chance. Desta forma, acompanhando voto do desembargador Emerson José Alves Lage, a 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, deferiu indenização por dano material a um reclamante, dispensado de forma abusiva e ilícita, logo após ter sido aprovado em processo seletivo interno da empresa. Com a promoção o reclamante se transformaria em supervisor de vendas, cargo em que teria o salário dobrado. Assim, no entender do relator, o reclamante teve frustrada uma chance real de obter o esperado ganho salarial, ao ser injustamente dispensado sob a acusação de cometer falta grave. Por isso, faria jus à reparação patrimonial, pelo prejuízo consistente na perda dessa oportunidade.

Destarte, no referido caso o Tribunal proferiu o seguinte acórdão:

**TRT (3ª região) – Recurso Ordinário: RO 1533-2007-112-03-00-5.**

RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO - ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR - PERDA DE UMA CHANCE - DANO PATRIMONIAL INDENIZÁVEL. A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance torna indenizável a probabilidade séria de obtenção de um resultado legitimamente esperado que é obstado por ato ilícito praticado pelo agente ofensor. Se o reclamante tinha como justa e real a probabilidade de um ganho salarial decorrente de sua promoção ao cargo de supervisor de vendas da reclamada, porque aprovado em processo seletivo interno da empresa, mas viu perdida a chance de conquistar esse resultado em razão de ato ilícito praticado pelo empregador, quando da sua dispensa, manifestamente abusiva e ilícita, faz jus à reparação patrimonial decorrente deste ilícito. E aqui, independentemente dos ganhos perdidos, o que se indeniza é o prejuízo

consistente na perda dessa oportunidade, a perda da chance real de alcançar a promoção legitimamente esperada.

Assim, tem-se que em todos os casos será necessária a demonstração da realidade e seriedade da chance perdida, pois a ausência deste critério específico poderá acarretar em reparabilidade de danos puramente eventuais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da revisão bibliográfica tendo um embasamento amplo do assunto, buscando o melhor entendimento em todos os fatos que abrangem o tema da perda de uma chance, concluiu-se que esse assunto é novo que vem ganhando força com o decorrer do tempo, mas nota-se que ainda há uma grande dificuldade no que diz respeito a sua classificação, pois poucas pessoas conhecem seu fundamento.

Após análise observou-se que a perda de uma chance, e um fato que a pessoa lesada poderá ter a certeza ou incerteza de obter a tal oportunidade para um futuro melhor ou a perda de um patrimônio tendo a sua probabilidade.

Em virtude disso e julgado as causas que se tem um método que prove que a vítima teria aquela vantagem, lembrando que não é qualquer possibilidade perdida que deve ser indenizado a vítima, esse dano só será indenizável se for provado que a pessoa tinha no mínimo 50% (cinquenta por cento) de chance de obter aquela vantagem, com provas e perícias para aprovação da causa em julgado.

## REFERÊNCIAS

- BRIGE, Patrícia; VIEIRA, Priscila; ALVES, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 14 abr. 2015.
- CARNAVAL, Ellen Maressa. **A Responsabilidade Civil do Advogado pela Perda de uma Chance**. Revista eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, n° 8 jul./dez., 2012. p. 53-320.
- CHAMONE, Marcelo Azevedo. **O Dano na Responsabilidade Civil**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 15 abr. 2015.
- CORREA, Ludjane Aparecida Marconi; SCHIO, Michele Cristina Montenegro. **Responsabilidade Civil do Advogado**. Revista das Faculdades Integradas Claretianas, n° 3 jan./dez., 2010. p. 48-134.
- CORREA, Mariana Leão; SOUZA, Gelson Amaro. **Formalidade Processual e a Perda da Chance no Processo**. Disponível em: <http://www.googleacademico.com.br>. Acesso em: 14 abr. 2015.
- COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro. **Dano de Perda de uma Chance e a sua Perspectiva no Direito Português**. Dissertação (Mestrado), 2010. p. 114.
- DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JUNIOR, Luiz Carlos Assis. **A Responsabilidade Civil do Advogado na Teoria da Perda de uma Chance**. Disponível em: <http://www.googleacademico.com.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.
- JUNIOR, Walter Aparecido Bernegozzi; CAPOBIANCO, Fábio Pereira da Silva. **Responsabilidade Civil pela Perda da Chance**. Disponível em: <http://www.googleacademico.com.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.
- LOPES, André Graziani de Souza Mello. **A Quantificação da Indenização por Perda de uma Chance**. Tese de Graduação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, 2012.

- LOPES, Rosa Maria Novaes Freire. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 15 abr. 2015.
- NASCIMENTO, Silvia Renata Segatto Santos; NITZ, Débora. MARTINS, Marianne Rios de Souza. **Teoria da Perda de uma Chance**. Disponível em: <http://www.googleacademico.com.br>. Acesso em: 14 abr. 2015.
- OLIVEIRA, Katiane da Silva. **A Teoria da Perda de uma Chance: Nova vertente na Responsabilidade Civil**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 20 jun. 2015.
- ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance no Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.googleacademico.com.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.
- SILVA, Jean Ricardo Gomes; MIRANDA, Dinair Flor. **O desafio da fixação do quantum indenizatório na reparação do dano moral**. Revista Faculdade Montes Belos, v. 5, n° 4 mai., 2012. p. 01-14.
- TEIXEIRA, Dayane Aguiar. **Teoria da Perda de uma Chance: A possibilidade de indenização diante de diagnósticos médicos imprecisos**. Dissertação (Pós-Graduação). Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, 2012.
- WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha. **A Perda de uma Chance como uma nova espécie de Dano Indenizável**. Revista eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, n° 8 jul./dez., 2012. p. 76-86.
- YUSSEF, Said Cachali. **Dano e Indenização**. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.