

**UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FÁBIA REGINA AGAPTO LEITE

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

**JUAZEIRO DO NORTE-CE
2021**

FÁBIA REGINA AGAPTO LEITE

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Trabalho de Conclusão de Curso – *Artigo Científico*,
apresentado à Coordenação do Curso de Graduação
em Direito do Centro Universitário Doutor Leão
Sampaio, em cumprimento às exigências para a
obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Jânio Taveira Domingos

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2021

FÁBIA REGINA AGAPTO LEITE

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Este exemplar corresponde à redação final aprovada do
Trabalho de Conclusão de Curso de NOME COMPLETO
do ALUNO.

Data da Apresentação ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Esp. Jânio Taveira Domingos

Membro: Prof. Esp. Cláuver Rennê L. Barreto

Membro: Prof. Me. Tamyris Madeira de Brito

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2021

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Fábia Regina Agapto Leite¹

Jânio Taveira Domingos²

RESUMO

A teoria da perda de oportunidades foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional contemporâneo como forma de indenização civil, forma esta que se baseia na perda da possibilidade de auferir benefícios ou de evitar prejuízos, de forma que seja possível reparar os danos até então. Por isentar a relação causal entre as ações do agente e o dano final, o que quebra o paradigma tradicional da responsabilidade civil, a legislação brasileira não contempla isso. Portanto, o objetivo geral do trabalho é analisar a teoria da perda de uma chance a fim de explorar sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, pode-se concluir que, desde que haja uma relação causal entre o comportamento nocivo do perpetrador e o comportamento, a teoria da perda de oportunidade pode ser aplicada para comprovar a existência de oportunidades "sérias e reais". A presente pesquisa foi desenvolvida utilizando-se uma abordagem dedutiva, envolvendo pesquisa bibliográfica, de leis, artigos, partindo-se das teorias acerca do tema sob análise. A técnica aqui utilizada possui cunho documental e bibliográfico, através da análise de textos bases e imposições jurídicas atuais sobre o tema, como também em virtude da utilização como aporte teórico de livros, artigos científicos, entre outras publicações semelhantes.

Palavras Chave: Responsabilidade civil. Teoria da Perda de uma chance. Natureza jurídica.

ABSTRACT

The theory of lost opportunities has been incorporated into the contemporary national legal system as a form of civil indemnity, which is based on the loss of the possibility of obtaining benefits or avoiding losses, so that it is possible to repair the damages until then. By exempting the causal relationship between the agent's actions and the final damage, which breaks the traditional paradigm of civil liability, Brazilian legislation does not contemplate this. Therefore, the general objective of the work is to analyze the theory of the loss of a chance in order to explore its applicability in the Brazilian legal system. In this sense, it can be concluded that, as long as there is a causal relationship between the perpetrator's harmful behavior and the behavior, the opportunity loss theory can be applied to prove the existence of "serious and real" opportunities. The present research was developed using a deductive approach, involving bibliographic research, of laws, articles, starting from the theories about the subject under analysis. The technique used here has a documentary and bibliographic nature, through the analysis of basic texts and current legal requirements on the subject, as well as by virtue of the use as a theoretical contribution of books, scientific articles, among other similar publications.

¹ Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/Unileão agaptofabia@hotmail.com

² Professor do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/UNILEÃO, coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Unileão/ NPJ- janiotaveira@leaosampaio.edu.br

Keywords: Civil responsibility. Theory of Loss of a Chance. Legal nature.

1 INTRODUÇÃO

Desde a sua constituição, a responsabilidade civil sempre foi um importante meio de coordenação dos conflitos causados pelas relações entre membros de uma mesma sociedade. É por meio desse instituto de pesquisa que a lei pesará em que ponto as liberdades individuais e coletivas das pessoas afetam o campo jurídico de outras pessoas e, portanto, desempenham um papel na obtenção da igualdade entre os membros da sociedade. É por esta razão que o tema da responsabilidade civil é objeto de pesquisas complexas e discussões intermináveis no campo do direito e da jurisprudência.

Atualmente, por um motivo simples, a discussão no âmbito da compensação social tem se intensificado: a globalização da sociedade e das relações sociais. Em tão pouco tempo, não houve um progresso científico e tecnológico sem precedentes, portanto, a complexidade das relações sociais tem aumentado a cada dia. Diante disso, a teoria clássica da responsabilidade civil pelo empreendimento, dano e causalidade não consegue resolver de forma satisfatória os conflitos gerados pela globalização.

Nesse caso, partindo da perda da possibilidade de auferir benefícios ou de evitar perdas, surge a teoria da perda de oportunidade, sendo possível reparar danos que não foram amparados pelas legislações nacionais até o momento. A ligação entre as ações do agente e o dano final. O que é necessário é uma relação causal entre o comportamento e a oportunidade perdida de caracterizar a responsabilidade.

Nesse sentido, faz-se necessário discutir a absorção e aplicação diante da perda de oportunidade de enfrentamento ao ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, que é uma nova forma de indenização civil, pois há pouca discussão acadêmica sobre o tema. Do ponto de vista social, é importante que todos saibam sobre o tema da relevância jurídica das oportunidades perdidas. Ainda assim, a teoria da oportunidade perdida se mostrou um assunto inflamado no campo jurídico.

Portanto, este trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade da teoria da perda de oportunidade no ordenamento jurídico nacional. E como objetivos específicos: Analisar o instituto da responsabilidade civil no ordenamento civil brasileiro, descrever os requisitos da responsabilidade civil. O estudo questionou o seguinte: Quais as possibilidades e tendências de aplicabilidade da teoria da Perda de Oportunidade aos Tribunais Brasileiros? Como hipótese para este desafio, é compreensível que os tribunais possam aplicar as teorias acima mencionadas

no caso do reconhecimento da “seriedade e realidade da oportunidade perdida” e da “relação causal entre as ações lesivas”. E, como tendência, devido à sua ampla gama de utilizações, a teoria das oportunidades perdidas pode ser aplicada a uma variedade de campos jurídicos. As teorias estudadas neste estudo também fazem recomendações propositivas que refletem uma (re) leitura de temas relacionados a outras áreas do direito, como o trabalho e a família.

A pesquisa metodológica será quantitativa, pois além de realizar pesquisas bibliográficas e jurídicas para sintetizar os conhecimentos necessários para a análise, serão examinados, mensurados e analisados os princípios básicos da decisão de cada jurisdição. Para atingir o objetivo da pesquisa, será utilizado o método dedutivo, que será operacionalizado por meio de procedimentos técnicos baseados em doutrina, legislação e jurisprudência, que se relacionam inicialmente com as normas constitucionais e com os direitos fundamentais e sociais e seus inter-relacionamentos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A responsabilidade civil decorre da necessidade de resolução dos conflitos decorrentes da convivência social entre os indivíduos, como possibilidade de convivência harmoniosa entre as pessoas, definindo assim os direitos e deveres de cada membro do sujeito social. É por esta razão que o tema da responsabilidade civil é objeto de pesquisas complexas e discussões intermináveis no campo da teoria e do direito. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012)

Neste sentido, a responsabilidade civil pode ser entendida como um remédio: tratando-se de um ato ilícito, o dano é causado pelo incumprimento de uma obrigação acordada ou imposta por lei. O primeiro tópico deste capítulo tem como objetivo descrever os conceitos gerais sobre responsabilidade civil, seus requisitos e tipos. (COELHO, p. 249)

2.1.1 Conceituação doutrinária e jurídica da responsabilidade civil no Brasil

A tarefa de definir instituições jurídicas é sempre complexa. Todo educador busca estabelecer sua própria definição a partir de seu próprio conhecimento. Além disso, os conceitos divergentes resultantes às vezes complicam a pesquisa sistemática da lei. Por se tratar de um

trabalho simplificado, é impossível abranger todas as doutrinas existentes sobre o assunto, por isso apenas algumas doutrinas são estudadas.

O termo "responsabilidade" tem um significado amplo. Porém, em certo sentido, os significados propostos por Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 46) estão relacionados:

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino respondere, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de spondeo, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Para entender as agências de responsabilidade civil, é necessário ter um entendimento claro do sistema jurídico. Pois bem, o ordenamento jurídico brasileiro é constituído por relações entre leis que disciplinam as ações do comportamento humano na busca da harmonia social:

(...) Não há, em suma, experiência jurídica ou direito sem o momento essencial da normatividade, que é o momento em que cada conduta deixa de ser analisada apenas em função do que ela é e representa, para receber a forma e a garantia que lhe cabe no todo social; e só em razão desse fim de coordenação geral de coexistência que o direito cuida dos comportamentos do cientista, do sacerdote, do artista, do político, etc. Essa experiência normativa, enquanto se objetiva em comandos, ou melhor, em diretrizes de conduta, e enquanto, por conseguinte, se ordena e se estrutura segundo um sistema atributivo e coerente de competência, de poderes, de faculdades, obrigações e deveres, constitui o campo próprio de pesquisa do jurista; é o que poderíamos denominar ordenamento jurídico, consoante expressão consagrada, desde que se reconheça a sua complexa e multiforme realidade histórica-cultural (REALE apud SANCHEZ, 2008, p. 14).

Nesse caso, o ordenamento jurídico é baseado na experiência social e tem como objetivo coordenar os conflitos causados pela relação entre indivíduos de uma mesma estrutura social. Nesse sentido, Cavalieri Filho (2014, p. 13) acrescentou: “O ordenamento jurídico impõe obrigações. Dependendo da natureza de seus direitos correspondentes, pode ser positivo, dar ou agir, e negativo, não fazer ou tolerar algo”. Uma vez que outras obrigações são causadas pela violação dessas obrigações, são consideradas como obrigações originais pelo doutrinador.

Com base nas observações feitas, deve-se lembrar também o princípio geral da responsabilidade civil, *neminem laedere*, que, de acordo com o artigo 186 do Código Civil, a ninguém é concedido o direito de causar dano a outrem precisamente porque:

Aqueles que vivem em sociedade e aceitaram as regras sociais, as obrigações anímicas impostas pela moral e pela ética, enquanto compromissos supralegais, e pelo regramento institucional imposto pelo tegumento social, expresso no Direito Positivo, assumem o dever de não ofender, nem de lesar,

causar dano ou prejuízo sem que tenham justificativa ou eximente, expressamente prevista na legislação de regência (STOCO, 2007, p. 117).

Em vista dos conceitos introduzidos acima, é óbvio que cada autor fez uma divisão. Cavalieri Filho (2014) entende que a responsabilidade civil é considerada uma obrigação legal. Partindo do mesmo preconceito, o entendimento de Oliveira (2005) é o mesmo: em certo sentido, a responsabilidade civil deve ser concretizada de forma obrigatória. Por outro lado, na concepção de Diniz (2014), a responsabilidade recai sobre o ato ilícito e o correspondente dano a alguém causado por essa relação.

Para o conceito jurídico de responsabilidade civil, consulte-se os artigos do Código Civil 186 a 188 envolveram atos ilícitos e, posteriormente, os arts. 927 a 954 estipulam que é responsabilidade civil e como mensurar o alcance dos danos.

Pelo disposto nas disposições legais acima transcritas, o Código Civil evidencia que a responsabilidade civil é resultante da relação entre o dano e a obrigação de reparação, nas palavras de Oliveira (2005, p. 84), ou seja, “do ponto de vista jurídico, a responsabilidade civil deve ser entendida como a obrigação de indenizar os danos causados por atos anti-jurídicos”. (OLIVEIRA, 2005)

Percebe-se que a doutrina e os conceitos jurídicos de responsabilidade civil não têm percorrido caminhos distintos, pelo contrário, tendem a se fundir em certo sentido, por se tratar de um meio necessário para reparar o dano causado pelo ato ilícito causado pelo delito terceiro.

2.1.2 Espécies de responsabilidade civil

Como forma de sistematizar a pesquisa em responsabilidade civil para um melhor entendimento, a doutrina costuma categorizá-la em espécies. Neste trabalho, serão discutidas as principais normas aplicáveis ao instituto.

Segundo Lisboa (2012), a responsabilidade civil baseada na justiça distributiva pode ser classificada sob três perspectivas: Em primeiro lugar, no que diz respeito à sua origem, é a responsabilidade contratual e a extracontratual. Em segundo lugar, o conteúdo da culpa, responsabilidade objetiva e subjetiva. Em terceiro lugar, sobre a causa, responsabilidade direta e indireta.

Nas palavras de Rizzardo (2011, p. 37), a costumeira distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual se resume, “porque decorre de contrato ou de conduta puramente abominável. A primeira é a violação de obrigações contratuais, e a segunda é a violação das obrigações legais ”.

Quanto à responsabilidade civil decorrente das relações contratuais, o “Direito Civil” estipula nas suas cláusulas:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL, 2002)

Ao ler o artigo acima mencionado, pode-se entender que todas as partes devem respeitar o tratado, pois o descumprimento do tratado resultará em indenização. Esta é uma verificação do latim "braccardo pacta sunt servanda", o que significa que o tratado deve ser respeitado. (OLIVEIRA,2005)

A observação pontual também pode ser feita com base nos dois métodos obrigatórios:

Na responsabilidade contratual, já existe um liame ou um vínculo previamente estabelecido. As partes celebraram uma relação, em torno de um bem, com a especificação de obrigações e direitos. Sendo extracontratual a responsabilidade, não existe alguma ligação entre o autor do dano e o ofendido. A partir da prática do ato ilícito nasce a relação obrigacional. Realmente, o dever de indenizar, que aparece com a ofensa, cria a relação entre o obrigado e o titular do direito (RIZZARDO, 2011, p. 38).

Por outro lado, conforme referido anteriormente, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana decorre apenas do incumprimento de obrigações legais. Portanto, isso se deve ao não cumprimento do princípio *neminem laedere* registrado no art. 186 da Lei Civil que estipula que ninguém tem o direito de causar dano a outrem.

Segundo Diniz (2014), esse tipo de responsabilidade civil costuma ser baseada no sentimento de culpa, neste caso, a vítima deve provar que o ato de culpa - imprudência, improbidade ou negligência causou o prejuízo. E, de acordo com o art. 927, estipula que a responsabilidade extracontratual pode ser objetiva, ou seja, independente de culpa. Portanto, a autora explica que a responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva em termos básicos.

Como pressuposto de responsabilidade direta, o próprio agente incorre na necessidade por meio de ações positivas ou negativas ao praticar atos ilícitos. No caso de responsabilidade civil indireta, esta pode ser devida por fatos de terceiro ou ainda causado por animal. (DINIZ, 2014)

Na responsabilidade pelas ações de terceiros, Diniz (2014, p. 581) aponta: [...] alguém responderá, indiretamente, por prejuízo resultante da prática de um ato ilícito por outra pessoa, em razão de se encontrar ligado a ela, por disposição legal”. Desta forma, haverá pessoas que causam danos e pessoas que devem compensar.

Discute-se a necessidade da culpa para atribuir a terceiros as consequências do ato ilícito. No entanto, Wald (2012) aponta que a legislação racial leva as pessoas a entenderem que a responsabilidade absolve a culpa nessa situação.

Nesse sentido, a redação da declaração nº 1. 450 foi aprovado na Quinta Conferência de Direito Civil, e seu significado era "A responsabilidade civil por ações de terceiros é baseada na responsabilidade objetiva ou independente por culpa, e o modelo de culpa presumida foi superado."

A responsabilidade civil factual é “pelos próprias deficiências e pelos danos por ela causados, mas não por ato humano que os causou diretamente” (OLIVEIRA, 2005, p. 565). O doutrinador explicou ainda que essa responsabilidade será atribuída a fatos inanimados ou fatos animais. No primeiro caso:

O titular do domínio ou possuidor, ao usar coisa inanimada que lhe pertencer ou que tem permissão para possuir, pode originar acidentes lesivos ao patrimônio e à integridade física do terceiro, caso em que deverá reparar o dano causado, com fundamento na culpa e no risco (OLIVEIRA, 2005, p. 566).

No entanto, o “Código Civil em seu artigo 936 estipula que “se o dono ou criador de um animal deixar de provar que a vítima é culpada ou de força maior, o dano por ela causado será indenizado”. Duas interpretações podem ser extraídas da interpretação da lei: o proprietário só pode ser isento da responsabilidade de indenização se provar uma das exclusões (negligência ou força maior da vítima); e “a responsabilidade de manter os animais é baseada na presunção de culpa, porque o proprietário ou criador do animal tem a responsabilidade de fiscalizar (OLIVEIRA, 2005, p. 578).

Por outro lado, os tipos de responsabilidade civil objetiva e subjetiva mais proeminentes nesta pesquisa, especialmente os requisitos para as características da responsabilidade de indenização, serão tratados em tempo hábil no próximo capítulo.

2.2 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para alocar a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, alguns elementos devem existir. Embora haja divergências entre os instrutores, pode-se dizer que os requisitos variam de acordo com o tipo de responsabilidade civil que será analisada. Desse modo, discutiremos primeiro os elementos inerentes à alocação clássica (subjetiva) da

responsabilidade civil baseada em sentimentos internos. Na segunda etapa, será o último tipo de responsabilidade civil com base na teoria do risco, ou seja, a meta.

2.2.1 Responsabilidade civil clássica (subjéitiva)

O Artigo 186 considera que qualquer comportamento humano culpado que “viole a lei e cause dano a outrem” é ilegal. De acordo com a lei, a consequência jurídica de um ato anti-legal é a indenização do dano causado. Desta forma, são os requisitos da responsabilidade civil clássica: comportamento humano, interno, dano e causalidade. Essas demandas foram defendidas por Oliveira (2005, p. 139) que faz uma importante observação:

O elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior, que atente um bem jurídico protegido e que seja contrário ao ordenamento jurídico. Assim, ação e omissão voluntária constituem, como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil.

Tais atos ou omissões serão considerados legais ou ilegais. Cavalieri Filho (2014, p. 19) destacou: “A característica dos atos jurídicos é que seus efeitos são predeterminados pela lei. Na verdade, depende se a vontade da pessoa está em prática. Está intimamente relacionado com a vontade humana. " Em suma, este será um ato amparado pelo sistema jurídico.

Por outro lado, o comportamento anti-legal vai contra o que diz a lei. Portanto, lidaremos com as violações das obrigações legais. Exemplo: Uma pessoa que agrediu verbalmente a vítima, em nome de difamação, violou a lei na forma de arte e causou turbulência moral, conforme art. 186, CC.

Cavalieri Filho (2014) explica: “Subjetivamente, limitar o comportamento como ilegal significa fazer um juízo de valor sobre ele - só é possível se esse comportamento for gerado pelo comportamento humano consciente e livre”. Isso significa que, nesta abordagem subjetiva, o dano é completo apenas se "atos objetivamente ilegais também forem culpáveis".

O segundo requisito é a culpa, que, em termos gerais, inclui a intenção, de violar a lei, mas, a rigor, inclui a imperícia, imprudência ou a negligência.

Também existe um sistema de classificação para sentimentos internos, que podem ser graves, leves e extremamente suaves. Chacon (2009, p. 7) define como “quando o agente não tem intenção de atingir deliberadamente resultados prejudiciais, mas mostra a ação que deseja realizar, ele tem um sério senso de interioridade”. O autor também mencionou que ser um agente por descuido, negligência ou a imprudência produzirão um leve sentimento interior, que foge ao cuidado que as pessoas comuns esperam. Por fim, ele explicou que o mais íntimo é a

diligência, que está fora do alcance das pessoas comuns. Mas foi captada por uma pessoa mais cuidadosa.

Do ponto de vista jurídico, Cavalieri Filho (2014, p. 93) “[...] dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima”. O ponto de partida do doutrinador é que a premissa é que o dano deve ser definido pela causa do dano, não pelas consequências do dano, e o dano é parte da lei e da jurisprudência, não suas consequências. Portanto, a prova de dano é o dano a qualquer propriedade protegida por lei.

Em relação às consequências do dano, devemos primeiro distinguir o que é dano mental e o que é dano à propriedade, e qual é o novo tipo de dano provocado por essa teoria.

A Constituição Federal, considera a dignidade humana um dos alicerces da República Federativa do Brasil. Como resultado, nome, imagem, privacidade e liberdade estão todos incluídos no conceito de "dignidade".

Wald e Giancoli (2012) explicam que, sob a atenção da Constituição, o dano mental não está relacionado à reação psicológica da vítima, e a vítima pode não ser capaz de distinguir se foi ofendida. Da mesma forma, o autor entende que o dano moral relacionado aos direitos da personalidade pode não estar diretamente relacionado à dignidade.

Nesse sentido, vale ressaltar o conteúdo do enunciado no artigo 444 da V Jornada de Direito Civil afirma: “O dano mental indenizável não pressupõe necessariamente a constatação de sentimentos humanos desagradáveis (como dor ou sofrimento) ”.

Portanto, "dano moral refere-se a danos à esfera privada de um indivíduo (seus direitos de personalidade), por exemplo, violação de sua intimidade, vida privada, reputação e imagem, bens jurídicos protegidos pela Constituição" (WALD; Giancoli (Giancoli), 2012, página 94). Dessa forma, cabe ao indivíduo, por exemplo, optar por expor sua intimidade a terceiros, e não a outras pessoas, caso contrário, o terceiro exporá a invasão de privacidade nos termos do art.5 da Constituição.

Por fim, o autor ainda faz observações relevantes, ou seja, as simples preocupações do cotidiano não devem ser vistas como danos externos, pois tais preocupações também fazem parte da vida social.

Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 90) argumentam que a propriedade também é danificada, “[...] os danos materiais e os direitos economicamente identificáveis do proprietário são convertidos em danos, quando sofremos danos em uma casa ou veículo. No mesmo sentido, Gonçalves (2013, p. 486)“ material é o dano que só afeta o patrimônio da vítima ”.

2.2.2 Responsabilidade civil objetiva

Em complemento à responsabilidade civil clássica, existe a responsabilidade civil objetiva, quebrando o paradigma de que só depois de comprovados os ilícitos o agente é que é possível indenizar o lesado. (LIMA, 1999)

A diferença entre responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva é que a primeira não questiona se o responsável pelo dano é culpado. Nas palavras de Gagliano (2013), o sentimento interno passa a ser um fator accidental, e a avaliação interna no sistema de responsabilidade objetiva é irrelevante. Portanto, os requisitos necessários são apenas comportamento, dano e causalidade.

Como observou Gagliano (2013, p. 70), as atuais normas do direito civil refletem as mudanças vividas pela sociedade humana, principalmente após as duas guerras, mais ênfase tem sido colocada no conceito de responsabilidade baseada em atividades de risco (objetivo). Nesse caso, a afirmação de Alvino Lima é correta e, portanto:

Estava, todavia, reservado à teoria clássica da culpa o mais intenso dos ataques doutrinários que talvez se tenha registrado na evolução de um instituto jurídico. As necessidades prementes da vida, o surgir dos casos concretos, cuja solução não era prevista na lei, ou não era satisfatoriamente amparada, levaram a jurisprudência a ampliar o conceito de culpa e acolher, embora excepcionalmente, as conclusões de novas tendências doutrinárias (LIMA, 1999, p. 39).

A teoria do risco também propõe alguns modelos, que mencionam os riscos que foram criados, os riscos da atividade e os riscos de retorno. Nas palavras de Caio Mário (apud CAVALIERI FILHO, 2014, p. 183): “Quem causar perigo devido às suas atividades ou ocupação será indenizado, a menos que tenha tomado todas as medidas cabíveis para comprovar que o fez. ”

Segundo Braga Netto (2009), os riscos da atividade incluem também o desenvolvimento de atividades econômicas, que trarão riscos para terceiros, pelo que, mesmo que não haja sentimento de culpa, devem ser considerados os motivos do dano. Como disse o autor (2009, p.95), no modelo risco-retorno, “quem tira proveito de determinada atividade ou situação responderá inocentemente ao prejuízo por ela causado”.

Portanto, é compreensível que, desde que atenda aos requisitos descritos neste tópico, a responsabilidade civil pode ser utilizada como um importante mecanismo de coordenação dos conflitos sociais contemporâneos, independentemente de sua espécie ou forma. Ao mesmo tempo, na nova lista de danos irreparáveis, é apresentada a teoria da perda de oportunidade.

2.3 PERDA DE UMA CHANCE

A teoria clássica da responsabilidade civil baseada no comportamento, no dano e na causalidade não pode resolver de forma satisfatória os conflitos decorrentes dos efeitos da globalização.

Nesse caso, surgiu a teoria da perda de oportunidade baseada na possibilidade de perder a oportunidade de obter ou evitar a perda, de forma a podermos reparar o dano que não tem sido amparado pelas legislações nacionais por falta de causalidade.

2.3.1 Origem e noções conceituais da teoria da perda de uma chance

De acordo com pesquisa de Silva, Viney e Jourdain (apud Silva, 2013), ao discutir o julgamento de 17 de julho de 1889, a teoria da oportunidade perdida teve origem na França, quando o Supremo Tribunal de Apelação francês considerou a negligência de um funcionário ministerial decidiu conceder indenização ao reclamante com base no comportamento. O autor também apontou que este é o caso mais remoto da teoria da oportunidade perdida em um julgamento francês.

No entanto, para o Biga (2012), que ainda se encontra em França, a Câmara de Recurso (Chambre de Requetês) é uma instituição do Supremo Tribunal francês, que proferiu a decisão do tribunal em 1889 e não tem jurisdição sobre o projeto por serem as suas competências. O procedimento analítico exige que, no máximo, seja proferida a decisão de não admitir o recurso se for considerado que não há fundamento.

Nesse contexto, o jurista explicou que, no caso analisado, o demandante pretendia condenar o funcionário ministerial a pagar 9.000 francos de indenização por falta de intimação do réu. A falha do funcionário foi não registrar as instruções da pessoa que deixou o documento, e quem recebeu o documento ainda era desconhecido, o que tornou o recurso inválido.

A avaliar pelo julgamento, embora não seja inteiramente uma perda de oportunidade, verifica-se que a jurisprudência da época adotou o grau de inferência para a determinação de controvérsias, portanto é aplicável

[...] a ‘teoria da diferença’, ou seja, a indenização, se houvesse, teria sido medida pela diferença entre a situação hipotética em que a vítima se encontraria, sem o ato do ofensor, e a situação em que ela realmente se encontra, considerando o ato praticado pelo ofensor (HIGA, 2012, p. 21).

Portanto, mesmo que o Supremo Tribunal de Justiça aceite e decida o recurso do caso analisado, caso não seja julgado inválido, os juristas apontam que nenhuma indenização será concedida, pois o resultado da equação da teoria da diferença será ser igual a zero, ou seja, a negligência do funcionário não caberá recurso, as pessoas causam danos reais.

Segundo Biga (2012), a situação jurídica na França do século XIX ainda seguia o paradigma tradicional de indenização por danos efetivamente comprovados (danos finais). Porém, na primeira metade do século seguinte, o modelo estabelecido mudou e as pessoas perceberam a possibilidade de reparar vários danos, como os causados pela perda de oportunidade. Isto é porque:

Atualmente, vive-se a era da incerteza. Ora, se o novo padrão solidarista do direito modificou o eixo da disciplina da culpa para a reparação do dano, é evidente que vários danos que até então não eram indenizados por serem incertos, intangíveis ou com efeitos puramente emocionais, passam a ser reparados (SILVA, 2013, p. 74).

Desta forma, perdas causadas por expectativas frustradas ou confiança, invasão de privacidade, estresse emocional e oportunidades perdidas são agora protegidas pelo sistema jurídico francês. (SILVA, 2013)

Neste contexto, no início do século XX, e mais precisamente em 1932, o Supremo Tribunal da Relação proferiu a sua primeira sentença, reconhecendo e concedendo indenizações pelas oportunidades perdidas. Conforme explicado por Higa (2012), este caso envolveu o Sr. Gimaldi, um tabelião que causou danos aos seus clientes (Marnier e Sra. Marnier) por terem perdido a oportunidade de obter o imóvel que desejavam, para Custos relacionados com notariação desnecessária.

Também na Europa continental, o principal caso da teoria da oportunidade perdida é Chaplin v. Segundo Higa (2012), Hicks foi uma competição, e sua premiação foi uma série de contratos pagos para aspirantes a atrizes vencedoras do campeonato. Tendo em vista o grande número de inscritos, a seleção foi dividida por região, sendo que cinco finalistas de cada região tiveram a oportunidade de serem selecionados para audições ou entrevistas. Ao mesmo tempo, deve-se observar que:

O nome da Sra. Chaplin apareceu em 1º lugar no seu distrito. Ela, então, recebeu uma carta para comparecer à fase final de seleção no Aldwich Theatre, em Londres, às 16h do dia 6-1-1909. Entretanto, a carta foi remetida para o endereço errado e, posteriormente, encaminhada à Dundee, onde ela estava, porém no próprio dia 6-1-1909, o que impossibilitou seu comparecimento a tempo (HIGA, 2012, p. 31).

Portanto, conforme apontado por Higa (2012), Sr. Discovery. Hicks descartou a chance de Chaplin de ser selecionado com sucesso e fez a condenação correspondente pelos danos causados. Portanto, o Supremo Tribunal de Apelação rejeitou o recurso da defesa com o fundamento de que violou o contrato e oportunidades suprimidas.

Segundo Savi (2012), no Brasil, a primeira manifestação da teoria (inicial) em análise foi realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 1990, quando a decisão do recurso cível foi n. 598.069.996, da 5ª Vara Cível, quando Relator o Juiz Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

O julgamento envolveu indenização por erro médico. O requerente foi submetido a uma cirurgia de reparação da miopia, que resultou em diminuição da visão, mas após a operação apareceu hipermetropia e cicatrizes na córnea, o que causou nevoeiro no olho cirúrgico. (SILVA, 2013)

No sumário da sentença, o juiz citou a teoria da oportunidade perdida. No entanto, excluiu sua aplicação, porque, nesse caso específico, a prestação de serviços médicos está consubstanciada na obrigação de meios e não na obrigação de fim. Portanto, como será explicado no decorrer desta pesquisa, o processo estocástico não será interrompido, o que permitirá obter ganhos ou evitar perdas. (SAVI, 2012)

Na verdade, o objeto do litígio é um caso típico de indenização com base na responsabilidade civil clássica, pois segundo Savi (2012), ao analisar as provas do processo, o tribunal chegou à conclusão de que segundo hipermetropia de grau e cicatrizes corneanas são as consequências diretas dos erros cometidos pelos médicos durante a operação. Portanto, existe uma relação causal entre a irregularidade do profissional e o dano final.

No entanto, deve-se observar que no caso de confirmação da perda de oportunidade, o cálculo do valor da indenização deve ser baseado em probabilidade estatística, e a regra de que o valor da indenização deve ser inferior ao valor da indenização é utilizada como limite superior de cálculo. Superior ao valor do benefício final esperado pela vítima. Nesse sentido, Silva (2013, p. 226) dá um exemplo de recurso intempestivo:

[...] sobre o qual se conclui, fundado em precuciente pesquisa jurisprudencial, que retirou sessenta por cento (60%) da probabilidade de a vítima reverter uma decisão desfavorável recebida em instância inferior. Se a vantagem esperada pela vítima com a total procedência da demanda judicial era equivalente a R\$ 100.000,00, o valor da chance perdida pela conduta do réu consubstancia-se na importância de R\$ 60.000,00, equivalente a sessenta por cento (60%) da vantagem esperada, como bem apanhado por um julgamento do Tribunal de Justiça do Paraná.

Ainda na competência da Justiça gaúcha, no ano seguinte, em 1991, o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior, que voltou a ser relator, proferiu um típico julgamento de oportunidade perdida em que foi reconhecida a aplicação da teoria ao ordenamento jurídico no país Marco legal. Resumido da seguinte forma:

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 Á SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR Á MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991).

No caso analisado, a autora contratou a ré como sua advogada e ajuizou ação contra a Administração da Previdência Social com o objetivo de receber pensão por morte do marido. Após a distribuição, o registro foi perdido. No entanto, o advogado não notificou seu cliente e não procedeu à restauração do registro.

Portanto, como explica Savi (2012, p.49), “o dano representado pelo juiz [...] perda de uma chance”. Neste contexto, foi transcrita parte do voto do juiz Rui Rosado de Aguiar Junior:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: ‘Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá -la’ (‘La Perte d’une chance em Droit Français’, conferência na Faculdade de Direito da UFRGS em 23.5.90) [...]

[...] a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda de chance, dentro do instituto da responsabilidade civil. Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo 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 (AGUIAR DIAS JUNIOR apud SAVI, 2012, p. 49).

Esta é a primeira vez que um tribunal estadual brasileiro profere uma decisão sobre a perda de uma chance. A partir deles, diante das oportunidades perdidas, muitos outros julgamentos foram gerados, alguns dos quais se tornarão objetos da presente pesquisa.

Quanto ao conceito quando se trata da teoria da oportunidade perdida, é necessário entender o que é realmente oportunidade perdida. Neste ponto, a doutrina não tem grandes diferenças. Nesse sentido, uma perda de uma chance:

[...] quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda (CAVALIERI FILHO, 2012, p.81).

Nesse sentido, também é válido o conceito proposto por Savi (2012, p. 3), bem como uma breve consideração da terminologia, pois “o termo oportunidade utilizado pelos franceses significa, no sentido jurídico, a possibilidade de obter lucro ou de evitar *Loss Sex*. No vernáculo, em nossa opinião, a melhor tradução da palavra "oportunidade" deveria ser "oportunidade".

Ressalta-se que o autor costuma ter o mesmo entendimento do conceito de perda de oportunidade, ou seja, o conceito de oportunidade, ou seja, a possibilidade de obter vantagem ou evitar perdas futuras (conceito clássico), e a compensação ocasionada. Ato ilegal concedido pela oportunidade - para não perder a vantagem.

Na perspectiva do conceito de oportunidade perdida, é importante enfatizar que o que se perde é a possibilidade específica de obter benefícios futuros ou a possibilidade de evitar perdas, e não o benefício ou a perda em si, como se fosse fluida e certa. Nesse caso, enfrentaremos novas situações emergentes de danos ou lucros cessantes.

2.3.2 Natureza jurídica

Um ponto que causou o impasse no estudo da teoria da oportunidade perdida é o esclarecimento de sua natureza jurídica. A este respeito, José Carlos Moreira Alves, apud Silva (2013, p. 103), acrescentou que “determinar a natureza jurídica de uma instituição é enquadrar o seu enquadramento numa das categorias de dogmas reconhecidas no ordenamento jurídico”.

No ordenamento jurídico brasileiro, existe uma distinção clássica entre os tipos de dano: dano mental e propriedade hereditária. Portanto, continuam os esforços teóricos para tentar determinar em qual dos dois locais ocorreu o dano causado pela oportunidade perdida. Existem também algumas doutrinas que tendem a considerar as oportunidades perdidas como um tipo diferente de dano anteriormente previsto pela legislação brasileira, constituindo-se em uma categoria distinta.

Para Santos (2001), o dano causado pela oportunidade perdida deve ser entendido como dano mental futuro. Nesse sentido, o autor dá um exemplo:

[...] talentoso violinista, ganhador de vários prêmios quando ainda adolescente e que se lhe entremostra uma carreira promissora. Essa carreira, porém, é frustrada por um acidente que lhe rompe tendões do braço direito, causando

paralisia do membro. O jovem virtuose não mais poderá tocar o violino. Por todo o passado na vida do músico antes do acidente, pode-se afirmar, com certo grau de certeza, que se não houvesse o acidente, ele seria um grande músico (SANTOS, 2001, p. 114).

De outra forma, Silva (2013) procurou estabelecer a natureza jurídica do tipo de perda de oportunidade como dano autônomo (quando o processo aleatório é interrompido), ou causalidade parcial, em estudo comparando-o com o direito francês. Dano final - quando o processo aleatório termina. Esse conceito proposto pelos estudiosos visa eliminar a divisão clássica proposta pelos franceses, ou seja, a divisão dos casos "clássicos" ou "casos da área médica".

A necessidade de tratar a perda de oportunidade como dano específico também decorre do fato de que a doutrina clássica não aceita causalidade parcial. Portanto, é necessário isolar a possibilidade de dano final e tratá-lo como uma perda independente, a fim de atender aos requisitos de obrigações de indenização previstos no Código Civil vigente. (SILVA,2013)

Nesse tipo de pensamento, quando a oportunidade perdida é concebida como uma categoria específica (dano à autonomia), ela só é explicada de uma perspectiva diferente, enfocando a relação causal entre o comportamento do agente e a oportunidade perdida. Portanto, o resultado final não integra mais a assunção de obrigações de compensação.

Noutra perspectiva, inserindo o campo da causalidade alternativa, há causalidade parcial, não reúne as condições necessárias, ou seja, as “condições necessárias” da obrigação de indenizar, no ordenamento jurídico nacional, são determinadas pela existência e dano do ato e do ato e dano do agente Constitui relação causal entre os resultados.

No entanto, Silva (2012, p. 46) acredita que “as novas realidades sociais, econômicas e tecnológicas implicam na necessidade de reforma dogmática do antigo sistema”, o que é importante para vislumbrar a possibilidade de mitigação da causalidade na sociedade. Algumas situações.

Portanto, deixando de lado o conceito de perda de oportunidade como dano autônomo, conforme Silva (2013, p. 50) citou, “Só usaremos a oportunidade perdida como um meio de quantificar a relação causal entre o comportamento de agência e o comportamento da vantagem esperada, para que a vítima seja compensada pela frustração desta oportunidade.”

Assim como a doutrina, a jurisprudência não é pacífica quanto à natureza jurídica das oportunidades perdidas. O julgamento da Justiça do Rio Grande do Sul considera os danos causados pela oportunidade perdida como autônomos, legados e extrapatrimoniais. Percebe-se que por se tratar de uma instituição relativamente nova no ordenamento jurídico de nosso país,

ainda existem grandes dificuldades em inserir a teoria da oportunidade perdida em uma dada natureza jurídica. (SILVA, 2013)

No julgamento do recurso cível, 70067496307 da Nona Câmara Cível do TJRS tratou da questão da indenização por falta de prestação de serviços médicos, tendo os juízes Carlos Eduardo Richinitti e Eugenio Facchini firmado entendimento com a relatora Iris Helena Medeiros Nogueira em Veneza, ou seja, a teoria da oportunidade perdida inclui os tipos de danos que aparecem na nova lista de danos indenizáveis, não podendo ser considerados como danos morais ou materiais sem causa. Em seu voto, o editor do juiz considerou a teoria da perda de uma chance:

[...] não depende do reconhecimento do nexo causal entre a conduta e o óbito, enquadrando-se numa categoria diversa de dano em que se verifica a chance perdida de uma situação mais benéfica ou menos gravosa em razão de determinada atuação ou omissão do hospital (RIO GRANDE DO SUL, 2015, fl. 40)

O magistrado destacou ainda que as oportunidades perdidas foram incluídas nas novas indenizações indenizáveis e que atualmente é impraticável utilizar o padrão "tudo ou nada" no tratamento de erros médicos, o que é uma crítica clássica de responsabilidade civil à teoria. Hoje, o conceito de indenização civil deve ser mais flexível e considerar a existência de direitos como objetos de proteção jurídica entre direitos e pressupostos. Da mesma forma, o desembargador João Moreno Pomar se manifestou quando proferiu decisão no Recurso Cível nº 70056447188 da 18ª Câmara Cível do TJRS:

A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) busca responsabilizar o causador por um dano diferente daqueles previstos no art. 403 do CC, emergente e lucro cessante, exigindo modalidade sui generis decorrente da frustração da possibilidade de obter-se uma posição pessoal mais vantajosa que provavelmente se pudesse alcançar não fosse o ato ilícito do terceiro. Não consiste num prejuízo efetivo nem no extremo de um dano hipotético (RIO GRANDE DO SUL, 2013, fl. 12).

Por outro lado, nos recursos cíveis, do Desembargador Túlio de Oliveira Martins e Desembargador 70038949921 da 10ª Câmara do TJRS, entendeu que a oportunidade foi perdida, mas foi classificada como perda material. Este processo envolve um pedido de indenização por perda da possibilidade de obtenção de aprovação na segunda fase (teste prático) do concurso para operadores de máquinas na Candelaria-RS, no qual o recorrente já exerceu a função de coordenador do serviço municipal.

Pelos fatos deletérios, o recorrente não pôde realizar o teste propriamente dito, pois seu braço direito não tinha mobilidade devido a uma parte do tecido muscular rompido. Embora os

especialistas posteriormente não tenham encontrado nenhuma fraqueza permanente no braço direito ou redução na amplitude de movimento, o recorrente não conseguiu completar a fase final do jogo, o que realmente perdeu a oportunidade de conseguir um emprego melhor.

No julgamento do recurso cível nº 70057281594, da Quinta Câmara Cível do TJRS, que discutiu a omissão médica e a omissão de tratamento mais adequado aos pacientes amputados por desenvolvimento de doenças do aparelho circulatório, informou a juíza Maria Cláudia Mércio Cachapuz em sua votação indicou que, além de identificar dano material, a condenação por dano mental causado por perda de oportunidade no julgamento

:

Portanto, ainda que a relação de causalidade não seja direta ao efeito da amputação, é possível que se reconheça, por probabilidade, que outra pudesse ser a mudança no estado das coisas se os médicos envolvidos no tratamento tivessem realizado o diagnóstico esperado ou possível de ser deduzido para o caso (RIO GRANDE DO SUL, 2016, fl. 15).

E continua:

Nesse contexto, os elementos de convicção contidos nos autos permitem concluir que houve uma falha na prestação do serviço médico disponibilizado à demandante pelos demandados, mas não que esta falha, necessariamente, tenha contribuído ao evento amputação das pernas. Na espécie, a falta de diligência dos médicos das demandadas concorreu, em verdade, a uma perda de chance de um tratamento mais adequado. Ainda que não se possa afastar a ocorrência do resultado da amputação como um curso natural de mudança de estado para o caso, há indícios suficientes de que, com um tratamento diverso e passível de aplicação pelos profissionais da área médica, 'as chances de evitar a amputação teriam sido maiores' (RIO GRANDE DO SUL, 2016, fl. 17).

Em relação ao desequilíbrio quântico, o relator determinou a partir de um grupo de casos semelhantes considerados no caso TJRS que o valor do dano extrapatrimonial causado por amputação de membro inferior foi de cerca de 75.000,00 reais e as consequências daí decorrentes. Paraplegia. Porém, considerando a perda de oportunidade, o magistrado reduziu o valor total da indenização em 60% na proporção do entendimento do STJ nas mesmas circunstâncias. Portanto, a condenação final foi de R \$ 45.000,00

Embora existam diferenças na natureza e na classificação dos danos causados pelas teorias em análise, deve-se considerar que a perda de oportunidade foi absorvida pela legislação brasileira. O entendimento de que a perda de oportunidade deve ser compensada mostra que é grave e verdade, isto é, não apenas se manifestou como o dano final. Questões relacionadas à natureza jurídica da instituição têm maior relevância no meio acadêmico e não devem ser tomadas como pressuposto de que a vítima deve ser ressarcida por danos.

4.3.3 Requisitos acerca da teoria da perda de uma chance

Embora a relação causal entre a teoria da perda de oportunidade e a indenização civil tradicional seja diferente, ela considera apenas a relação causal entre o comportamento do agente e a perda de oportunidade, permitindo caracterizá-la e atender a requisitos específicos. Portanto, a maioria dos princípios geralmente lista as suposições sobre a realidade e a gravidade das oportunidades perdidas. No entanto, algumas pessoas também enfatizaram que agora é o terceiro requisito. Essas condições atuam como um sistema de blindagem para evitar comportamentos excessivos, configurando-se como “uma medida protetora eficaz para evitar distorções do conceito” (HIGA, 2012, p. 82).

Quanto aos fatores atuais, pode-se dizer que isso pode enfraquecer a gravidade da oportunidade e eliminar sua gravidade, pois “quanto mais longe o tempo, mais provável que o ambiente externo impeça de alguma forma a realização da oportunidade”, de acordo com Higa (2012, p. página 82). Portanto, pode-se destacar:

Enquanto pretensões relacionadas a oportunidades passadas ou projetadas ao futuro próximo possuem maior probabilidade de ser acolhidas, pedidos relativos a chances que poderiam se materializar apenas no futuro distante são menos promissores (MORAES apud HIGA, 2012, p. 82).

Nesse sentido, os estudiosos têm usado exemplos para ilustrar que não conseguiram fechar vários contratos milionários porque acabaram de sofrer um acidente e não puderam se tornar um atleta promissor. Observe que as oportunidades discutidas estão longe de se concretizarem, dadas as inúmeras condições climáticas que essa criança vivenciou antes de atingir a maturidade profissional, não há como imaginar estatisticamente a possibilidade de que essa criança venha a se tornar um profissional de sucesso.

Segundo Boley (apud HIGA, 2012), as oportunidades perdidas devem ser consideradas de uma perspectiva objetiva, ou seja, as oportunidades podem ser relacionadas como uma probabilidade óbvia, e não como a situação das crianças que acabaram de participar da referida escola de futebol. Portanto, para determinar a relevância jurídica das oportunidades, a doutrina e a jurisprudência utilizam cálculos percentuais. De acordo com a doutrina italiana, quando há 50% ou mais de probabilidade de se concretizar o fato esperado, a oportunidade é considerada séria:

Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos

em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente (SAVI, 2012, p. 65).

No entanto, tabular o conceito de severidade de oportunidade não é suficiente para se aplicar ao ordenamento jurídico brasileiro, pois o legislador brasileiro optou por fazer a indenização como cláusula geral (artigo 186 do Código Penal) para consolidar o conceito de solidariedade. Higa (2012, p. 87) afirmou que “em termos de epistemologia, quando o próprio legislador escolhe a redação claramente com base nos termos gerais, é inadequado predeterminar um determinado conceito jurídico”. Portanto, se é necessário analisar a singularidade de cada situação específica, os intérpretes jurídicos não podem formular fórmulas abstratas geralmente aplicáveis a cada caso específico. Como complemento, o autor acredita que:

E a eleição da lei pelo critério aberto deu-se justamente pela complexidade da gama de situações no mundo fenomênico que podem fazer com que o percentual de probabilidade para que a chance seja considerada séria não atenda a um padrão rígido, antes experimentando oscilação pendular na materialização do justo, de acordo com as circunstâncias de cada caso, e delegando ao juiz o mister de integrar um dos elementos da lei (HIGA, 2012, p. 88).

O elemento da realidade tem uma relação hierárquica com a seriedade, por isso a precede. E somente a combinação desses dois elementos pode tornar a oportunidade de frustração financeiramente substancial. Segundo Higa (2012, p. 85), “Pode haver oportunidades reais que não são sérias, mas é impossível considerar oportunidades sérias que não sejam reais”. Na prática, segundo o autor, isso significa que um paciente que foi condenado pela ciência não tem chance real, então não é grave; por outro lado, uma pessoa com probabilidade de bilhete de loteria de um milhão é uma chance real, mas do ponto de vista jurídico, isso não é sério.

Em termos de jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça prestaram especial atenção à realidade e gravidade das oportunidades perdidas. O juiz Carlos Alberto (Carlos Alberto) enfrentou um advogado que supostamente seria responsável por quebra de contrato e interpôs recurso intempestivo para avaliar a reclamação de danos materiais e mentais, o que permitiu ao cliente ver a anulação da sentença desfavorável. Álvaro de Oliveira fez uma análise aprofundada da gravidade da (supostamente) oportunidade perdida e concluiu que, neste caso, a responsabilidade pela indenização não é reconhecida:

Ora, na espécie em julgamento, já havia, por um lado, a confissão quanto à matéria de fato, decorrente da revelia, e, por outro, no tocante à matéria de direito à cobrança de juros acima da Lei de Usura, tem sido permitida nos negócios jurídicos bancários pela iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (v.g., REsp. nº. 439828, REsp. nº. 430093 e REsp. 337957). Além disso, os documentos de f. 163 a 169 não permitem outras ilações favoráveis aos apelantes. De resto, não ficou comprovado que a cobrança decorresse de valores indevidos, lançados sem fundamento na conta dos autores, ônus que incumbia aos autores. De ressaltar que a presente causa foi julgada antecipadamente, tendo os autores se contentado apenas com produção de prova documental, como se verifica da petição de f. 132. (RIO GRANDE DO SUL, 2003, fl. 06) (grifo nosso).

Ao analisar um caso em que o tribunal de primeira instância condenou um médico que fez com que o paciente perdesse a oportunidade e faleceu logo após ser operado, é entendido como impossibilitando a aplicação da teoria em estudo, pois não há evidências no expediente que comprovem a negligência do profissional e justifiquem a suposta oportunidade perdida:

[...] 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; [...] (BRASIL, 2009, fl. 05).

Portanto, pode-se inferir que a teoria da oportunidade de perda, como método específico de indenização, tem avançado no estudo da responsabilidade civil e, portanto, possui requisitos legais e patrimoniais específicos.

4.3.4 Posição Jurisprudencial

O objetivo deste tópico é verificar se o tribunal aceitou a teoria da oportunidade perdida. Analisar-se-á primeiramente o seguinte julgamento:

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA MÉDICO – ACORDÃO 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 DE UMA 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.

No caso, trata-se de ação de indenização por dano moral em que o Sr. Ivo Fortes dos Santos ajuizou ação contra o Dr. Antônio Cláudio Marques Castilho, alegando que o médico foi negligente no pós-operatório e causou a morte de sua companheira.

Extraído da sentença, foi negado provimento ao processo de primeira instância e interposto recurso de apelação, tendo o Tribunal do Rio Grande do Sul julgado o recurso e procedido com o recurso de mérito, conforme transcrição a seguir:

Responsabilidade civil. Ação de indenização. Erro médico. NEXO DE CAUSALIDADE. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. Evidenciado que, no período pré-operatório, o médico foi imprudente, ao não adotar as cautelas necessárias, considerando o quadro clínico peculiar da paciente, e restando caracterizada a negligência na fase pós-operatória, mas não sendo possível imputar, de modo direto, o evento morte à sua conduta, aplica-se ao caso a teoria da perda de uma chance. Havendo a hipótese de que, tomadas todas as medidas possíveis para reduzir os riscos da cirurgia, e empreendidos todos os cuidados no pós-operatório, o falecimento não ocorreria, impõe-se a condenação do profissional da área da saúde. Indenização fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), **tendo em vista a inexistência de nexo causal direto e imediato**, mas que havia possibilidade de se evitar o dano. Apelo provido, por maioria. (grifo nosso)

De acordo com as observações, na decisão do recurso, o tribunal competente do Rio Grande do Sul entendeu que a causalidade direta e direta não havia sido provada, aplicando a teoria da oportunidade perdida e dando provimento ao recurso.

O apelado apresentou uma moção de infração, que foi rejeitada, e o seguinte menu foi anexado:

[...] A essência da teoria está justamente na ocorrência de indícios capazes de apontar a responsabilidade do agente, ainda que não haja certeza de que a conduta tenha contribuído para o resultado danoso. [...]

O médico recorrido ficou insatisfeito com a decisão e interpôs recurso especial para o Tribunal Superior, sendo o resultado da autuação n. 1.104.665, extraído da seguinte forma:

[...] 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”; Recurso especial provido.

Em suma, o julgamento é educativo porque envolve posições distintas, pois a ação foi julgada improcedente em primeira instância, foi julgada procedente em segunda instância (acatando o argumento de oportunidade perdida) e foi julgada improcedente no Tribunal Superior.

Seguindo esse precedente, ainda há muita polêmica sobre o tema discutido em nosso ordenamento jurídico, aplique agora e rejeite agora.

Em seguida, será analisada a sentença do Tribunal Superior, que aparece na 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

Em síntese, a sentença se refere ao contencioso de danos materiais e mentais que a recorrente contratou à ré para prestar serviços jurídicos em defesa de sua demanda. Alegou que a negligência do réu foi determinante para a perda de seu imóvel, pois não defendeu adequadamente seu direito de retenção em vista da reforma do imóvel. Além disso, concedeu o prazo “in albis” para entrar com recurso.

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes e a ré foi condenada a devolver 2.000,00 reais (dois mil reais) ao recorrente.

Ambas as partes negaram provimento à sentença e interpuseram recurso. O juízo "ad Quem" manteve a sentença original. Após a alteração, somente os juros de mora e a correção monetária deverão ser aplicados a partir da data da sentença.

No entanto, o recorrente ficou insatisfeito com a sentença e solicitou embargos de declaração, o qual foi rejeitado pelo juízo de origem. Insatisfeito, interpôs Recurso Especial, mas na sentença de admissibilidade o tribunal de origem não o reconheceu. Portanto, interpôs agravo de instrumento perante o Tribunal Superior, acusando-o de violar os artigos 535 do CPC, 186, 927, 944 do CC e da Lei 8.906/94, e o Superior Tribunal de Justiça julgou procedente o Recurso e admitiu Recurso Especial para melhor análise.

Quanto ao artigo 535 da Lei de Processo Civil, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que não houve omissões ou contradições na sentença do arguido e rejeitou a argumentação do recorrente.

O STJ fez algumas considerações gerais sobre as responsabilidades dos advogados perante seus clientes. Vale a pena transcrever alguns trechos dos votos da ministra Nancy Andrighi:

A questão em debate insere-se no contexto da responsabilidade profissional do advogado. O vínculo entre advogado e cliente tem nítida natureza contratual [...] Diante deste panorama, a doutrina tradicional sempre teve

alguma dificuldade para implementar, em termos práticos, a responsabilidade do advogado. Com efeito, mesmo que comprovada sua culpa grosseira, é difícil antever um vínculo claro entre esta negligência e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em um juízo de cognição [...].

[...]. Daí a dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexo causal entre a negligência e o dano. Para solucionar tal impasse, a jurisprudência, sobretudo de direito comparado, e a doutrina passaram a cogitar da teoria da perda da chance. A aludida teoria procura dar vazão para o intrincado problema das probabilidades, com as quais nos deparamos no dia-a-dia, trazendo para o campo do ilícito aquelas condutas que minam, de forma dolosa ou culposa, as chances, sérias e reais, de sucesso às quais a vítima fazia jus. É preciso ressaltar que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado.

Quanto à adoção dos parâmetros da teoria da responsabilidade civil por oportunidade perdida, simplesmente li a sentença e não extraí informação substantiva, pensando que ela apenas confirmou o julgamento do juízo de origem.

Este é o conteúdo extraído da sentença, mas vejamos: “Portanto, se o tribunal de origem tem uma conclusão soberana de que o advogado não é culpado neste ponto, ele não pode extrair a terminologia tradicional de responsabilidade ou a teoria da oportunidade perdida”.

Este processo afastou a tese de oportunidade perdida, pois o próprio recorrente admitiu que teria que entrar com outro processo devido a grave equívoco do advogado. Portanto, analisando o pronunciamento, o recorrente não parece ter perdido a oportunidade, e este será o objeto do recurso.

Ainda no voto do relator, foi extraída informação mais precisa: “Além disso, a interpretação do recurso de apelação interposto pelo recorrente mostra que, de fato, a indenização por dano moral só suscita dúvidas sobre a falta de defesa para reter o direito de melhorar, não sobre a questão da perda do prazo de recurso ”.

Analisando novamente o recurso, constatamos que a recorrente não conseguiu apresentar o pedido porque entrou com outra ação. Neste caso, a recorrente suscitou as lacunas da defesa de manter o direito de melhorar. Parece que a oportunidade não foi perdida neste caso. Sim, se alega perder o prazo de recurso, perderá a oportunidade. Em suma, as características especiais que foram antecipadas ainda não foram reconhecidas.

Quanto ao veredicto do recurso de 2.000,00 reais (dois mil reais), o STJ não realizou nenhuma reforma, que se revelou para a dor e sofrimento.

Depois de analisar o julgamento do tribunal sobre a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, a conclusão é que às vezes é usado para danos morais, às vezes é usado apenas para danos materiais, e às vezes não é em uma decisão doutrinária ou não se pode afirmar

se se trata apenas de uma falta de conhecimento aprofundado do assunto, ou se não se pretende provocar um novo movimento de responsabilidade civil.

Examinou que determinados tribunais brasileiros estão anuindo a teoria da perda de uma chance, contudo determinados não indenizam porque, declaram que não configurou a perda de uma chance. Em outras circunstâncias não anuem a teoria da perda de uma chance, ou seja, indenizam por algum outro dano todavia não pela perda de uma chance. Logo em alguns tribunais menos conservadores estão concordando a teoria da perda de uma chance e valorando a quantificação de uma maneira meio desproporcional ou seja, quantificam o valor integral que a vítima deixou de ganhar em razão do ação ilícita de outrem.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado nesse trabalho, a perda de uma chance é definida como perder, ganhar vantagem ou se tornar evitar danos. Os oponentes da teoria a criticaram por alegar que era um dano presumindo e impossível medir um montante reparo, porque os benefícios esperados não podem ser garantidos se não for por causa do comportamento prejudicial do criminoso.

A responsabilidade civil por perda de uma chance é a compensação fornecida para as vítimas que perdem a chance de obter ou evitar vantagens. A partir desta perspectiva, o criminoso tem a responsabilidade de levar a possibilidade de obter uma vantagem ou evitar o dano, não o dano direto. Portanto, é a oportunidade perdida que é compensada, independentemente do resultado.

Diante desta revisão bibliográfica tendo um alicerce extenso do assunto, procurando o melhor entendimento em todos as ocorrências que compreendem o tema da perda de uma chance, finaliza-se que esse assunto é novo que vem auferindo força com o transcorrer do tempo, mas compreende-se que ainda possui uma grande enigma no que diz respeito a sua classificação, pois poucas pessoas admitem seu fundamento.

Segundo exposto, o emprego da teoria vem auferindo terreno no Brasil, especialmente perante da considerável complexidade das relações sociais e dos consequentes desafios jurídicos que elas tentam cotidianamente, exigindo a procura de resoluções alternativas àquelas tradicionalmente constituídas no nosso ordenamento, doutrina e jurisprudência.

O estudo da teoria da perda de uma chance em si nos explanou que, além das hipóteses indispensáveis à responsabilidade civil, a própria teoria tem seus pré-requisitos constitutivos e fundamentais de aplicabilidade, quais sejam os subsídios da seriedade e fato da possibilidade.

Explanou que o dano proveniente da perda de uma chance é independente, identificável e destoante do resultado final, diferenciando-se do dano moral ou material, formando, assim, uma inovação na espécie de dano.

Conclui-se que a teoria da perda de uma chance apareceu como um estrutura que tem por objetivo incluir as possibilidades de reparação dos danos e que todas as discussões e controvérsias sobre esse instituto não podem servir de justificativa para que o dano decorrente da perda de uma chance não seja passível de reparação, pois toda ação que cause prejuízo a outrem necessita ser reparado.

REFERÊNCIAS (NBR 6023)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência n. 0393**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=overbooking&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência n. 0376**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%28improvavel+e+quase+certo%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 788.459-BA (2005/0172410-9)**. Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 08 nov. 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 13 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)**. Recorrente: João Batista Neiva. Recorrido: Vilma de Lima Oliveira. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 dez. 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 13 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.104.665 - RS (2008/0251457-1)**. Recorrente: Antônio Cláudio Marques Castilho. Recorrido: Ivo Fortes dos Santos. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 09 jun. 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.115.687 - SP (2009/0103354-9)**. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Hans Walter Maier e Outro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 18 nov. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 553.104 - RS (2014/0181732-7)**. Agravante: Sociedade Educação e Caridade – Hospital Dom João Becker. Agravado: Antônio Carlos da Silva. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 1º dez. 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.622 – DF (2012/0041973-0)**. Recorrente: Alberdan Nascimento de Araújo e Outro. Recorrido: Hospital Santa Lucia S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 18 dez. 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.104.665**, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 09/06/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista-eletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4899173&sReg=200802514571&sData=20090804&sTipo=91&formato=-PDF> Acesso em 13 mai. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)**. Recorrente: Carlos Márcio da Costa Cortázio Corrêa e Outros. Recorrido: Cryopraxis Criobiologia Ltda. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 19 ago. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.321.606 - MS (2011/0237328-0)**. Embargante: Jairo Pires Mafra. Embargado: Raquel Ferreira Gomes. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Brasília, 23 abr. 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DE CARVALHO SANCHEZ, Giselle Anne Neto. **Breves considerações sobre o ordenamento jurídico brasileiro**. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria geral da responsabilidade civil e de consumo**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WALD, Arnold. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.