

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-304-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Contemporâneo.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI – CURITIBA-PR, realizado em parceria com a UNICURITIBA, apresentou como tema central CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTETÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito”.

Uma tal temática suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos no decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente, a questão do papel dos atores sociais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo II”, na medida em que inequivocamente sensíveis transformações foram sentidas em relação aos institutos do Direito Civil que lastreiam as relações interpessoais que se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania.

Sob a coordenação do Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e da Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro -Universidade Estacio de Sá (UNESA /UNIRIO), o GT “Direito Civil Contemporâneo II” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual, Mark Pickersgill Walker e Joana de Souza Sierra discutiram sobre a dificuldade de definição da autonomia privada decorrente do fato de que ela é a feição contemporânea da autonomia da vontade. Refletem sobre a ascensão e crise desses conceitos, tecendo considerações críticas e possíveis contornos para a autonomia.

Afonso Soares De Oliveira Sobrinho e Clarindo Ferreira Araújo Filho apresentaram o trabalho intitulado Usucapião extrajudicial e a função social dos cartórios, cujo foco centrou-se numa revisão das teorias possessórias abraçadas pelo sistema legal pátrio, bem como, por meio de pesquisa bibliográfica, revistas as espécies e características desse importante instituto de aquisição de propriedade e à função social dos cartórios.

Precedentes judiciais. Uma possibilidade de harmonização entre a liberdade e o conteúdo econômico do contrato, e sua função social, da autoria de Rodrigo Brunieri Castilho, abordou o instituto dos precedentes previstos no CPC/2015, como forma de colmatação e harmonização entre o publicização e o liberalismo contratual.

Os requisitos de admissibilidade da perda de uma chance em acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de Barbara Bedin e Rosemari Pedrotti de Avila, analisou o instituto da perda de uma chance relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do estudo de caso, a partir de três decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para verificar qual o entendimento dos julgadores a respeito da temática, pela falta de legislação expressa.

Wagner da Silva Botelho de Souza e Isabel Gouvêa Mauricio Ferreira apresentaram o trabalho intitulado: “A evolução da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro: análise da aplicabilidade nos contratos de seguro”. Analisaram a evolução da boa-fé objetiva e sua aplicação nos contratos de seguro, buscando a compreensão deste princípio quando aplicado a uma modalidade contratual específica.

Fernanda Macedo Guimarães e Luiza Helena Gonçalves apresentaram o artigo intitulado: “O marco civil da internet e a polêmica dos bloqueios judiciais”, que promoveu uma leitura reflexiva em torno dos principais pilares da Lei nº 12.965/2014, entre eles a neutralidade, a privacidade e a responsabilidade, busca-se diagnosticar a legalidade e a eficácia destes bloqueios judiciais.

“A indenização da perda de uma chance: o que considerar? ”, da autoria de Bruno Terra de Moraes, discutiu a responsabilidade civil pela perda de uma chance como instrumento de tutela da pessoa humana em um contexto de aumento das hipóteses de danos ressarcíveis.

“Considerações práticas acerca da responsabilidade objetiva”, da autoria de César Augusto de Castro Fiuza e Bruno de Almeida Lewer Amorim, discutiram a prática da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, especialmente no que diz respeito à substituição da culpa pelo risco da atividade. Analisaram as causas excludentes de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor, tendo como referencial alguns julgados, de modo a perquirir se a jurisprudência reflete uma responsabilidade baseada no risco ou se a reparação segue se baseando na culpa.

Michely Vargas Delpupo e Jose Geraldo Romanello Bueno, apresentaram o trabalho intitulado: “Breves considerações sobre o contrato de corretagem ou de mediação à luz do

Código Civil brasileiro e legislações estrangeiras”, nele buscaram esclarecer os principais conceitos decorrentes do contrato de corretagem, bem como analisar as normas pertinentes que tratam destas questões do contrato de corretagem em nosso ordenamento jurídico e na legislação estrangeira.

“O negócio jurídico na empresa “pontocom” e aspectos de sua problemática no contemporâneo direito civil brasileiro” da autoria de Eliana Maria Pavan de Oliveira e Maristela Aparecida Dutra, traça parâmetros de delimitação do negócio jurídico virtual, aplicáveis metodicamente às Empresas “Pontocom” no âmbito das relações civis e consumo.

Tereza Rodrigues Vieira apresentou o trabalho intitulado: “A autodeterminação das pessoas transgênero e cisgênero e o reconhecimento da adequação do registro civil”, tendo como objetivo refletir sobre a autodeterminação das pessoas transgênero e cisgênero com vistas ao reconhecimento da sua identidade civil no tocante ao prenome e ao gênero atribuídos ao nascer.

“Tomada de decisão apoiada: uma reflexão acerca do novo instituto”, da autoria de Débora Nogueira Esteves e Lucas Campos de Andrade Silva promove uma breve reflexão acerca do novo instituto jurídico, previsto no artigo 1.783-A do Código Civil brasileiro, instituída pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, constituindo uma visão crítica sobre os desafios, perspectivas e possibilidades deste novo modelo que valoriza a autonomia da pessoa com deficiência e preza por sua inclusão no convívio social.

Eduardo Felipe Nardelli e Priscila Zeni de Sá apresentaram o trabalho intitulado: “Responsabilidade civil médica e perda de uma chance”, que aborda os dois casos em que poderá haver responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica.

“A responsabilidade civil dos notários e registradores” , da autoria de Carina Goulart da Silva e Guilherme Augusto Faccenda, investiga os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil dos notários e dos registradores quanto aos danos causados a terceiros no exercício da delegação.

Sob o título “Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares: entre a liberdade e a igualdade”, Thiago Penido Martins promoveu um estudo sobre a eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, analisando em que medida os particulares, estão vinculados ao direito fundamental à igualdade.

Marcelo Farina de Medeiros apresentou o trabalho intitulado: “ Função social do contrato: da autonomia da vontade à eticidade”, objetivando contribuir com a análise da evolução das teorias contratualista, na perspectiva de uma quebra de paradigma, ensejando um marco histórico no Direito Negocial, a partir do qual a função social do contrato passa a reger a extensão da autonomia das partes.

O trabalho intitulado: “A publicidade comparativa sob aspectos da auto-regulamentação publicitária e consumeristas”, dos autores Leticia Lobato Anicet Lisboa e Leonardo Da Silva Sant Anna, busca determinar se a publicidade comparativa se trata de prática ilícita que não deve ser admitida no ordenamento jurídico ou se pelos critérios do ordenamento pode ser praticada.

Jossiani Augusta Honório Dias e Muriana Carrilho Bernardineli apresentaram o trabalho intitulado: “A busca pelo belo e a responsabilidade civil do médico em cirurgia plástica estética”, em que pela utilização do método indutivo, discutem a responsabilidade civil dos profissionais médicos na realização de cirurgias plásticas estéticas.

Finalmente, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Marcelo Pereira dos Santos apresentaram o trabalho intitulado: “Família, casamento e descompassos normativos do Código Civil Brasileiro no Século XXI” em que estabelecem uma interface entre vida prática, legislação vigente e fenômenos culturais vivenciados pelas famílias e analisam os descompassos normativos do Código Civil, demonstrando a necessidade de ajustes pontuais no texto legal, a fim de evitar interpretações equivocadas que venham a macular a dignidade humana.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO-UNESA

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - PUC-MG

**OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA PERDA DE UMA CHANCE EM
ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

**THE REQUIREMENTS OF A LOSS OF ELIGIBILITY CHANCE IN COURT
JUDGMENTS OF THE RIO GRANDE DO SUL**

**Barbara Bedin
Rosemari Pedrotti De Avila**

Resumo

A perda de uma chance é um instituto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, configurando-se como uma nova forma de indenização, já que a responsabilidade civil está baseada em cláusulas gerais de tessitura aberta da Constituição Federal e do Código Civil, atendendo as transformações sociais. Este artigo analisa três decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para verificar qual o entendimento dos julgadores a respeito da temática, pela falta de legislação expressa. O artigo é eminentemente descritivo ao tratar da teoria da perda da chance e faz a análise dos acórdãos através do Estudo de Caso.

Palavras-chave: Perda de uma chance, Requisitos, Tribunal de justiça do rio grande do sul

Abstract/Resumen/Résumé

The loss of a chance is a relatively new institute in the Brazilian legal system , configured as a new form of compensation , as liability is based on general clauses open tessitura of the Constitution and the Civil Code , in view of the social changes. This article examines three decisions of the Court of Rio Grande do Sul to check your understanding of the judges of the theme , the lack of explicit legislation . The article is eminently descriptive when dealing with the loss of chance theory and makes the analysis of judgments by the Case Study

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Loss of a chance, Requirements, Court of rio grande do sul

INTRODUÇÃO

A configuração do dano gera o dever do ofensor de indenizar a vítima, e essa obrigação é reconhecida de forma pacífica, praticamente em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, por ser de tessitura aberta, o nosso sistema jurídico, que acompanha as transformações sociais, se ‘atualiza’ e reconhece direitos aos indivíduos mesmo que não estejam expresso em lei. Isso acontece com o reconhecimento da reparação do dano pela perda de uma chance que por muito tempo, não era admitida em nossos tribunais. Justificava-se que o que não era objeto de certeza, por nunca ter acontecido, não permitia a reparação. (MELO, [2004] 2008, p. 354).

Atualmente, esse entendimento mudou e tanto a doutrina como os julgadores reconhecem a possibilidade de responsabilidade civil pela perda de uma chance na esfera cível e na trabalhista. Contudo, fazendo a leitura de três decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (doravante TJRS), verifica-se que muitos pedidos dessa natureza não são reconhecidos pela falta de preenchimento dos seus requisitos essenciais ou pela confusão que se faz com as perdas e danos. Por esse motivo, nos próximos tópicos discorreremos sobre sua gênese, sua configuração e como é recebida contemporaneamente em nossos tribunais, em especial o TJRS.

O método de pesquisa deste artigo é descritivo e feito através do Estudo de Caso. O Estudo de Caso é descrito por Gil (2008, p. 57-58) como “fenômeno atual dentro de seu contexto de realidade” com o objetivo de “permitir seu conhecimento amplo e detalhado.” Além disso, analisar mais de um acórdão não descaracteriza o Estudo de Caso, pois essa modalidade é uma variante dentro da estratégia de pesquisa¹. Os acórdãos foram escolhidos por conveniência, diretamente do *site*² do Tribunal e os números de processos não foram omitidos em função do princípio da publicidade que sustentam as decisões prolatadas.

1. A decisão francesa sobre a perda da chance: o início de tudo

O argumento de dano hipotético representando um prejuízo desprovido de certeza, era o que impedia o sistema jurídico francês de reconhecer a perda de uma chance até meados da década de 1930. Nos anos de 1965 e 1966 foram publicados dois acórdãos em um

¹ Analisar um único caso é chamado de estudo de caso único e mais de um caso é conhecido como estudo de casos múltiplos. (YIN, 2010, p. 41).

² www.tjrs.jus.br

periódico de origem francesa que abordava a perda de uma chance. Ambos tratavam sobre casos médicos: o primeiro tratava da falha de diagnóstico de um médico e suas consequências (sequelas); e o segundo, tratava de uma paciente que não recebera adequado tratamento de seu médico. A repercussão desses casos faz com que muitos autores até hoje e de forma equivocada, considerem esses casos como sendo os primeiros da Corte de Cassação francesa a tratar sobre a perda de uma chance. Entretanto, a primeira decisão da corte francesa que reconheceu e condenou a indenizar pela perda de uma chance foi em 1932, ao ser reconhecido que a conduta falha e mal intencionada de um notário causou danos a um casal que estava em vias de adquirir um imóvel. (HIGA, 2012, p. 20-30).

2. A perda da chance na doutrina italiana

A discussão sobre a reparação dos danos pela perda de uma chance, nas palavras de Savi (2012, p. 7-9), iniciou na década de 1940, através dos escritos do professor da Università di Milano Giovanni Pacchioni que comentava as decisões francesas. As considerações feitas por aquele professor acerca da perda de uma chance foram integralmente ratificadas por Francesco Donato Busnelli em 1965. Os professores sustentavam que de acordo com o sistema jurídico italiano, a perda de uma chance não era indenizável por se tratar de um mero interesse de fato, sem a possibilidade de verificação da efetiva extensão dos danos eventualmente causados.

Esse entendimento foi contestado por Adriano De Cupis, professor de Direito Civil da Università di Perugia em 1966 e, analisando as mesmas decisões que Pacchioni e Busnelli se embasaram para negar a existência da perda de uma chance, admitiu a existência de dano reparável. De Cupis, segundo a explicação de Savi (2012, p. 10), é o autor responsável pelo divisor de águas para o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance no sistema jurídico italiano. O fato de o evento não ter acontecido é que tornava a possibilidade de reparação pela perda de uma chance questionável. No entanto, mesmo reconhecendo a perda da chance, não se poderia auferir o grau de certeza de concretização da situação.

Por esses motivos, esclarece Savi (2012, p. 14), além da dificuldade em nomear de forma razoavelmente clara os conceitos “provável” e “aleatório”, é que a perda de uma chance foi identificada como lucros cessantes antes de De Cupis na doutrina italiana. Tanto a vítima do lucro cessante como a da perda de uma chance, não teriam plenas condições de provar que o dano aconteceria por esse motivo, ou por qualquer outro motivo fortuito. Além disso, em

ambos os casos, a perda de oportunidade não retiraria das vítimas bens ou vantagens que tinham quando o fato prejudicial aconteceu, apenas impediriam a fruição de bens e vantagens futuras.

O primeiro julgamento favorável à indenização pela perda da chance na *Corte di Cassazione* italiana foi em 1983 e que dali para a frente se consolidou como um dano autônomo e indenizável de forma direta. Por fim, Savi (2012, p. 15-23) usando Bocchiola, explica que o limite da aplicação da perda da chance italiana reside na demonstração de que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada é superior a 50% (cinquenta por cento). Essa prova deve se produzida pelo autor e, sem ela, o julgador deve considerar inexistente a comprovação da perda da chance e, como consequência, não terá sucesso o autor, já que o pedido será julgado improcedente.

3. A ótica brasileira sobre a perda da chance

A cláusula de responsabilidade civil inscrita na Constituição Federal de 1988³ (doravante Constituição) e também aquela estabelecida no Código Civil⁴ (doravante CC) são cláusulas de tessitura aberta. Permitem, assim, a possibilidade de novos entendimentos sobre a responsabilidade, desde que respeitados as normas e os princípios explícitos e implícitos na Constituição e em outras normas infraconstitucionais.

A perda de uma chance foi ventilada pela primeira vez em nossos tribunais na década de 1990. Duas decisões originadas do TJRS trataram do tema. A primeira decisão reconheceu a possibilidade de reparação pela perda de uma chance, mas no caso concreto, julgou improcedente o postulado, pela falta dos requisitos necessários. E a segunda reconheceu e aplicou a teoria da perda de uma chance na decisão. Em outubro de 1990, o Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ), manifesta-se sobre o tema, contudo, tamanha foi sua imprecisão teórica que não era possível afirmar se aquele tribunal acolhera ou não a tese da perda de uma chance. (HIGA, 2012, p. 44-51).

Em seguida serão introduzidos os aspectos teóricos da perda de uma chance, através de um escrito quase que por completo na forma descritiva, mas necessário para analisar as decisões do TJRS a respeito do tema.

³ Art. 5º, inciso V, CF/88: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

⁴ Art. 186, CC: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

4. Terminologia, pressupostos e natureza jurídica da perda de uma chance

A literatura brasileira privilegia o uso do termo *chance*, contudo, apesar de muito disseminada, ela não é consenso entre os doutrinadores. Para Savi (2012, p. 3) e para Rosário (2009, p. 7) a melhor tradução para *chance* no vernáculo seria *oportunidade*. Esse artigo acompanha o uso feito por doutrinadores brasileiro e utiliza a nomenclatura *chance*.

No que diz respeito aos seus pressupostos, não é possível fazer a demonstração do dano no resultado final quando se fala na perda de uma chance porque não existe o resultado final e, portanto, não existe a certeza. Não há como comparar a situação da vítima antes e depois dos acontecimentos, uma vez que eles foram interrompidos. Assim, a *chance perdida* deve ser séria e real, e Rosário (2009, p. 7) ainda acrescenta, que a chance deve ser realizável, não uma mera especulação. Trata-se da existência da chance e não a sua prova e, por esse motivo, deve-se diferenciar a grande probabilidade da mera possibilidade. (HIGA, 2012, p. 59).

Devemos nos ater um pouco mais sobre a conceituação de chance real e séria, isso porque a reparação pela perda da chance não se caracteriza através de uma mera possibilidade. O tribunal italiano, explica Carnáuba (2013, p. 123-128), reconhece a possibilidade de reparar a perda de uma chance quando ela representar mais de 50% (cinquenta por cento) de chances de obter o resultado desejado. Contudo, esse autor, entende que determinar um percentual de forma arbitrária pode causar discriminação àqueles que tem menos de 50% (cinquenta por cento) de chances de obter o resultado desejado, mas, mesmo assim, seus direitos são legítimos. Outro critério utilizado para admitir a reparação da perda de uma chance que é criticada por Carnáuba é atender o princípio geral de que o Direito não protege interesses insignificantes, o que evitaria a banalização da figura da chance. Ou, ainda, quanto menor for a probabilidade de sucesso na concretização da chance perdida, menos digna de proteção ela é porque não se configura como real e séria.

A crítica ao estabelecimento desses critérios é corroborada por Higa (2012, p. 87-88), ao considerar infeliz o parâmetro da seriedade da chance ser quando ela tem percentual superior a 50% (cinquenta por cento) e também pelo simples fato de tabelar o conceito de “seriedade”. Isso porque, o próprio legislador redigiu as cláusulas de responsabilidade civil de forma geral, permitindo, assim, a extensão de sua interpretação. O sentido de “sério e real” deve ser estabelecido no caso concreto e de acordo com o contexto, e não ser determinado através de uma porcentagem. Ao contrário dos autores Carnáuba e Higa, Savi (2012, p.65) defende, da mesma forma que os tribunais italianos, que a chance deve ser considerada séria e

real quando for possível “fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado [...]”.

A limitação de 50% (cinquenta por cento) de chances para considerá-la séria e real delineada pela doutrina italiana nunca teve guarida na jurisprudência e doutrina brasileiras, esclarece Silva (2013, p. 142). E para refratar de forma explícita essa tese, foi aprovado o Enunciado 443, na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 443. “Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.”

Podemos considerar que a lesão a um interesse aleatório, por ser subordinado, não deixa de ser uma expressão atenuada da lesão final, mas que de acordo com Carnaúba (2013, p. 129 - 131), essa subordinação se diferencia de três formas:

(1) subordinação quanto à existência: o dano é passível de reparação somente quando a vantagem desejada está definitivamente perdida. Enquanto a vítima tiver oportunidade de alcançar o resultado que deseja não existirá o direito à reparação;

(2) subordinação quanto à sua extensão: a vantagem perdida sempre deve ser avaliada a partir do caso concreto porque ela corresponde a uma parte da vantagem desejada;

(3) subordinação quanto à sua reparação: por se tratar do mesmo objeto, não pode ser cumulada a indenização da chance perdida com a indenização da vantagem final perdida, sob pena de enriquecimento sem causa da vítima.

É importante destacar que a reparação das chances perdidas incidirá sobre uma hipótese fática na ocasião em que a vítima sofre prejuízos por causa de um evento aleatório. A chance é conceituada por Rosário (2009, p.7) no contexto jurídico como sendo “a probabilidade de obtenção de lucratividade ou de evitação de uma perda”. A responsabilidade se configura “em razão da perda da possibilidade de conseguir um resultado favorável e não em virtude da vantagem perdida” (ROSÁRIO, 2009, p. 7), uma vez que o dano é certo quando a chance é perdida. Identifica-se, através de Carnaúba (2013, p. 25-32) quatro elementos sempre presentes na caracterização da perda de uma chance sendo que o último (4) se constitui em decorrência dos três primeiros:

(1) interesse sobre um resultado aleatório: o resultado era uma simples possibilidade que não fazia parte do conhecimento da vítima. Sendo assim, explica Carnaúba (2013, p. 26), a natureza “aleatória da ambição da vítima constitui o núcleo duro dos casos de

perda de uma chance”. A técnica da reparação da chance incide sobre uma provável vantagem e não uma vantagem certa porque nessa última, a indenização corresponderá à sua perda total que é integralmente conhecida e pode ser auferida;

(2) diminuição de chances de obter o resultado aleatório esperado, em razão da intervenção do réu: essa interferência resulta na interrupção total do processo aleatório, ou interfere de forma parcial, quando as chances da vítima não cessam completamente. Nesse último caso, as ações do réu não são suficientes para o fracasso do resultado desejado;

(3) a não obtenção do resultado aleatório esperado: nesse caso o processo aleatório deve ter terminado e o resultado não foi aquele esperado pela vítima, já que ela não obtém a vantagem que poderia surgir da oportunidade; e

(4) a incerteza contrafactual (abstração da realidade): se caracteriza pela impossibilidade de reconhecer qual teria sido o resultado da chance perdida.

No que diz respeito a natureza jurídica da perda de uma chance, a situação danosa dela decorrente tem relação com a causa e não com o efeito. Assim, deve-se vincular a avaliação de sua natureza jurídica à causa. Além disso, ela deve ser analisada a partir do futuro incerto da vantagem e não do passado certo que a vítima tinha, ou seja, a partir de seu caráter aleatório. Por fim, deve-se verificar a resolução do conflito a partir do que seria melhor para a vítima.

Por ser um instituto recente, muitas vezes a perda de uma chance é confundida com outros institutos de natureza diferente. Os três principais equívocos que são cometidos por terem pontos de contato com a perda de uma chance acontecem ao confundir a chance e o risco, a identificar as características da perda de uma chance e os dos lucros cessantes e a diferença entre a condição maliciosamente obstada pela parte a quem desfavorece e a perda de uma chance. Em seguida, abordamos cada um deles.

5. As diferenças entre a chance e o risco

São sutis as diferenças que identificam a chance e o risco, mas existe uma que os caracteriza de fato que é a preexistência da aleatoriedade. Nos termos do que explica Carnáuba (2013, p. 32-33), na *chance*, o interesse da vítima passa a existir a partir da interferência do réu e, antes disso, não havia qualquer iminência de dano e não é possível afirmar o que teria acontecido diante da inexistência das ações do réu (incerteza contrafactual). Já no *risco*, o interesse da vítima vem antes da interferência do réu e a incerteza, fatural e futura, atinge a repercussão da realidade por não se saber o que de fato vai acontecer.

De acordo com Silva (2013, p. 116), a pedra de toque para diferenciar a perda de uma chance de um simples risco “é a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, a existência do dano final. [...] no momento em que as demandas apreciando a perda de uma chance são apreciadas, o processo chegou ao seu final, reservando um resultado negativo para a vítima.” Nas palavras de Silva (2013, p. 117):

[...] a vítima ainda não sofreu o prejuízo verdadeiro, tampouco perdeu a vantagem esperada de forma definitiva, mas, devido à conduta do réu, aumentaram os riscos de ocorrência de uma situação negativa. É impossível saber se em momento futuro a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima será efetivamente observada.

Mesmo quando a interferência do réu interrompe os acontecimentos e o processo não chega ao seu final, é possível identificar a não realização do resultado desejado pela vítima. Já nos casos de simples aumento de risco, a vítima também se encontra em um processo aleatório que pretende alcançar uma vantagem ou evitar algum dano.

6. As diferenças entre os lucros cessantes e a perda de uma chance

Inicialmente diferencia-se os danos emergentes dos lucros cessantes porque quando a teoria da perda de uma chance apareceu, ela foi confundida com esses dois institutos para, em seguida, tratar da diferença da perda de uma chance e os lucros cessantes. Dessa forma, o ressarcimento do que se perdeu, ou seja, o decréscimo na condição econômica da vítima é característico dos danos emergentes, enquanto que a barreira à melhora da sua condição de vida, ou seja, indenizar o que razoavelmente deixou de ganhar é se referir aos lucros cessantes, nos termos do que está estabelecido no art. 402, do CC. Assim, a diferença entre um e outro se dá a partir do impacto da lesão ao estado da vítima e de como ela estava antes da interferência do réu.

No que diz respeito a diferença da perda de uma chance dos lucros cessantes, eles ocorrem em função da técnica de indenização empregada em cada um deles. A *probabilidade* é aplicada como regra na perda de uma chance porque o que se calcula é o percentual da probabilidade de o resultado final esperado pela vítima se concretizar. Já nos lucros cessantes, o que se calcula é a *presunção* de ocorrência do resultado final esperado. O raciocínio é de que no curso natural das coisas, a probabilidade do resultado aparecer é tão grande que ele se presume. (HIGA, 2012, p. 67).

Além disso, enquanto que nos lucros cessantes o nexo causal é entre o fato e o dano, na perda de uma chance, o nexo é reconhecido entre o fato e a perda da chance. A perda de oportunidade representa o dano sofrido e que já estava na 'posse' da vítima antes da interferência do réu e que para Carnáuba (2013, p. 168-169) significa dizer que a chance, por meio da técnica, é considerada um "patrimônio anterior" do indivíduo.

7. A condição maliciosamente obstada pela parte a quem desfavorece e a perda de uma chance

A condição maliciosamente obstada⁵ é pouco tratada e, praticamente deixada de lado ao se dar ênfase às diferenças entre a perda da chance e os lucros cessantes. Contudo, a situação prevista no art. 129, do CC apresenta pontos de contato que podem ser confundidos com a perda da oportunidade. Na verdade, a identidade entre a condição maliciosamente obstada e a perda da chance, restringe-se ao fato de que em ambas, o curso aleatório dos eventos é obstaculizado, impossibilitando sua constatação. Somente no caso concreto verificar-se-á a certeza e a variação de probabilidade de sua ocorrência.

Por outro lado, as diferenças entre essas duas figuras são em maior número, sendo que a partir da classificação de Higa (2012, 72-76), apresentam-se quatro diferenças:

(1) Enquanto que na perda da chance não se exige a configuração do dolo ou da culpa, já que a responsabilidade pode se dar de forma objetiva, na condição maliciosamente obstada o dolo típico é obrigatório a partir da referência expressa do termo 'maliciosamente'.

(2) Enquanto que na perda da chance pode ou não estar presente a relação obrigacional dos sujeitos vinculados através de um contrato em um negócio jurídico *stricto sensu*, na condição maliciosamente obstada essa característica é necessária. Na condição maliciosamente obstada, explica Higa (2012, p. 74) pressupõe-se uma obrigação preexistente, da qual ela constitui elemento acessório, ao contrário da perda da chance, na qual o elemento de interesse da vítima é a aleatoriedade.

(3) Dois fatores devem estar presentes para caracterizar a condição maliciosamente obstada: o primeiro, é a existência do vínculo obrigacional (2); e o segundo, é que, necessariamente, caso a condição cuja execução o ofensor impediu que fosse conquistada pela

⁵ Art. 129. (CC) Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

vítima, ele [o ofensor] se apresentaria em uma posição jurídica de sofrer uma desvantagem em relação à vítima.

(4) Existe uma diferença no que diz respeito aos efeitos jurídicos produzidos por estas duas figuras: na perda da chance, aplica-se ao resultado final um percentual que corresponde à probabilidade de êxito, e o valor econômico da chance para fins de indenização será esse resultado. Já na condição maliciosamente obstada, a indenização é calculada sobre a totalidade do dano, uma vez que o sistema jurídico reconhece cumprida a condição, de forma ficta, para todos os efeitos legais.

8. As formas de reparação na perda da chance e sua quantificação

A configuração da perda da chance tem repercussões tanto na esfera patrimonial como na extrapatrimonial, em que pese a doutrina dar ênfase às questões patrimoniais, em função de sua classificação como danos emergentes. Sendo assim, seus reflexos e sua reparação deverão ser averiguadas no caso concreto, inclusive permitindo a cumulação de ambas as indenizações⁶.

Como já visto, de acordo com a doutrina italiana, a chance somente será considerada real e séria e, portanto, passível de indenização quando representar mais de 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de obtenção do resultado desejado. Implementada essa condição, a perda da chance se configura e permite a indenização de forma patrimonial ou extrapatrimonial, de acordo com cada caso.

Adotando-se o posicionamento majoritário dos doutrinadores brasileiros, não é necessário estabelecer um percentual, mas sim verificar a real importância da perda dessa chance no interesse da vítima. Isso porque os indivíduos, apesar de compartilharem do mesmo sistema jurídico, possuem valores diferentes ou melhor, em graus diferentes, que tornam determinadas situações mais importantes para alguns e menos para outros.

De toda sorte, a quantificação do dano patrimonial corresponderá a uma parte da vantagem desejada, normalmente, a metade. Já a quantificação do dano extrapatrimonial deverá atender a critérios estabelecidos pelos julgadores, já que não existe uma 'tabela' tratando do valor dessas indenizações.

⁶ Esse é o entendimento de Savi (2012, p. 81-84), de Rosário (2009, p. 51-58) e de Higa (2012, p. 81).

9. O estudo de caso da perda da chance no TJRS

A primeira decisão⁷ analisada do TJRS diz respeito a apelação de uma autora que teve seu pedido julgado improcedente em Primeiro Grau ao acionar uma banca de advogados e pedir uma indenização por danos morais e perda de uma chance, alegando ser servidora pública federal lotada em um hospital e que apesar de desenvolver suas atividades em ambiente hospitalar, jamais recebeu adicional de insalubridade.

Assim, consultou o réu, responsável pela assessoria jurídica da associação do pessoal técnico administrativo de sua entidade, sendo por este informada da possibilidade de propositura de ação judicial buscando a percepção do adicional de insalubridade, com considerável probabilidade de êxito.

A demandante outorgou procuração e entregou os documentos necessários para o ingresso da demanda, porém, passados quase três anos, a ré não propusera a ação judicial. Reclamou que as prestações relativas ao adicional de insalubridade devidas no interregno dos quase três anos completos acabaram atingidas pela prescrição, perdendo a oportunidade de receber tais valores.

Em contestação a ré alegou que a autora ocupava cargo de assistente de administração e sempre trabalhou exercendo funções administrativas, em razão disso não possuía considerável probabilidade de êxito em demanda de insalubridade. Referiu que não assumiu com a autora o dever de ajuizamento de ação, mas, ao contrário, a advertiu sobre a possibilidade de insucesso da demanda. Não foi outorgada procuração pela demandante e sua relação era com a associação do pessoal técnico, entidade responsável por repassar os documentos apresentados pelos associados a demandada.

A autora não comprovou que entregou a procuração a associação que lhe representa e nem a ré, sendo o feito julgado improcedente. No recurso de apelação a autora reiterou seus argumentos, os quais não foram acolhidos pelo tribunal que justificou com a não configuração da perda de uma chance mesmo admitindo-se a entrega da procuração. No acórdão, o Relator explica:

A aplicação da teoria da perda de uma chance, que objetiva responsabilizar o advogado pela perda da possibilidade do cliente de buscar uma situação mais vantajosa, necessita de demonstração de que o não-agir ou mal-agir do profissional tenha ensejado a perda de uma chance séria e real, que tangencia a certeza, não hipotética ou duvidosa.

No caso concreto, o fundamento da pretensão indenizatória reside no fato do réu não ter ajuizado a ação, objetivando a percepção do adicional de insalubridade.

⁷ Apelação Cível nº 70068080480, 15ª Câmara Cível do TJRS. Rel.: Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos. Julgado em 22/06/2016,. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 13/07/2016, às 14h 46min.

Analisando o caso sob o prisma da probabilidade do autor se sagrar vitorioso na demanda, entendo que o fato da demanda não ter sido proposta não importou na perda de uma chance real e de grande probabilidade de êxito, mas apenas de uma oportunidade hipotética e inconsistente de procedência do pedido, tendo em vista que a autora atua no cargo de Assistente em Administração junto à Pró-Reitoria de Extensão e Cultura, exercendo funções administrativas (fl. 49), e o adicional de insalubridade apenas alcança aqueles que exercem atividades expostos a agentes nocivos à saúde acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. Portanto, não observo perda de uma chance no caso dos autos.

Apresentou o entendimento do STJ de que “o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no espectro da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável (REsp 1.104.665/Massami)” e manteve a decisão de Primeiro Grau.

A segunda decisão⁸ analisada diz respeito a apelação de uma advogada que foi condenada em Primeiro Grau em ação indenizatória ajuizada por um cliente que outorgou procuração para promover uma ação de revisão de alimentos. Argumentou o autor, que a sua procuradora garantiu a desnecessidade da produção de provas testemunhais, apesar do arrolamento prévio, em razão da documentação já acostada naqueles autos, contudo a ação foi julgada improcedente.

Solicitou informações à advogada a respeito da data da prolação da sentença e seu conteúdo, contudo foi informado pela profissional que aguardava a nota de expediente para intimação da decisão. A sentença de improcedência foi comunicada ao autor quando já havia transitado em julgado, não existindo mais a possibilidade de recurso.

Em ação judicial indenizatória o autor alegou a má prestação de serviços e a perda da chance de ter seu recurso acolhido para reverter a decisão de Primeiro Grau, inclusive tendo sido efetuada a penhora *on-line* para a cobrança de honorários pela sucumbência daquela ação sem ter sido comunicado por sua procuradora.

Na contestação, a ré alegou que ficou grávida, sendo esta uma gravidez de risco decorrente de diversos problemas de saúde enfrentados pela gestante, como pressão alta e anemia profunda. Foi orientada por seu médico obstetra a permanecer em repouso durante todo o período gestacional, tendo a requerida se afastado de suas atividades profissionais. Arguiu que a requerida apresentou quadro de depressão no período e também após o parto, prosseguindo com tratamento para a doença. Sustentou que não teve a intenção de prejudicar

⁸ Apelação Cível nº 70067403519, 15ª Câmara Cível do TJRS. Rel.: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Julgado em 06/07/2016,. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 13/07/2016, às 16h 01min.

o cliente e que o sucesso processual não depende apenas do procurador, não se presumindo da improcedência a responsabilização civil do advogado.

A sentença julgou parcialmente o pedido, condenando a requerida ao pagamento do valor de R\$ 7.240,00 além de seus consectários legais, decisão esta que foi objeto de recurso. O acórdão, por sua vez, não acolheu o pedido de reforma da sentença, justificando tratar-se da perda de uma chance caracterizada com a perda da possibilidade de conseguir um resultado. Citou trechos de doutrina, várias decisões para apoiar o posicionamento do Relator e assim referiu para negar provimento à apelação da ré:

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 CCB, 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.

Os dois primeiros acórdãos, reconheceram a existência da possibilidade de indenização pela perda de uma chance, desde que a chance perdia se configurasse como real e séria e não uma mera possibilidade de um dano potencial ou incerto.

O terceiro acórdão⁹ trata a perda de uma chance de forma equivocada, confundindo-a com os danos emergentes, justamente o que foi rechaçado pelas outras decisões, senão vejamos. Trata-se da apelação de um advogado que foi condenado em Primeiro Grau a indenizar seu cliente por ter recebido poderes do autor para atuar como seu procurador, em ação judicial movida contra a Brasil Telecom S/A, objetivando a subscrição de ações telefônicas ou, subsidiariamente, indenização equivalente.

Com a procedência do pedido e seu trânsito em julgado, iniciou-se a fase do cumprimento de sentença, com depósito judicial da ré do valor integral do débito. No entanto, mesmo diante da impossibilidade de alteração do título executivo judicial e sem consultar o cliente, o advogado firmou acordo com a Brasil Telecom através do qual renunciou a 50% do seu crédito, reduzindo o valor da indenização de R\$ 42.283,49 para R\$ 21.488,26.

A relatora do processo argumentou ser subjetiva a responsabilidade civil do advogado, devendo ser examinada mediante a verificação de culpa, com análise da conduta do demandado ao longo do feito. Em sua defesa, o requerido afirmou que detinha poderes para transigir e firmar compromisso, e que o acordo ocorreu em proveito da parte autora, tendo em

⁹ Apelação Cível nº 70069049815, 15ª Câmara Cível do TJRS. Rel.: Desª. Ana Beatriz Iser. Julgado em 06/07/2016,. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 13/07/2016, às 14h14min.

vista o novo posicionamento do STJ quanto ao critério para a apuração do diferencial acionário, com a possibilidade de incidência inclusive sobre as demandas em fase de cumprimento de sentença, sustentando que havia risco ao autor de ter o seu crédito reduzido a zero.

Destacou, também, que a simples expectativa de possibilidade de ganho do valor total da condenação, caso não fosse celebrado o acordo, por si só, não materializa a perda de uma chance, cabendo à parte autora a prova efetiva de que não havia possibilidade de alteração do valor da condenação a evidenciar que o acordo não lhe aproveitou. No entanto, sustentou que, em princípio, a execução se funda em sentença transitada em julgado e, por este motivo, não existia qualquer evidência acerca da possibilidade da desconstituição do título judicial pela aplicação de outro critério menos favorável. A decisão da impugnação da fase do cumprimento de sentença estabeleceu todos os parâmetros a serem aplicados quando da realização do cálculo do débito no processo.

Reconheceu que a parte não detinha apenas uma expectativa de ganho, mas sim um crédito consolidado, com base em sentença transitada em julgado, cujo valor foi depositado em juízo pela devedora, caracterizando-se o acordo como verdadeira renúncia de direitos, para o que não detinha poderes o réu. Em função da materialização de prova acerca do prejuízo suportado pela autora pela atuação do réu visando a interesse contrário aos seus, com a renúncia injustificada da metade do proveito econômico advindo da demanda patrocinada, restou configurada a perda de uma chance a justificar o acolhimento do pedido indenizatório material.

No entanto, o magistrado determinou a restituição imediata da quantia total renunciada pelo réu em nome da autora corrigida monetariamente e acrescida de juros moratórios. Essa determinação caracteriza os danos emergentes, justamente por se ter o conhecimento exato do prejuízo sofrido pela vítima e não a perda de uma oportunidade, na qual não se sabe exatamente esse montante.

CONCLUSÃO

Verificamos que o sistema de reparação de danos no ordenamento jurídico brasileiro orienta-se pelas cláusulas gerais da Constituição e do Código Civil. Por esse motivo, e com o objetivo de alcançar um Estado Democrático de Direito que acolhe e reconhece situações novas que violam os interesses dos indivíduos, está aberto a novas teorias.

A perda de uma chance é um instituto relativamente recente que reconhece a possibilidade de reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais quando, por intervenção de um terceiro, a expectativa de concretização de um interesse se desfaz. Essa figura tem uma estrutura que é confundida com outros institutos como o risco, os lucros cessantes e a condição maliciosamente obstada. Contudo, tem como característica de consenso que a intervenção de um terceiro deve causar danos e fazer com que a vítima perca uma chance real e séria.

Das decisões do TJRS analisadas, com base nas duas primeiras, conclui-se que há o reconhecimento do instituto da perda de uma chance. Contudo, sustentam que não basta a simples alegação para que o pedido seja deferido, mas sim a comprovação da perda de uma chance real e séria. A terceira decisão, por sua vez, mostra-se totalmente equivocada, já que o conhecimento do valor exato do dano com a determinação de sua restituição integral diz respeito aos danos emergentes e não a perda de uma chance.

Assim, esse artigo se mostra de grande relevo aos advogados que pretendem usar a perda da chance nos pedidos de seus representados. No entanto, a teoria deve ser ‘alimentada’ por provas consistentes e pertinentes para que surta o efeito desejado, ou seja, o resultado positivo no processo, devendo se tratar da perda de uma chance real e séria e não uma mera hipótese.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 02 maio 2015.

BRASIL, **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 11 ago 2015.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. São Paulo: Método Editora, 2013.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 3ª ed. São Paulo: Ltr, [2004] 2008.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Atlas, [2007] 2013. (livro digital).

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e método. trad. Ana Thorell; rev. técnica Cláudio Damacena. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.