

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

TEORIA PERDA DE UMA CHANCE

Rodolfo Lucas Lima

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

TEORIA PERDA DE UMA CHANCE

Rodolfo Lucas Lima

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Ms. João Victor Mendes de Oliveira.

Presidente Prudente/SP

2017

TEORIA PERDA DE UMA CHANCE

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

João Victor Mendes de Oliveira

Orientador

Vinícius Marin Cancian

Examinador

José Fernandes de Souza Junior

Examinador

Presidente Prudente/SP, 23 de Novembro de 2017.

A mais bela função da humanidade é a de administrar a justiça.

Voltaire

Dedico este trabalho a minha família e amigos que acompanharam cada etapa de minha vida, dando apoio em minhas decisões.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por mais esta vitória em minha vida, por me dar forças nesta etapa.

Agradeço ao meu nobre Mestre Orientador João Victor Mendes de Oliveira, por ter me dado instrução e orientação nesta etapa de estudos e aprofundamento jurídico.

Agradeço minha esposa Sharon Paulina Rodrigues Lima por te me apoiado e incentivado ao aprofundamento nos estudos do curso.

Aos meus pais, quero demonstrar minha imensa gratidão, pois eles foram extremamente importantes em cada etapa da minha vida.

Agradeço aos meus professores, que tive a grande honra e oportunidade de adquirir todo conhecimento e experiência jurídica para minha formação.

RESUMO

O presente tema é de grande relevância no ordenamento jurídico, uma vez que a Teoria Perda de Uma Chance por ser uma das vertentes da Responsabilidade Civil trata de um dano hipotético (dano este abominado pelo sistema judiciário brasileiro), no qual traz grandes controvérsias na doutrina e jurisprudência sobre a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que para sua aplicação deve ser levado em consideração funções matemáticas de probabilidade. No trabalho em que se segue, para melhor compreensão do tema será realizado uma análise perquiritiva, para isso, sendo utilizado conteúdo histórico da Teoria Perda de Uma Chance como vertente da Responsabilidade Civil, bem como a realização de análise comparativa dessa teoria no Brasil e sua aplicação em diversos países.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Probabilidade. Natureza obrigacional. Aplicabilidade. Julgados brasileiros. Dano hipotético. Vantagem. Doutrina. Perte d' une chance.

ABSTRACT

The subject addressed in this academic work is truly important in Brazilian legal system, due to the fact that Theory of Loss of Chance, as a modality of civil liability, refers to a hypothetical damage (which is abhorred by the Brazilian legal system). As a result, its implementation, both by doctrine and judicial practice, is highly controversial, considering that the adoption of the aforementioned legal institute requires the use of mathematical formulas of probability. Taking this into account, for a better understanding of the subject here addressed, it will be made a thorough examination of the historical content of the Theory of Loss of Chance, as a modality of civil liability, as well as a comparative analysis regarding the implementation of such Theory in Brazilian and foreign legal systems.

Keywords: Civil Liability. Probability. Liability under Private Law. Implementation. Brazilian Judicial Practice. Hypothetical Damage. Benefit. Doctrine. Loss of Chance.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ASPECTOS HISTÓRICOS	10
3	INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
3.1	Elementos Da Responsabilidade Civil.....	13
3.1.1	Conduta.....	15
3.1.2	Nexo De Causalidade.....	15
3.1.3	Dano.....	15
3.1.3.1	Dano patrimonial (material) e dano moral	16
3.2	Elementos Objetivo e Subjetivo Da Responsabilidade Civil	18
3.3	Cenário que Permitiu a Criação da Teoria Perda de Uma Chance	19
4	A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SEUS DESDOBRAMENTOS	22
4.1	Aplicabilidade Da Teoria Perda De Uma Chance No Ordenamento Brasileiro, Segundo A Doutrina Conservadora.....	24
4.2	Aplicação Da Teoria Perda De Uma Chance Através Da Probabilidade.....	25
4.3	Conceituações De Possibilidade E Probabilidade.....	25
4.4	Aplicações Positivas Da Teoria Perda De Uma Chance No Judiciário Brasileiro	26
4.5	Teoria Da Perda De Uma Chance Nos Casos De Erro Médico	28
5	TEORIA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
5.1	Teoria Perda De Uma Chance, Vertente Material Ou Moral	33
5.2	Teoria Perda De Uma Chance Natureza Material	35
5.3	Dano Autônomo da Teoria Perda de Uma Chance	37
5.4	A Perda Da Chance Como Dano Indenizável	39
5.5	Teoria Perda De Uma Chance Ao Ver Internacional.....	41
5.6	Teoria Perda De Uma Chance No Judiciário Brasileiro é Possível Aplica-lo Através De Três Garantias.....	41
6	REQUISITOS PARA APLICABILIDADE DA TEORIA PERDA DE UMA CHANCE	44
7	QUANTIFICAÇÃO INDENIZÁVEL DA PERDA DE UMA CHANCE	51

8 CONCLUSÃO.....	57
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

A Teoria Perda de Uma Chance trata-se de um tema de extrema importância, uma vez que faz parte de uma das vertentes da Responsabilidade Civil, a qual tal teoria trata daquelas situações em que o dano existente causou a perda de uma oportunidade ao agente e decorrente disso esse agente deixou de conquistar uma determinada vantagem ou até mesmo de se evitar um prejuízo.

A pertinência da Teoria da Perda de Uma Chance é de grande relevância não apenas no ordenamento jurídico brasileiro, mas também no âmbito internacional (que será tratado no capítulo oportuno), pelo fato da temática ser de grande complexidade, de modo que a referida teoria, como vertente da responsabilidade civil, é um dano hipotético, do qual o ordenamento jurídico brasileiro possui aversão.

Nesta direção, a quantificação e objetivação do Direito tem sido um dos grandes desafios para os juízes em sua respectiva sentença. Em sua essência, o Direito é uma ciência subjetiva e que sempre está em busca da objetivação, já no Direito Civil este fenômeno é mais eloquente, principalmente quando falamos em reparação de danos e – sobretudo – o dano moral.

No que tange aos objetivos gerais do tema, será feita uma abordagem quanto ao panorama histórico da responsabilidade civil, bem como o entendimento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro desta vertente.

Ademais, para o desenvolvimento argumentativo e fundamentação da monografia, os procedimentos adotados foram em diversos meios, levando em consideração pesquisas em livros, artigos, monografias, revistas, jornais, internet, no qual tiveram grande contribuição para a corroboração do tema, de modo que será possível vislumbrar que foi realizada análise comparativa da sua aplicabilidade no sistema estrangeiro, bem como o panorama histórico da Teoria Perda de Uma Chance como vertente da Responsabilidade Civil.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Para que nos aprofundemos nos aspectos históricos da teoria da perda de uma chance, devemos nos deixar levar a alguns países como França e Itália. Entretanto, não podemos deixar de mencionar que se não houvesse o desenvolvimento dos estudos com base na probabilidade e estatística não poderíamos vislumbrar um dano independente do resultado final, conforme relata (SAVI, 2006, p. 2).

Desta forma, ocorreram estudos na França, inicialmente por parte da doutrina e jurisprudência, que passaram a defender a existência de um dano diverso do resultado final. Teve assim o início de uma teoria que especificaria casos em que houvesse a indenização pela perda da possibilidade de conseguir um benefício, uma vantagem, fazendo-se assim uma diferenciação entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Sérgio Savi (2006, p. 3) relata que “o termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance seria, em nosso sentir, oportunidade”.

Assim, é possível entender que a perda de uma chance nasceria de uma perda de oportunidade que envolve tal situação. Esta oportunidade conseqüentemente poderá ter referência em termos financeiros, estéticos, morais, etc. Seja qual for o caso, dependerá da probabilidade de que se alcançar o resultado final obtido com certa certeza para que o dano possa ser atribuído (BISACCHI, Fabrício; LIMA, Rodolfo Lucas, 2016).

Já na Itália, no início do desenvolvimento da teoria da perda de uma chance ocorreu certa resistência pelo ordenamento jurídico italiano em recepcioná-la. No entanto, doutrinadores italianos importantes, como Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola, promoveram o marco de sua inclusão provocando diversas manifestações, de tal forma que, as jurisdicionárias passaram a vislumbrar um dano independente do resultado final. Ou seja, passaram a recepcionar o dano pela perda de uma oportunidade de obter uma vantagem, um proveito, um benefício ou mesmo de se evitar um prejuízo, uma perda, um estrago. Assim, relata Sérgio Savi (2006, p. 4), que os italianos, “em vez de enquadrar a perda de chance como espécie de lucro

cessante, passou-se a considerá-la como dano emergente, e assim, a superar o problema da certeza do dano para a concessão de indenização”.

Além disso, vale ressaltar que os italianos colocaram limites para a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ou oportunidade perdida. Desta forma, especificaram que para a teoria viesse a valer, o dano deveria ser provado de forma real e não hipotética. Para tanto, a ajuda do desenvolvimento da probabilidade e estatística foram cruciais, para que se consiga provar êxito em tal dano, de forma que esta probabilidade deve ser a maior de 50% (cinquenta por cento) para que a teoria possa ser conjeturada. Desta forma, a teoria da perda de uma chance desenvolveria uma mudança evolucionária para que fosse aplicada de forma eficaz no ordenamento jurídico mundial (BISACCHI, Fabrício; LIMA, Rodolfo Lucas, 2016).

No Brasil a citada teoria possui fundamento jurídico na Constituição de 1988, e o advento do artigo 5º inciso V.

3 INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para iniciação da responsabilidade civil é necessário vislumbrar o conceito jurídico do que vem a ser “responsabilidade”, pois sua relevância é de extrema importância no momento de definir de quem é a responsabilidade de reparação do dano.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 46), a responsabilidade tem sua origem no verbo latino *respondere*, que significa que alguém possui a obrigação de assumir as consequências jurídicas de sua atividade. Ou seja, um determinado indivíduo viola uma norma jurídica já preexistente, seja ela de natureza legal ou contratual, ele fica obrigado a reparar o dano causado a outrem.

É possível visualizar que a responsabilidade civil manifesta-se no sentido de dirimir os conflitos existentes na sociedade, para que haja paz social, assim sendo delineado para os membros da sociedade seus direitos e deveres individuais.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 21) acrescenta:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil

No que concerne ao significado de Responsabilidade Civil, Paulo Nader apud M. A. Sourdat (2016, p. 34), entende-se por responsabilidade a obrigação de reparar o prejuízo resultante de um fato do qual se é autor direto ou indireto (atos em que o agente não praticou, mas sim terceiro ou coisa).

Temos uma visão clara da aplicabilidade da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro ao verificar o disposto no artigo 186 e 927 do Código Civil que dispõe que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a reparar o dano.

Assim, é possível notar que a responsabilidade civil ela deriva de uma violação ao direito de outrem, direito este de relação jurídica particular, no qual o agente violador desse direito fica vinculado ao pagamento do dano na impossibilidade de não conseguir repara o dano *in natura* ao estado *quo ante*, segundo expõe Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 54).

Deste modo, veremos a seguir os elementos da responsabilidade civil.

3.1 Elementos Da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil esta presente sempre nas ações ou omissões que causar dano a outrem, e quem causa dano a outrem comete ato ilícito como descreve o artigo 186 do Código Civil.

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

Neste entendimento, causando dano a outrem é um ato ilício, e na mesma linha de raciocínio do legislador do código civil, no seu artigo 927 caput, diz que fica obrigado repara-lo.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Primeiramente custa salientar que o direito se destina aos atos lícitos, ou seja, cuida dos ilícitos para fim de reprimi-los e corrigir seus efeitos nocivos (CAVALIERI FILHO, 2012, p.26).

Quando estivermos pensando em responsabilidade civil, faz-se necessário, ter a seguinte ótica, quando se faz alguém reparar um dano causado a outrem, não se busca a punição em primeiro plano, mais o pensamento é pelo prisma da vítima, para que ela não perca, ou tenha seu patrimônio diminuído sem culpa.

A vítima é o sujeito de direito e é necessário que ele retorne ao status quo antes, o objetivo não é enriquecer a vítima, mais sim não ficar no prejuízo, não se preocupa com o agente opressor.

Trabalhando uma lógica econômica, não pode é perdoar o opressor, o pagamento será com todo o patrimônio presente ou futuro penhorável. O pensamento deve ser sempre em favor da vítima, nunca em favor do agente infrator, a ideia é o reestabelecimento da vítima ao status quo antes, ou pelo menos a indenização, para buscar a proporcionalidade quando falarmos em danos morais.

Sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mais nunca a lei indicou qual seria essa obrigação. Agora o Código diz que “aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar”. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso (CAVALIERI FILHO, 2012, p.29).

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentido de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, no qual procura fazer recolocando o prejudicado no status quo ante. Impera neste campo o principio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano (CAVALIERI FILHO, 2012, p.29).

São elementos da responsabilidade civil a conduta, nexa causalidade, dano e culpa (este último presente apenas em alguns casos).

3.1.1 Conduta

É a conduta humana voluntaria que se manifesta por meio de uma ação ou omissão (artigo 186 do CC), no qual é oposta ao ordenamento jurídico.

Aduzem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 78) que “a conduta humana é a voluntariedade, resultante da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”.

Essa conduta humana é classificada em positiva ou negativa, no qual a conduta positiva ocorre quando o agente possui um comportamento de maneira ativa. Por outro lado, a conduta humana negativa é aquela em que o agente é omissivo que dela ocorre o dano. Para tanto a omissão há previsão expressa no artigo 186 do Código Civil.

3.1.2 Nexo de causalidade

Neste caso há uma ligação entre a conduta do agente e o dano causado a vítima, ou seja, há um vínculo de causa com o efeito, salvo causas de excludentes da responsabilidade civil.

3.1.3 Dano

O dano é um prejuízo. Na responsabilidade civil é necessário que haja um dano, ainda que exclusivamente moral para que haja o ressarcimento ou compensação.

Cavarieli Filho (2012, p. 76) entende que dano é um grande vilão da responsabilidade civil, no qual sem ele não haveria que se falar em indenização e nem em ressarcimento. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Ademais, acrescenta que o dano é a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate

de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua vida, como a sua honra, a imagem, a liberdade e etc. Deste modo, o dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral.

Neste caso, faz-se necessário falar sobre o dano patrimonial e o dano moral.

3.1.3.1 Dano patrimonial (material) e dano moral

Na responsabilidade civil, estão presentes os danos patrimoniais (conhecido como danos materiais) e morais, sendo assim iremos analisa-los brevemente e classifica-los.

Dano moral esta ligado ao intimo do agente, elementos íntimos como psicológico, dor, aflição, ódio, rancor, medo entre vários elementos íntimos e sentimentos que o ser humano é capaz de entender e senti-los. Com os danos morais o agente pode ter sérias complicações médicas, profissionais, e também na sua vida intima como relacionamentos e vida profissional.

Na visão de Pablo Stolze (2012, p. 111) o dano moral consiste na lesão de direitos na esfera dos direitos da personalidade da pessoa, no qual viola, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal de 1988.

Um exemplo clássico é humilhar um individuo seja qual for o motivo em um ambiente público, o que fica claro é que os danos morais, não há como se medir um valor, porque sentimento não á valor, não da para se mensurar quantos reais vale a perda de um filho para o pai.

Danos Patrimoniais ou materiais, como o próprio nome se diz, trata-se de bens materiais, que por sua outra vez há um valor quantitativo possível de se chegar, há um valor agregado por sua natureza material, sabe-se quanto custa um celular ou um carro, o seu valor é passível de se mensurar.

Importe mencionar que dentro do dano patrimonial (ou material) há também o dano emergente e o lucro cessante.

O dano emergente e a sua constatação se dá de forma imediata no patrimônio do ofendido, a sua constatação não gera muitas dificuldades, porque a diminuição é contável, é visível, sendo que custa salientar que o dano emergente pode ser tanto total do bem como parcial. A ideia de parcialidade está ligada a bens fracionados ou até mesmo sua manutenção caso não o diminua, sendo que a sua indenização deve se valer sempre pela integralidade do bem.

O doutrinador Sérgio Cavalieri Filho (2012 p. 78) nos remete ao seguinte entendimento:

A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas, tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante. Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum*.

Já o lucro cessante, nem sempre os danos sofridos pela vítima se mostram de forma imediata como os danos emergentes supracitados a cima, se necessário uma verificação e análise dos fatos em concreto. Ademais, também são imediatos e futuros, trazendo redução de ganhos, impedindo lucros futuros.

Podemos aconselhar os lucros cessantes, para maior visualização o salário de um trabalhador autônomo ou não ou uma prestação de serviço, se este é acometimento do ato ilícito impossibilita este a exercer e ter seus lucros, de modo que o autor do ato ilícito está acometido de indenizar.

Seguindo a linha de raciocínio do doutrinador Sérgio Cavalieri Filho (2012 p. 79):

O ato ilícito pode produzir não apenas efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima (dano emergente), mas também mediatos ou futuros, reduzindo ganhos, impedindo lucros, e assim por diante. Aí teremos o lucro cessante. É a consequência futura de um fato já ocorrido. O médico ou advogado que, em razão de um acidente, fica impossibilitado para o trabalho por vários meses, deve ser indenizado pelo que deixou de ganhar durante esse período. Na trilha de Antônio Lindbergh Montenegro, que, por

sua vez, se funda em Adriano De Cupis, pode-se dizer que, se o objeto do dano é um bem ou interesse já existente, estaremos em face do dano emergente; tratando-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, estaremos diante do lucro cessante.

Neste momento específico é possível deslumbrar que a teoria perda de uma chance esta mais ligada ao dano emergente, sendo tema discutido nos próximos capítulos.

3.2 Elementos Objetivo e Subjetivo Da Responsabilidade Civil

O Código Civil de 2002, no seu artigo 186, manteve a culpa como elemento subjetivo da responsabilidade civil.

Tendo por este entendimento a vítima deverá comprovar a culpa do agente ofensor, para poder ser indenizada ao proporcional (CAVALIERI FILHO, 2012, p.43).

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano, se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna.

O artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse diapasão a responsabilidade objetiva não se diz “não ter culpa”, o que se diz é que “não é elemento”, nela ter ou não agido com culpa não importa, basta ter agido com dano, como foi possível verificar no artigo citado.

3.3 Cenário que Permitiu a Criação da Teoria Perda de Uma Chance

A teoria criada pelos tribunais funda-se no resultado positivo que alguém poderia alcançar, em razão de um desempenho ou desencadeamento normal de eventos ou fatos, cuja sua execução ou mesmo seus acontecimentos foram interrompidos, sendo assim a vantagem esperada não veio a ocorrer.

Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 13):

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estaticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza.

Perdurou-se, por muito tempo, tanto na doutrina quando na jurisprudência o termo e o entendimento de "tudo ou nada", em outras palavras, esta presente o nexu causal, elemento de culpa ou previsto legalmente como culpa, resultando em dano, de forma que este deveria ser reparado, sendo assim rejeitava-se totalmente um dano que poderia ter ocorrido dentro da perspectiva do "hipotético". Este entendimento de "tudo ou nada", aquilo que fica no campo da incerteza deve ser rejeitado.

Não significa que a teoria perda de chance, veio para fomentar a indústria da indenização indiscriminada pelas vias dos danos hipotéticos, muito pelo contrario, a referida teoria vem sendo encarada com seriedade, sendo que cada vez mais vem sendo aplicada nos países ocidentais influenciados pela doutrina e jurisprudência francesa. Esta corrente tem como berço a França, pois foi lá que inicialmente tomou-se força sua aplicabilidade e seu desenvolvimento. Tanto da importância de tal teoria na França, Pierre Catala, ao elaborar um projeto de reforma em 2005, para o Código Civil Francês, ao tocante a responsabilidade civil, foi elaborada pela doutrinadora Geneviève Viney, inclusão expressa da reparação por perda de uma chance ao artigo 1.346 do Código Civil Francês.

Em razão do elemento objetivo e subjetivo da teoria perda de uma chance, fica visível que a teoria pode ser aplicada tanto no âmbito objetivo como no subjetivo, como demonstra Glenda Gonçalves Godin (2013 p.61):

A admissão de uma responsabilidade objetiva não é considerada como causa para a criação de tal teoria, que pode ser aplicada em ambos os casos, tanto com fundamento no elemento subjetivo da culpa, quanto na previsão de um risco. Contudo, é a consequência da criação da responsabilidade objetiva, que alterou o paradigma 'de quem é o responsável' para 'quem sofreu uma lesão', que se torna relevante para o estudo da reparação por chances, em conjunto, aos fenômenos da objetivação, coletivização e ampliação dos danos indenizáveis.

Sendo assim podemos demonstrar que a teoria perda de uma chance toma mais força quando esta alinhada com o elemento objetivo, tendo em vista que este indefere de comprovação de culpa ou o seu grau de culpa.

A objetivação ganhou força e apareceu de forma mais visível no século XIX, grande fator decorrente da evolução industrial e os litígios civis, adveio um risco nunca antes conhecido que se torna extremamente difícil à comprovação de culpa, levando em conta que a vítima quase sempre neste contexto histórico, era a parte hipossuficiente.

Sendo assim nasceu a necessidade de objetivação, sendo que com a objetivação a ideia de culpa é afastada totalmente e passa a ser analisado com mais primor os danos sofridos pela vítima.

No Brasil, a responsabilidade civil subjetiva teve seu império, no Código Civil de 1916, tal retrato histórico foi mudando com o advento da Constituição Federal de 1988, que ampliou os casos de responsabilidade objetiva e também podemos atribuir o fato chave a Carta Magna, seguindo o que nos remete a Doutrinadora Glenda Gonçalves Godin (2013, p.64):

E foi com a Carta Magna, através dos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, preceituados no artigo 3º, incisos I e III, que foram retirados "da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia", sendo traçadas legalmente as primeiras linhas do "caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social".

Ademais, com o advento da Constituição Federal de 1988, adveio o grande princípio fortemente aclamado da dignidade da pessoa humana e foi inserido como fundamento da República, sendo assim que todos os ramos do direito incluindo a responsabilidade civil devem seguir este princípio.

Com Advento do Código Civil de 2002, para atender as novas exigências constitucionais, este ampliou as possibilidades da objetivação inserindo o ser humano como primeiro plano do direito e por questões de consequência lógica, passa a defender que todos os danos sofridos pelo ser humano, seja qual for o contexto histórico, tem a possível reparação a depender do contexto fático. Ocorrendo assim uma ampliação dos danos reparáveis, trazendo ao ordenamento jurídico Brasileiro, assim como no ordenamento jurídico Francês a cláusula geral de reparar.

A doutrinadora Glenda Gonçalves Godin (2013, p.66) disciplina:

A ampliação dos danos reparáveis tem grande influência na admissão da teoria da perda de uma chance Foi através desse aumento de prejuízos a serem considerados como danos e, também, uma interpretação menos rigorosa da comprovação do pressuposto do nexo causal, com vistas a prover à vítima a reparação integral, que possibilitou a reparação da chance entendida como “um tipo especial de prejuízo”.

Com isso, podemos afirma com a certeza, que com este leque de objetivação e o nascimento desta cláusula geral de reparar, que houve a possibilidade e o nascimento da aplicação da teoria perda de uma chance, tendo em vista a diminuição da interpretação subjetiva de comprovação do dano e da culpa.

4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SEUS DESDOBRAMENTOS

Na doutrina e jurisprudência tem demonstrado que a Teoria da Perda de Uma chance tem sido um tema que tem gerado muita polêmica e controvérsia, uma vez que suas condições não há uma unanimidade acerca de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, de tal forma que se faz necessário uma análise para maiores esclarecimentos e entendimento dessa temática, assim vislumbrando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana prevista em nossa constituição, no sentido de que “aquele que sofre um dano injusto deverá ser indenizado”.

Deste modo, para melhor compreensão do tema, veremos a conceituação do que vem a ser a Teoria da Perda de Uma Chance, bem como o analisando frente à responsabilidade e uma análise comparativo com a teoria que já tem sua aplicação no âmbito internacional.

No Brasil, após a aceitação em vários ordenamentos como os franceses, italianos, americanos, entre outros, chegava-se a aportar nas praias tupiniquins a tardia, porém esperada, teoria da perda de uma chance. Em verdade trata-se aqui uma crítica aos doutrinadores brasileiros dos quais preferem doutrinarem com certa pendência em teorias sofisticadas enquanto nem ao menos os básicos conseguem resolver como diz sempre o professor Flávio Tartuce notoriamente em diversos meios de comunicação.

Todavia, para que possamos conceituar a teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro devemos iniciar o estudo através do artigo 5º inciso V, que nos diz, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem [...]”. Assim, de início já podemos compreender que quem vir a causar dano à outra pessoa é compelido a repará-lo proporcionalmente ao dano que este sofreu.

Para Paulo Henrique Ribeiro Garcia e Théo Assuar Gragnano (2015, p.273):

Chance é a possibilidade, a probabilidade de ocorrência de um evento que, favorável a alguém, configura uma vantagem potencial e desperta o interesse na sua concretização, frequentemente mobilizando esforços e balizando decisões. Está relacionada, portanto, a situações fáticas de desfecho incerto nas quais alguém toma parte, voluntária ou

involuntariamente, sem saber se obterá ou não uma vantagem ao final. A vantagem mostra-se possível, mas não certa, como se dá, por exemplo, na participação em um concurso literário (em relação a determinado concorrente), na aposta em um jogo (relativamente ao apostador), num processo judicial (em relação à parte) ou no tratamento de uma doença (quanto ao paciente).

Ainda buscando a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, para que possamos conceituá-la, podemos ir de encontro ao artigo 186 do Código Civil de 2002 que situa: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Sendo que o artigo 927 do mesmo código salienta os dizeres com o texto: “Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BISACCHI, Fabrício; LIMA, Rodolfo Lucas, 2016).

Nos casos de homicídio e demais hipóteses afirma Simão de Melo (2010, p. 429):

[...] à reparação propriamente dita para a hipótese de homicídio, o art. 948 do novo CC diz que “no caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: [...] (grifado)

O artigo 949, para as demais situações de dano, afirma: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, *além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*” (grifado).

Sendo que finaliza, Simão de Melo, citando o artigo 402 do Código Civil de 2002 que nos fala: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”. Caracterizando aqui a terceira espécie de dano, haja vista que a primeira espécie seria a de dano certo, o segundo dano hipotético, e esta terceira classificada como dano por *perda de uma chance*.

Assim podemos conceituar o dano pela aplicabilidade da teoria da perda de uma chance como sendo “*toda e qualquer ação ou omissão, negligência ou imprudência, desde que ocorrendo com nexos de casualidade, provocar dano material, violar direitos a moral ou a imagem de outrem, uma vez que ocorra comprovada e superior probabilidade de 50% (cinquenta por cento) do dano atingir êxito, sendo o mesmo ressarcido efetivamente na medida de sua proporcionalidade ou superior a ela*” caracterizará a perda de uma chance (BISACCHI, Fabrício; LIMA, Rodolfo Lucas, 2016).

Após conceituá-la, vamos adentrar a parte principal desse artigo, perda de uma chance em sua aplicação.

A teoria trazida a este artigo traz uma nova vertente sobre a responsabilidade civil, em outras palavras, o ressarcimento pela parte lesada, pela probabilidade de conquistar uma vantagem ou evitar determinado prejuízo.

4.1 Aplicabilidade Da Teoria Perda De Uma Chance No Ordenamento Brasileiro, Segundo A Doutrina Conservadora

No Brasil, a teoria perda de uma chance, é nova, e sua aplicabilidade pouca compreendida, fica a cargo da doutrina e da jurisprudência, pois o código civil de 2002 não traz em pauta este direito.

A aplicação a esta teoria perda de uma chance, no ordenamento jurídico, na doutrina e na sua jurisprudência não é algo pacífico, mas sim muito controverso.

Na doutrina tradicional, é impossível a aplicação de tal teoria, tendo em vista que a perda de uma chance é algo hipotético, é uma circunstância que está em eventual possibilidade do seu acontecimento, não sendo algo concretizado, sendo assim dano hipotético e dano eventual, e no ordenamento brasileiro não há como responsabilizar por tais danos.

O doutrinador Rui Stoco (2004, p. 1181) leciona que “se não houver prova do dano, falta fundamento para a indenização. Não se admite o dano incerto, improvável ou eventual, o dano condicional e nem mesmo o dano hipotético”.

Isso porque os doutrinadores, que doutrinam a impossibilidade de aplicar a teoria perda de uma chance, entendem que tal teoria está relacionada á possibilidade de ocorrer o resultado final, tornando-o algo eventual, uma possibilidade.

4.2 Aplicação Da Teoria Perda De Uma Chance Através Da Probabilidade

Acerca da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance o ilustre autor Sérgio Cavalieri Filho (2008, p.75) sustenta que:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futura 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.

Autores como Sérgio Cavalieri Filho, sustentam que a perda de uma chance, ao seu resultado final está relacionada à probabilidade de se obter a vantagem ou evitar o prejuízo e não a possibilidade.

Sendo assim, ele ainda sustenta como melhor doutrina que a perda de uma chance deve ser calculada conforme a probabilidade superior, ou seja, superior a 50% (cinquenta por centos) de probabilidade de atingir a vantagem ou evitar danos, caso esta não tivesse sido frustrada.

Ainda no entendimento de Sergio Cavalieri Filho (2008, p.75):

A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis.

Desta forma, veremos como está disposto, para melhor entendimento, as diferença entre probabilidade e possibilidade, segundo o dicionário brasileiro.

4.3 Conceituações De Possibilidade E Probabilidade

Para melhor entendimento, e exemplificação, conforme Figueiredo (2010, p. 1627 - 1602), conceitua as seguintes palavras e suas diferenças como “Possibilidade f. Qualidade do que é possível, futuro e incerto” e “Probabilidade f. Qualidade do que é provável. Motivo ou indício, que deixa presumir a verdade de um facto; verossimilhança. (Lat. probabilitas)”.

Desta maneira, nos leva a entender que, possibilidade está ligada a algo futuro, a onde prevalece a incerteza, que pode acontecer ou não, sendo sua conclusão sem parâmetros para descobrir sua efetivação, já a probabilidade é um dado matemático, onde poderá ser retirados parâmetros para que seja possível determinar se realmente tal fato poderia ter ocorrido.

4.4 Aplicações Positivas Da Teoria Perda De Uma Chance No Judiciário Brasileiro

Aqui serão trazidos alguns casos, que no sistema judiciário brasileiro, que foi reconhecido a teria da perda de uma chance:

1º CASO: STJ - RECURSO ESPECIAL: RESP 788459 BA 2005/0172410-9

Pode-se considerar caso notável o apreciado pelo STJ em março de 2006, em que a autora teve frustrada a chance de ganhar o prêmio máximo de R\$ 1 milhão no programa “Show Do Milhão”, em virtude da formulação de uma pergunta imprecisa. O voto do ministro relator Fernando Gonçalves reafirmou entendimento favorável à aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. A ementa do acórdão está assim escrita:

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

(STJ - REsp: 788459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334)

O STJ, que apreciou o Recurso Especial do réu, aplicou a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, mas acolheu em parte o inconformismo do réu, entendendo que as chances matemática que a autora tinha de acertar a resposta da pergunta do milhão, se formulada a questão corretamente, eram de 25%. Assim, reduziu a condenação para R\$ 125.000,00. Eis, a seguir, importantes fundamentos do voto vencedor, relatado pelo ministro Fernando Gonçalves ficando evidenciada, a aplicação da perda de uma chance, em probabilidade e não possibilidade.

2º CASO: TST - RECURSO DE REVISTA: RR 7165920125020023 • INTEIRO TEOR

RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PERDA DE UMA CHANCE. A reclamada pactuou com reclamante, inclusive mediante a assinatura de CTPS, condições muito mais vantajosas do que as existentes no emprego do qual se desligou para com ela poder contratar (cargo de Manager Director, Emerging Market Sales, do Standart Bank Group, em Londres, Inglaterra, com salário anual equivalente a GBP 200.000,00 - duzentas mil libras esterlinas -, além da participação no plano de opção de compra de ações e no plano anual do referido banco). Dessa forma, a dispensa do reclamante dias após a formalização do contrato de trabalho, causada pela incúria da reclamada na avaliação da viabilidade econômica do empreendimento em solo brasileiro frente à crise financeira mundial, causou-lhe dano nas esferas pessoal e profissional, além de prejuízo financeiro, que são passíveis de indenização. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 05/08/2015, 5ª Turma)

3º CASO: TST - RECURSO DE REVISTA: RR 8684920115090411

RECURSO DE REVISTA DO OGMO - ESCALAÇÃO PARA O TRABALHO - FAINAS ESPECIAIS - ESCALAÇÃO DIRECIONADA - DISCRIMINAÇÃO - PERDA DE UMA CHANCE - INDENIZAÇÃO. A Corte regional constatou que o reclamante e os demais trabalhadores que não tinham qualificação específica eram excluídos da escala para as fainas especiais de célula de altura e de roçada. Assim, embora a escalação acontecesse mediante sorteio, o fato de sequer constar das listas, restringia indevidamente o acesso do autor à oportunidade de se engajar nessas tarefas que se revelaram mais rentáveis que as demais atividades portuárias. Já com relação às fainas de chefia e fiscalização, consignou a Corte a quo que havia determinação ilícita e discriminatória da entidade sindical, no sentido de prestigiar apenas os dirigentes sindicais com a escalação para tais atividades, norma de natureza ilícita à qual o OGMO não deveria ter se vinculado, uma vez que é ele, e não o Sindicato, o responsável pelo recrutamento dos trabalhadores. A Corte a quo, nesse cenário, entendeu por responsabilizar o órgão gestor de mão de obra pela perda da chance do

reclamante de ser recrutado para as fainas de célula e roçada, considerando que a ele competia promover a qualificação dos trabalhadores para que pudessem se engajar nas mais diversas atividades e que, ao contrário do que sustenta o recorrente, não restou comprovado nos autos que o OGMO tenha oferecido ao reclamante os cursos necessários à habilitação nas atividades mencionadas. Ainda, entendeu que também seria responsável o OGMO pela perda da chance do reclamante de ser escalado para as fainas de chefia e fiscalização, já que o direcionamento de tais fainas especiais aos dirigentes sindicais, de forma discriminatória, desatenderia ao dever do OGMO de recrutar trabalhadores com base em critérios isonômicos. A decisão se ampara no disposto no art. 18, III, da Lei nº 8.630/93, no art. 5º, caput, da Constituição Federal, e nas conclusões extraídas a partir do exame detido do quadro fático-probatório dos autos. Nesse ponto, cabível a avaliação do tema pelo prisma da teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), na qual se visa à responsabilização do agente causador pela perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance, desde que razoável, é considerada uma ofensa às expectativas do trabalhador, que, ao pretender uma situação mais vantajosa, teve abroquelado seu intento por ato omissivo do órgão gestor de mão de obra. A chance perdida guarda sempre um grau de incerteza acerca da possível vantagem, ainda que reduzido, dando razão ao pagamento de indenização correspondente à possibilidade de êxito do intento do trabalhador. A decisão regional, em momento algum, implica desrespeito ou desconsideração pelos critérios contidos na negociação coletiva, mas apenas considera a responsabilidade do OGMO pela perda da chance do trabalhador que não foi por ele devidamente qualificado. Já no que concerne às fainas de chefia e fiscalização, tampouco se vislumbra violação dos dispositivos legais e constitucionais apontados, uma vez que, se é verdade que se deve respeitar e reconhecer a validade das negociações coletivas, por outro lado, também é verdade que as prescrições porventura contidas nos instrumentos negociados não se aplicam de forma absoluta e destoante dos direitos fundamentais prescritos pelo ordenamento jurídico. Desse modo, certo é que competia ao OGMO recusar a aplicação das normas coletivas na parte em que revelavam discrimina intolerável e preterição de trabalhadores avulsos nos processos de escalação. Incólumes os arts. 7º, XXVI, 8º, I, III e IV, da Constituição Federal; 22 e 29 da Lei nº 8.630/93. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 8684920115090411, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 14/10/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015)

Foi possível verificar a aplicabilidade da teoria, embora de forma restritiva, houve a conceição da mesma no ordenamento jurídico brasileiro.

4.5 Teoria Da Perda De Uma Chance Nos Casos De Erro Médico

Cada vez mais, conforme aumenta as demandas no judiciário brasileiro, bem como, o acesso à justiça a teoria da perda de uma chance vem se tornado mais evidente e ganhando significativo destaque em nosso ordenamento,

principalmente no que tange casos de erro médico. Conforme Camara Souza, saliente em seu capítulo X, que as reivindicações em juízo por parte de pacientes que acreditam ter passado por uma conduta nada apropriada, sem sequer ter a possibilidade de que fossem atendidos de outra forma, por erro médico de determinados profissionais da saúde, poder-se-ia o magistrado embasar-se na teoria da perda de uma chance a fim de tutelar danos causados a pacientes ou vossos familiares, ocorridos por tais erros. Dizendo ainda Camara Souza (2008, p. 81) que, “cabe, portanto, uma abordagem de como o ordenamento jurídico brasileiro considera a viabilidade da aplicação pelos nossos tribunais, em suas decisões, desta teoria.” Trazendo desta forma, ao mérito dos jurisdicionarias julgarem tal teoria e não simplesmente considerá-la semelhante ou igual a casos de danos hipotético e dano eventuais. Haja vista que, o que realmente determina a teoria da *Perte d' Une Chance* (Perda de uma Chance) é a concreta e absoluta certeza em comparando com a generalidade dos casos ocorridos, não deixando dúvidas que poderiam ter ocorrido diferentemente determinados fatos de erros médicos.

Neste sentido Camara Souza (2008, p. 82-83) disciplina:

A presença da teoria da *perte d'une chance*, em um atendimento médico-hospitalar, na sua avaliação em juízo, pode se dizer que fica bem caracterizada quando, mesmo que não se possa dizer com toda certeza que um paciente venha a se recuperar de uma determinada doença, seja possível se admitir que o paciente teve a perda de uma chance de se curar integralmente, ou até mesmo parcialmente, da sua doença, ou mesmo evoluiu para óbito, por não ter o médico empregado todos os meios de investigação e terapêutica, inclusive como o concurso de outros especialistas, à sua disposição para o tratamento da mesma. A culpa, no caso, se caracteriza pelo fato de não terem sido dadas ao paciente todas as “chances” (investigação e tratamento, inclusive especializados) de se recuperar de sua moléstia. Pode, neste caso, pois presumir, o julgador, estar a culpa presente no agir – conduta – do profissional médico, podendo, assim, haver a decisão judicial de conceder uma indenização ao paciente, embora até possa vir a ser, na sentença de menor monta o seu valor pecuniário.

Desta forma, devemos elucidar como a responsabilidade civil poderia ser aplicada em se tratando das responsabilidades objetivas e subjetivas nos casos de erro médico. Segundo Moreira do Rosário, a teoria subjetiva advém do dano causado ao lesionado, por culpa do agente, tendo que este ser provado o nexo de causalidade. A prova advém nestes casos por mérito de negligência, imprudência ou imperícia do profissional que deveria deter tais cuidados ao exercer a medicina. Desta forma, nos casos subjetivos a prova deve ser completa, definitiva, sem

sombra de dúvidas, pois caso contrário, a culpa não seria englobada ao profissional da medicina, haja vista que, cada ser humano, cada corpo, responde de uma forma única, muitas vezes imprevisível até mesmo ao mais qualificado médico não tendo este a possibilidade de prever uma lesão. No entanto, cabe ao médico resguardar-se de todos os procedimentos, para cada caso específico da demanda médica a qual está se tratando.

Ainda sobre este ponto Moreira do Rosário (2009, p. 9), declara que:

O nexos de causalidade entre a culpa e o dano nasce da natureza, em razão da causa e efeito. A busca da causa provocadora do dano é decisiva para se conhecer quem causou a lesão. O direito civil adota a teoria da causalidade adequada. A causa adequada é aquela ensejadora do dano.

Assim, podemos entender que há necessidade de conhecer, se provar que o dano causado, o nexos de causalidade, adveio por conta de uma imprudência, imperícia ou negligência médica nos casos de erro médico por responsabilidade subjetiva.

Em se tratando de erro médico advindo por responsabilidade objetiva, Moreira do Rosário (2009, p. 9), dispõe que “basta à presença do dano e do nexos de causalidade. A comprovação do fato gerador de culpa não é de suma importância.” Conclui ainda dizendo que, estando presentes o dano ao paciente e algo que ligue este ao causador de tal dano, bastaria para caracterizar a lesão sobre a ótica objetiva.

Já quanto ao nexos de causalidade Moreira do Rosário (2009, p. 17) declara que para haver a responsabilidade médica deve ser indispensável à presença do nexos de causalidade entre o autor do dano, no caso, médicos, enfermeiras, fisioterapeutas, etc., e o dano em si. Em algum ponto do fato, o nexos (o liame do fato e dano/prejuízo) deve ocorrer para que se possa imputar a responsabilidade a outrem. Assim vejamos:

A responsabilidade dos médicos pela satisfação dos danos acarretados a pacientes somente exsurgirá na presença do nexos de causalidade entre a ação e a omissão, ou erro grave, negligência, imprudência ou imperícia e o resultado morte, lesão ou inabilitação para a labuta.

Assim, para a análise da conduta culposa do profissional de medicina, torna-se de substancial importância a averiguação dos elementos de natureza técnica contidos no processo, exigindo-se a prova da existência da culpa na causalidade do evento.

Assim, podemos ver que a prova cabal para se conseguir constatar o erro médico é de suma importância, e muitas vezes a mesma dependerá de uma análise técnica feita por outro médico. Para tanto se faz necessário para evidenciar tais fatos, médicos éticos e peritos, especialistas, muito bem preparados para que não causem injustiças ou tolerâncias corporativistas em sua classe. Conforme desponha Kfoury Neto (2002, p. 70) “os médicos – como já dissemos – erram. E, quando esse desvio chega ao Judiciário, é preciso que um perito, também médico, preferencialmente atuando na especialidade considerada, identifique com clareza o erro.” Nestes casos é notoriamente sabido que se desponha a dificuldade da defesa da vítima em conseguir encontrar um médico perito ou assistente técnico, que possa embasar ainda mais o caso com quesitos pertinentes aos fatos, e ao nexos de causalidade, quesitos técnicos, a ponto de evitar qualquer corporativismo de classe. Neste ponto, uma lacuna surge à teoria da perda de uma chance em se tratando a sua aplicabilidade nos casos de erro médico.

5 TEORIA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Primeiramente e necessários reconhecer e entender, que teoria perda de uma chance, é e deve ser tratada como uma vertente da responsabilidade civil, ou seja, sendo mais um elemento entre vários dentro da responsabilidade civil.

E corriqueiro e normal de se apreciar, que muitas pessoas perdem uma chance de conquistar uma determinada vantagem ou de se evitar um prejuízo, por uma ação ou omissão praticada por terceiro.

Sendo que por outro prisma, não é certeza, se aquela oportunidade não tivesse sido ofuscada realmente o agente iria conquistar determinada vantagem ou evitar o prejuízo, ficando na ótica do hipotético.

Por muito tempo, o dano decorrente de uma perda de oportunidade de se conquistar uma vantagem ou de se evitar um prejuízo foi totalmente ignorado pelo direito. Pois até então não se tinha um pensamento desenvolvido acerca do tema, se realmente se não fosse por aquela ação ou omissão o dano poderia ser evitado.

Mais com o desenvolvimento em outras áreas da ciência como a matemática e estatísticas, sendo que o direito não é uma ciência totalmente autônoma, admitindo-se outras ciências como fonte, foi possível trazer o estudo e aplicação da probabilidade para ser possível a aplicação da teoria perda de uma chance dentro do ordenamento jurídico, assim como traz o mestre.

Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidade, hoje é possível determinar com a aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente parecia entregue a própria sorte, a ponto de poder considerá-lo um valor normal, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo (SAVI, 2006, p.18).

5.1 Teoria Perda De Uma Chance, Vertente Material Ou Moral

Primeiramente como dito anteriormente no presente trabalho, foi concluído que a teoria perda de uma chance é uma vertente da responsabilidade civil, sendo assim a parte da doutrina que defende que tal teoria, neste ponto em questão a doutrina Brasileira se demonstra controversa, se a responsabilidade é material ou moral.

Sendo que parte da doutrina defende que tal teoria perda de uma chance sua natureza jurídica é de dano moral; Por outro lado há parte da doutrina que defende que tal teoria é uma espécie de dano patrimonial.

A doutrina que entende que a teoria perda de uma chance sua natureza jurídica e moral, deve-se ser compreendido que é um extensão do dano moral, sendo que por sua vez nunca poderia gerar danos patrimoniais, tendo em vista que não se haveria certeza se o bem buscado seria realmente concretizado patrimonialmente, se realmente aquela chance perdida iria se materializar.

É o que se depreende do voto proferido no julgamento da Apelação Cível nº 700030003845, em maio de 2002, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Da análise do conjunto probatório, praticamente centrado no testemunho do Sr. Adelar Zaffari (fls. 192/193), resta comprovado que o autor buscou emprego junto à Erva Mate Zaffari Ltda., todavia, devido as informações prestadas pelo Sr. Ardolino Provin, responsável pelo departamento pessoal da empresa ré, o autor não foi contratado. [...]

Quanto aos danos materiais, tenho que estes incurreram (*sic*). Embora seja evidente o prejuízo sofrido pelo autor em razão das informações prestadas quanto a sua pessoa, tenho que não se pode presumir que este conseguiria o emprego na empresa_Erva Mate Zaffari Ltda, e, muito menos, lá permaneceria trabalhando por muito tempo. Tenho que o maior prejuízo sofrido pelo autor foi a *perda da chance* de obter o emprego, ou seja, a possibilidade de concorrer com os demais candidatos em patamar de igualdade, com a mesma possibilidade de obter a vaga. No meu entender, tal prejuízo encontra-se na esfera dos danos morais, devendo ser levado em conta quando do arbitramento destes. Não vislumbro possibilidade de condenar a ré ao pagamento dos salários que o autor perceberia caso conseguisse o emprego, pois, tal fato não passa de uma presunção, não acompanhada da prova necessária para a condenação da empresa ré por danos materiais.

Um outro exemplo, de aplicação da teoria perda de uma chance é o julgamento dos embargos de declaração no recurso especial, no Superior Tribunal de Justiça.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CONDUTA OMISSIVA E CULPOSA DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO. DECISÃO MANTIDA. 1. Responsabilidade civil do advogado, diante de conduta omissiva e culposa, pela impetração de mandado de segurança fora do prazo e sem instruí-lo com os documentos necessários, frustrando a possibilidade da cliente, aprovada em concurso público, de ser nomeada ao cargo pretendido. Aplicação da teoria da "perda de uma chance". 2. Valor da indenização por danos morais decorrentes da perda de uma chance que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os objetivos da reparação civil. Inviável o reexame em recurso especial. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.

(STJ - EDcl no REsp: 1321606 MS 2011/0237328-0, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 23/04/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2013)

Sendo assim é possível deslumbrar que as respeitadas jurisprudências, reconhecem a aplicabilidade da teoria perda de uma chance pelo viés extrapatrimonial, sendo calculada a indenização pela via dos danos morais.

Já outra parte da doutrina a cerca do assunto, que a teoria perda de uma chance, além de alcançar danos morais, pode alcançar danos patrimoniais de forma acumulativa ou não, segundo o mestre Savi (2009, p. 57) critica:

[...] não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de causar um dano material, poderá, *também*, ser considerada um "agregador" do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano causado pela perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral.

Sendo assim parte da doutrina que defende que a teoria perda de chance é material, sendo que pode agregar os danos morais, sendo que considerar somente e exclusivamente moral.

5.2 Teoria Perda De Uma Chance Natureza Material

A parte da doutrina que defende que a teoria perda de chance seria de cunho indenizatório moral, mas sempre agregados com os danos matérias patrimoniais.

Sendo assim a doutrina que defende ser dano materiais se divergem entre si no tocante se estes danos materiais são **danos emergentes, lucro cessante** ou uma terceira espécie da natureza material.

Parte da doutrina que defende que a teoria perda de uma chance é dano emergente, defende ainda que por ser dano emergente afasta a incerteza, pois realmente a vítima o agente tinha-se este determinado bem antes da ocorrência do ato danoso, constituindo-se algo que realmente perdeu.

Ao fazer um estudo sobre a perda de uma chance no direito italiano, Savi (2009) afirma que a aceitação da teoria naquele ordenamento jurídico só foi possível após a conclusão da doutrina italiana de que a perda de uma chance deveria ser enquadrada como dano emergente e não como lucro cessante, eliminando-se assim as dúvidas sobre a certeza do dano e a existência do nexo de causalidade entre o ato do ofensor e o dano.

Por outro lado tende-se a doutrina divergente, entende que o a teoria perda de uma chance tem natureza de lucro cessante, defende que a frustração do agente que cometeu ato ilícito, sendo assim ofuscando a oportunidade da vítima da situação fática de se conseguir um benefício ou de se evitar um prejuízo.

Tal pensamento doutrinário traz que somente é necessário existir uma certeza relativa da probabilidade ou da chance que foi ofuscada.

Há de se deslumbrar que parte da doutrina também defende que a teoria perda de uma chance, não há como se enquadrar no lucro cessante, e nem no dano emergente, sendo assim, sendo um terceiro elemento da responsabilidade civil material, sendo uma terceira modalidade de dano à teoria perda de uma chance, marcada pela impossibilidade de comprovação que sem a ação ou omissão

danosa, teria se alcançado a vantagem ou evitado o prejuízo, assim entende o doutrinador Silva (2009, p. 232):

O principal fator de aceitação da teoria da perda de uma chance está caracterizado na nova maneira de considerar as probabilidades. Com efeito, o progresso tecnológico e a ciência estatística acabaram por desmistificar o acaso e as situações aleatórias. Atualmente, uma simples chance possui valor pecuniário, assim como a perda desta mesma chance pode acarretar prejuízo extrapatrimonial.

Assim, a depender da natureza do bem que deixou de ser alcançada com a perda da chance, esta pode ser indenizada como um dano patrimonial ou moral. O benefício perdido pode referir-se tanto a interesses de cunho patrimonial, como a realização de valores de conteúdo não econômico, já que as duas situações podem dar ensejo à reparação pela perda de uma chance. Apesar de divergir da maior parte dos tribunais brasileiros nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça também segue esse entendimento, conforme pode ser percebido mediante leitura da ementa do seguinte acórdão:

Ementa: A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. **A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.** A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1079185/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2009). (Grifo nosso)

Portanto, não obstante o acórdão decidido define que o autor não tem direito a indenização material, por outro lado o acórdão trata de um típico caso da teoria perda de uma chance, pode originar danos de natureza moral como material,

sendo assim o presente acórdão diz ser possível e passível a aplicação da teoria perda de uma chance tanto no âmbito patrimonial como no extrapatrimonial, sempre a depender do caso concreto.

Custa ainda salientar que além dos doutrinadores supracitados, grande parte da doutrina vem corroborando com a posição defendida, sendo assim já a Jornada de Direito Civil foi editado o seguinte Enunciado:

Enunciado nº 444 – 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.

Ou seja, a perda de uma chance não se limita aos danos extrapatrimoniais, que pode se mostrar também em forma de danos materiais, conforme demonstrado.

5.3 Dano Autônomo da Teoria Perda de Uma Chance

Como já demonstrado anteriormente o dano da teoria perda de uma chance, por muito tempo não foi tutelado, não foi correspondido, causando assim a impunidade daquele que desferiu o dano. Sendo que tal entendimento se dava pelo tradicional principio da responsabilidade civil acerca do dano, sendo que este deve ser para ser passível de indenização devem ser certos e não hipotéticos ou eventuais.

Sendo assim como podemos deslumbrar a doutrina voltou os olhos para esta injustiça, e graças aos estudos e desenvolvimento da matemática, estatísticas e probabilidade, torna-se possível à visualização de um novo dano indenizável que é a chances perdidas.

Sendo assim o que será indenizado é a chance que foi perdida, de se conquistar uma vantagem devida ou de se evitar um prejuízo, chance esta ofuscada

pela ação ou omissão de agente causador, sendo assim é possível se deslumbrar o dano autônomo que é a chance perdida.

Fernando Noronha (2003, p.65) expõe:

“Todavia, apesar de ser aleatório a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existem um dano real, que é constituído pela própria chance perdida, isto é, pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer.”

A chance perdida também possui natureza patrimonial, assim como a vantagem final que era esperada.

Em ambas as modalidades da perda de uma chance apresentada, o valor da indenização não é sobre o bem final, mais sim pela perda da oportunidade, a perda da chance, devendo assim ser proporcional ao bem final.

Sendo de extrema importância salientar que não será qualquer dano pela perda de uma chance que será indenizado, sendo que para indenização das chances perdidas, enquanto este é dano autônomo "chances perdidas" é necessário à presença do dano e do nexo de causalidade entre a conduta do agente ofensor e o dano, sendo importante resaltar que o nexo de causalidade não se enquadra na conduta do ofensor e a perda da vantagem, mais sim o nexo de causalidade incide sobre a conduta do agente e a perda da oportunidade de se obter a vantagem final seja qual for ela desde que passível de legalidade.

Em virtude destas considerações, não se pode confundir as hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance com casos simples criação de risco, ponto frágil que reside na vulgarização do termo, dizendo que as chances perdidas da vitimas fazem que aumentem o risco de perder a vantagem esperada.

Rafael Peteffi da Silva (2013 p.116) vislumbra:

“O ponto neblinoso para a diferenciação da perda de uma chance da simples criação de um risco é a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, a existência do dano final. De fato, em todos os casos de perda de uma chance, a vítima encontra-se e um processo aleatório que, ao final, pode gerar uma vantagem. Entretanto, no momento em que as demandas

envolvendo a perda de uma chance são apreciadas, o processo chegou ao seu final, reservando um resultado negativo para a vítima.

Há uma perda definitiva pela vítima, um dano real no plano fático de uma vantagem.

5.4 A Perda Da Chance Como Dano Indenizável

A grande dificuldade dos aplicadores e defensores da responsabilidade civil a cerca da teoria perda de uma chance é a concretização do dano em si, a sua comprovação.

Quando se fala em indenização, fala-se em dano, e coerente que para se falar em dano deve-se ter um dano certo e determinado evitando assim o enriquecimento ilícito da vítima.

Fernando Pretti Serraglio (2006 p.112) aduz:

Com tudo a responsabilidade civil a cerca da teoria perda de uma chance, não busca a indenização pela vantagem não obtido, ou do prejuízo não evitado Estes como resultado final do processo natural de atos interrompido pelo ato ilícito do agente infrator, jamais serão quantificados, pois justamente se tratam de *objetos* futuros. Em exemplo, nunca se saberá se o indivíduo, portador de doença grave e degenerativa, não detectada em primeiro diagnóstico, se livraria da mesma, caso iniciasse o tratamento adequado. O médico, in casu, não pode ser responsabilizado pela morte do paciente, pois este resultado final, além de não ser consequência direta e imediata de seu ato negligente, também não poderia ser previsível.

Poderíamos nos valer de outras situações, nas quais o resultado final – a vantagem que sua buscava ou o prejuízo que se tentava evitar – não se concretizaria; em todas elas, não se conseguirá provar que a vítima angariaria o benefício.

Logo, o pedido de ressarcimento pelas chances não obtidas enfrentaria e esbarraria no conceito de dano eventual, hipotético, o qual é repudiado pela jurisprudência e doutrina nacional. O dano – certo e determinado – deve ser provado, nem mesmo sendo possível sua presunção, sob pena de afrontar e originar dúvidas quanto sua existência.

Sendo assim analisando o caso em concreto, depende do caso, é possível deslumbrar a perda da oportunidade da obtenção da vantagem e não erroneamente uma “vantagem perdida”.

É necessário salientar que existe uma grande diferença entre vantagem perdida e oportunidade perdida, ambos os significados e aplicação são diferentes.

Chance perdida, é algo futuro, hipotético, sem meios de comprovação; já perda da oportunidade é certo determinado, tendo-se aptidão para ser comprovada.

Nesta forma em tela é possível destacar elementos para aplicação da responsabilidade civil a cerca da teoria perda de uma chance, sendo estes: conduta lícita, perda da oportunidade de se conquistar uma vantagem ou evitar um prejuízo, dano e nexo de causalidade.

Utiliza-se, na doutrina estrangeira, o termo “propriedade” para a oportunidade de ganho perdida, realçando sua incorporação no patrimônio jurídico da vítima, como um interesse jurídico tutelado pela norma.

Vejamos o posicionamento adotado conforme Savi apud Bocchiola (2006, p. 19):

Por outro lado, enquanto a completa realização da possibilidade e conseqüentemente o dano decorrente da perda da vantagem eventual não conseguida deva se considerar, pelas razões já vistas, indemonstrável em razão da incerteza que envolve os mesmos elementos constitutivos do lucro, o problema da certeza vem implicitamente superado se se considerar a chance como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão. Neste caso, de fato, dado que o fato danoso não se repercute sobre uma vantagem a conseguir, mas sobre uma entidade já existente e pertencente ao sujeito, não podem restar incertezas sobre a efetiva verificação de um dano.

Após distinguir a vantagem perdida da obtenção daquela vantagem, sendo essa que integra o patrimônio do sujeito, independentemente do resultado final, resta adjetivarmos a oportunidade.

5.5 Teoria Perda De Uma Chance Ao Ver Internacional

Na França houve dedicação ao estudo e desenvolvimento do tema, não somente por parte da doutrina, mais sim também da jurisprudência.

Os franceses desenvolveram o seguinte entendimento, ao invés de pleitear a perda da vantagem de evitar um prejuízo ou de se conquistar uma determinada vantagem, e sim pleitear a perda da chance de evitar um prejuízo ou de se conquistar uma vantagem, daí a origem no nome Teoria Perda de uma chance, passando a defender-se um resultado final.

Sendo assim teve o desenvolvimento do tema específicos para estes casos, que defendia a concepção do direito pela perda de uma possibilidade e não pela perda da própria vantagem, fazendo assim uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo.

O termo utilizado pelos franceses "chance" significa em sentido jurídico a probabilidade, no vernáculo, a melhor tradução para o termo chance, em nosso sentido seria oportunidade.

Assim como na França, os Italianos deslumbraram a aplicabilidade da teoria perda de uma chance, visualizando o dano independentemente do resultado final.

5.6 Teoria Perda De Uma Chance No Judiciário Brasileiro é Possível Aplica-lo, Através De Três Garantias

Primeiramente é necessário abordar o direito do acesso à justiça brevemente, e é inescusável dizermos que em primeiro momento histórico de justiça, nos primórdios se davam pelas partes, as partes entre si chegavam no consenso de justiça em um eventual litígio de interesses, o problema que quase sempre se prevalecia a parte mais forte, ficando a mercê da própria sorte a parte hipossuficiente.

Em um segundo momento, histórico, primeiramente se forma facultativa e posteriormente de forma obrigatória, os litígios se passaram por decisões de uma terceira pessoa, via de regra, desinteressada a cerca dos litígios e via de regra imparcial, conhecida com Arbitro, no qual era eleito pelos contentores a resolver o litígio, Para Luiz Rodrigues Wambier, este foi o embrião, para o nascimento da distribuição de justiça, que é adotado atualmente no judiciário mundial.

Ao passar do tempo, principalmente com a teoria de tripartição de poderes, (legislativo, executivo e judiciário), nas leis de Montesquieu, o estado passa ser detentor dos direitos, para solução de litígios, tendo o objetivo e obrigação de mover-lhe (paz, segurança social, harmonia). Sendo assim o estado obrigado a satisfazer o direito das pessoas, ficando proibido a autotutela.

Sendo assim o estado obrigado a criar mecanismos de acesso à justiça, amplo acesso a justiça, sendo que todos tem o direito de acesso à justiça, consagrado em nosso artigo 5º XXXV da Constituição Federal de 1988 que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Primeiro pelar para o julgamento da teoria perda de uma chance, e o acesso à justiça, este nunca poderá ser excluído.

O segundo pilar é a resposta obrigatória que o estado deve dar aos litígios, a resposta ao adequado, o estado além de receber, deve dar as soluções aos litígios, o estado estará livre de sua obrigação, quando de garantir o acesso à justiça, prestar uma tutela jurisdicional efetiva.

O terceiro pilar, para a efetiva aplicabilidade da perda da chance no ordenamento jurídico Brasileiro, é o poder instrutório que os nobres julgadores possuem, sendo mais específico na busca da real verdade, em busca da realidade dos fatos, ou seja, o magistrado em nosso atual ordenamento no processo civil, ele julga fatos, e fatos pode estar ligado à ideia de probabilidade, sendo assim é efetivo que o juiz julgue conforme demonstra os fatos.

Conclusão a cerca do tópico, para garantir a aplicabilidade da teoria perda de uma chance, devemos analisar as três garantias, acesso amplo a justiça, resposta jurisdicional efetiva e o poder instrutório, e possível à aplicação da teoria, levando em conta que o judicio não julga somente direito, mais também julga fatos.

6 REQUISITOS PARA APLICABILIDADE DA TEORIA PERDA DE UMA CHANCE

Apesar da teoria perda de uma chance trabalhar em sua aplicação com a teoria da casualidade, logicamente diferente da tradicionalmente reparação civil, por considerar casualidade a conduta do agente seus efeitos e a chance perdida para que seja possível a sua aplicabilidade, sendo assim necessário preencher requisitos específicos.

Os requisitos trazidos pela doutrina majoritária são a realidade e a seriedade da chance perdida, esta condição tem a função de atuar como uma espécie de proteção ou mesmo uma blindagem contra excessos, visto que trabalhamos com possíveis ou probabilidade é necessário cerca limites de blindagem, para moldar e proteger de forma eficaz distorções do conceito da teoria.

Moraes *apud* HIGA (2012, p. 82) diz:

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.

O doutrinador Moraes, diz que a teoria perda de uma chance não pode ser aplicada de forma de tutelar e proteger um futuro distante que são menos promissores, mais sim que a chance perdida deve ser relacionada a um futuro próximo atual. Exemplo “se o carro não tivesse atropelado Joãozinho hoje com 2 anos de idade, e ter lesionado o seu joelho permanentemente, este perdeu a chance de ser tornar um jogador de futebol famoso”, este exemplo citado, demonstra o que é uma perda de uma chance de futuro distante.

Outro exemplo para poder aclarar a perda da chance em uma perspectiva de futuro próximo, “Joãozinho, jogando futebol profissional, as vésperas de fechar um contrato para jogar no Corinthians, foi atropelado na faixa de pedestre por Paulo”, neste exemplo podemos ver a perda de uma chance futura próxima,

atual, se Joãozinho não tivesse sido atropelado tinha grandes chances de estar na liga profissional do Corinthians, já que estava nas vésperas de assinar o contrato, temos alta probabilidade, temos futuro próximo.

Nosso doutrinador Sergio Savi, também defende que para aplicabilidade da teoria perda de uma chance, deve ser algo sério e com potencial real.

Deste modo, Sérgio Savi (2012, p. 65) disciplina:

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 [...]

Contudo é importante salientar que tabelar ou mesmo conceituar seriedade da chance em nosso ordenamento jurídico não é adequado, tendo em vista que o legislador elegeu o dever de indenizar como cláusula geral artigo 186 e 927 do Código Civil de 2002.

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Tendo esta vista, esta concepção de cláusula geral, não seria cabível ao interpreto do direito, fazer a definição ou elaboração de um conceito, tendo em vista que o próprio legislador não deu esta opção, ou seja, seguindo esta linha de raciocínio não seria possível quantificar matematicamente qual porcentual seria considerado uma causa de cunho real.

Da mesma forma salienta o nosso doutrinador Sérgio Savi, onde ainda salienta que esta concepção de cláusula aberta, advém de origem Francesa e Italiana, onde ambos os lugares a aplicabilidade da teoria perda de uma chance é corriqueira e por onde nosso ordenamento civil é muito influenciado.

E ainda, Sérgio Savi (2009, p.110) discorre:

O código civil Brasileiro, elaborado sob a forte influência do código civil Francês, transpôs para o ordenamento jurídico brasileiro um sistema de responsabilidade civil muito parecido com os sistemas francês e italiano. Isto porque, o Código Civil Brasileiro estabelece, em seu art. 186, uma cláusula geral de responsabilidade civil, que assim dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Ao tratar das consequências do ato ilícito, dispõem, no artigo 927, que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) , causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O Mestre Sérgio Savi, em sua obra supracitado, demonstrou, assim como o ordenamento Francês e Italiano, o Código Civil também utilizou a cláusula aberta geral de responsabilidade.

No entanto, mesmo não sendo adequado tabelar a seriedade de um dano, tanto da doutrina Brasileiro que defende a aplicabilidade da teoria perda de uma chance, como a estrangeira, mais específica a Francesa e Italiana, tabelam a perda de uma chance para ser real deve ser superior a 50% de probabilidade da chance ser real, de efetivamente esta acontecer, assim nos traz a mesma concepção o doutrinador Sérgio Savi (2012, p. 65) que explicita:

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.

É possível visualizar que Sérgio Savi, ainda nos traz que esta probabilidade de 50% de uma verdadeira chance real deve ser de no mínimo 50%, para que seja constatado um dano emergente, assim como na doutrina francesa é importante salientar que estes consideram a aplicabilidade da teoria como dano material no viés de dano emergente.

Como já defendido anteriormente pela doutrina, é inadequado estabelecer probabilidade matemática, para se estabelecer um parâmetro de realidade, assim traz também o doutrinador Flavio Costa Higa (2012, p. 88):

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.

Flavio Costa Higa defende que a eleição de um porcentual de probabilidade é inadequado se estabelecer, porque um mundo fenômeno, trás circunstancias diferentes, cada caso é um caso, podendo haver oscilação não atendendo assim um padrão rígido para sua aplicação.

Tendo esta primazia, seguindo esta linha de raciocínio, levando em consideração que o Código Civil Brasileiro, defende uma cláusula aberta de responsabilidade, da mesma forma é influenciado pelo Código Civil Frances e Italiano, porque da resistência da sua aplicação no ordenamento atual?

Sérgio Savi (2009, p.110 - 111), em sua obra nos responde, esta rigidez persiste, devido ao Código Civil de 1916, artigos 1.537 e 1.554, aos quais remetiam ao julgador artigo 159 do Código Civil de 1916, para fins de avaliação da responsabilidade, aonde fazia uma numeração dos bens protegidos, e era um artigo limitador da responsabilidade civil "não sendo uma clausula aberta como atualmente", a onde criava-se embaço para sua aplicação da perda de uma chance.

Embora ainda persistência esta resistência, o Código Civil atual de 2002, em seu capítulo II, titula IX, mudou esta concepção, nos artigos 948 e 949 do Código Civil de 2002.

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Vejam, o artigo 949 do Código Civil, supracitado, traz em seu último parágrafo "além de algum outro prejuízo que o ofendido tenha sofrido", nosso legislador não utiliza palavras inúteis, sendo assim fica claro que o legislador de 2002, deu a aplicabilidade da teoria perda de uma chance.

Nesta visão Sérgio Savi (2009, p.111) vislumbra:

Conforme verifica a redação dos dispositivos acima transcritos, não há a nosso sentir, no Código Civil Brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo nosso legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, deste que seriam, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance

Para melhor compreensão de seriedade e realidade, trazemos o julgado de apelação civil do Tribunal De Justiça Do Distrito Federal, de numero 20140910232290.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSÓRCIO. EXTRAVIO DO CONTRATO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NÃO CONFIGURADA. 1. A teoria da perda de uma chance visa reparar a perda de uma oportunidade retirada de alguém por ato ilícito praticado por outro. Para que se configure, é necessário que a oportunidade perdida seja real e relevante. 2. Recurso conhecido e improvido.

(TJ-DF - APC: 20140910232290, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANNA, Data de Julgamento: 02/09/2015, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 08/09/2015 . Pág.: 245)

No caso, supracitado, apesar da empresa de consórcios extraviado o contrato, não seria real e nem relevante à aplicabilidade da teoria perda de uma chance, levando em consideração que o consorcio é realizado um sorteio para

contemplação, aqui podemos ver um caso que houve realmente perda de uma chance, só que com o futuro não próximo, eminente de acontecer, mais sim futuro distante, se perde real chance, se perde a chance se perde a relevância.

Este é o entendimento supracitados da doutrina Brasileira, só que podemos visualizar de maneira crítica e resolutória, diante da teoria perda de uma chance que não devemos aplicar o entendimento de cláusula aberta para comprovação da sua real chance.

Vejamos o direito deve ser reparado, a chance deve ser reparada, só que fica constatado a necessidade eminente de se comprovar a real chance, porque se não abriria um leque enorme de possibilidades, fica constatado que os próprios autores como Sérgio Savi e Flavio Costa Higa, eles se contradizem. Vejamos ambos defende que teoria perda de uma chance em seu elemento ou requisito de se comprovar a realidade da chance perdida não é necessário, pois o Código Civil atual traz em seu corpo a cláusula aberta de responsabilidade civil, mais ambos ao mesmo tempo defendem que para ser aplicada a teoria perda de uma chance, a chance perdida deve ser seria, ou seja, se contradizem na seriedade da chance perdida.

Não deve ser fomentada a indústria da indenização, ao caso concreto a ser analisado a cerca da conceição jurisdicional positiva, do deferimento do pedido com fundamento da teoria perda de uma chance, o nobre julgador deve sim visualizar a aplicabilidade da teoria, em seus requisitos como uma exceção a regra geral dos artigos 197 e 927 do Código Civil de 2002, devendo este aplicar sim probabilidade da real chance perdida, para ser possível a visualização se aquela chance perdida realmente foi frustrada.

Conclusão ao tópico, haja necessidade após deslumbrarmos os requisitos a cerca da doutrina, estabelecermos que para conceição da perda de uma chance, em caso concreto, devem ser levados em consideração os seguintes requisitos:

- Nexo causal, entre a conduta do agente e a chance perdida;
- Realidade, de ser uma possibilidade real de ter acontecido;
- Seriedade, de ser uma chance seria, eminente, possível;

- Futuro próximo, excluindo a chance perdida de futuro distante;
- Probabilidade matemática" da perda da chance ter ocorrido.

7 QUANTIFICAÇÃO INDENIZÁVEL DA PERDA DE UMA CHANCE

Apesar de a jurisprudência reconhecer a teoria perda de uma chance, inclusive nos julgados, o que é notável muitas vezes é a questão da quantificação do valor indenizável pela perda da chance, sendo que a divergência entre os entendimentos e inclusive nos julgados, e real a eminente dificuldade de fixação de da indenização.

Custa salientar que para deslumbrar este capítulo, deve-se ter em mente o dano material na vertente do dano emergente, ou seja, danos que são possíveis de comprovação, que efetivamente se perderam por ação ou omissão danosa de terceiro.

Contudo há de salientar que a perda de uma chance de evitar um prejuízo ou de se conquistar uma vantagem trata-se de um futuro próximo, onde a oportunidade perdida de conquistar uma vantagem ou de evitar um prejuízo, não ocorreu concretamente, ou seja, não há um bem jurídico para poder quantificá-lo, mais sim um dano acerca da perda da oportunidade, o máximo que podemos quantificar do bem jurídico perdido e base em parâmetros.

Sendo que é importante ser frisado, o que deve-se indenizar aqui, não é o bem jurídico, mais sim a oportunidade perdida, utilizando-se o bem jurídico como proporcionalidade da oportunidade perdida, assim como Sérgio Savi (2009, p.84) descreve em sua obra, como podemos verificar a seguir:

Para a valoração das chances perdidas, deve-se partir da premissa inicial de que a chance, no momento de sua perda, tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não tivesse privado daquela possibilidade

Sendo assim Sérgio Savi, defende que para ser aplicada a teoria, não se deve indenizar pelo bem jurídico não alcançando, mais sim pela perda da chance, pois toda chance tem seu valor e isto é inegável.

Sendo necessário também salientarmos o pensamento da doutrinadora Glenda Gonçalves Godim (2013, p.142) fala:

Conforme já mencionado neste estudo, quando se trata da teoria da perda de uma chance, deve existir uma probabilidade séria e real caracterizada como dano certo e atual, para então ser reparada.

Destarte, é a chance que será reparada, ou seja, a probabilidade que existia em obter uma vantagem esperada ou em evitar um prejuízo.

Trabalhando com a corrente de raciocínio do doutrinador supracitado, é importante destacar que este nos traz como ensinamento, que a chance reparada será quantificada pela probabilidade.

Vejamos, antes de prosseguir, para quantificação da chance perdida, haja necessidade de abordarmos a teoria da diferença critério utilizado pela doutrina majoritária para aplicação da teoria perda de uma chance, como já visto a doutrinadora Glenda Gonçalves Godim entende que "difere a teoria da diferença realiza um cálculo aritmético que avalia o resultado da diferença (por isto este nome) entre o patrimônio do ofendido anterior ao evento e aquilo existem após o ocorrido".

Ou seja, deve ser analisada a chance a teoria da diferença deve ser analisada entre a probabilidade que existe quanto da ocorrência da conduta culposa, devendo ser reparado aquilo que encontrasse provável de ser alcançado ou o prejuízo efetivamente a ser evitado.

É importante salientar que a quantificação do valor indenizável, não reside na culpa do agente, mais sim no nexo de causalidade, vejamos nexo de causalidade limita a extensão do dano, podemos afirmar que o nexo casual é um limitador da indenização, a nos deparar com os artigos 403 e 944 do Código Civil de 2002.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Efeito direto e indireto deve ser analisado e interpretado de forma ampla, ou seja, os julgadores da teoria perda de uma chance chegam à quantificação da indenização por um análise probabilístico, devendo analisar a

probabilidade tanto para sua configuração, quando para sua quantificação de indenização, assim nos afirma a doutrinadora.

Deste modo GONDIM (2013, p.143) fala:

A expressão efeito direto e imediato deve ser interpretada de forma ampla, conforme mencionado neste estudo, quando se tratou do nexu causal. Ainda, “o juiz chega à conclusão de que um dano foi ‘conseqüência certa e direta’ de determinado ato por meio de um julgamento probabilístico”, o que salienta a necessária análise da probabilidade para a chance, tanto para a sua configuração, quanto para sua avaliação quantitativa.

Ao examinarmos a extensão do dano limitado pelo artigo 403 do Código Civil, aplica-se conjuntamente o artigo 944 do Código Civil, onde a indenização deve-se ser aplicada pela extensão do dano, determinando a reparação do equivalente sofrido.

É necessário concluirmos que a reparação do dano pela teoria perda de uma chance, não é reparação parcial do dano, afrontando o principio da reparação integral do dano, mais como já estudado acima, o dano da teoria perda de uma chance é uma espécie de dano é um dano específico é um dano autônomo como já defendido anteriormente, cujos efeitos imediatos e diretos podem ser atribuídos ao causador do dano.

Vejamos que não seria interessante e nem justo pela perspectiva do ofensor ser obrigado a reparar o dano pelo principio da integralidade, sendo que a conquista almejada ou o prejuízo não evitado, não se torno concreto não se efetivou o objetivo buscado, não seria justo implicar na indenização integral deste dano, com pena de enriquecimento licito da vitima.

Vejamos deve-se ter em mente que a quantificação do dano almejado, pela perda da chance deve-se ser proporcional, deve-se ter proporcionalidade entre a perspectiva do valor do bem perdido na chance sendo dosando ou medido devido à proporcionalidade de se conquistar esta vantagem ou evitar este prejuízo.

Apregoa GONDIM (2013 p.144):

Como a regra é reparar todo o dano, mas nada além dele, o artigo 944 do Código Civil, interpretado concomitantemente com o artigo 403, também, do Código Civil, possibilita a reparação integral da chance, equivalente ao prejuízo causado diretamente pelo ofensor, sem contrariar o princípio da reparação integral.

Não seria certo, com fundamento no princípio da reparação integral, requerer o ofendido a reparação do valor da vantagem almejada ou do resultado que esperava não acontecer, sob pena de se caracterizar um enriquecimento indevido, eis que ausente o nexo causal.

A dificuldade ainda persiste na quantificação, nossa doutrinadora Glenda Gonçalves Godim, nos trás uma solução um tanto quanto aceitável, e possível de aplicarmos a realidade dos fatos. Vejamos a vitima que busca determinada vantagem ou evitar-se um prejuízo, esta chance e ofuscada por ação ou omissão de terceiro, o dano material perdido pela chance será averiguado pela teoria da diferença "analisado entre a probabilidade que existe quanto da ocorrência da conduta culposa" e sim a partir das probabilidades para apurar quantas chances efetivas teria a vitima de obter tal vantagem.

No caso do show do milhão supracitado acima no tópico (**4.4 Aplicações Positivas Da Teoria Perda De Uma Chance No Judiciário Brasileiro**), era facilmente verificado o porcentual para obter a vantagem esperada, entre dentre 4 alternativas uma estava correta, ou seja, dividindo 100% de probabilidade de 4 perguntas, a chance e de 25% de acerto, ou seja, realizado o calculo aritmético. É a partir da análise do valor do resultado final que se esperava obter, mas não se obteve em razão da conduta do ofensor, e a probabilidade que existia antes da conduta do ofensor, que é possível verificar o valor da chance a ser reparada.

Podemos afirma, que no mundo fático não é todos os casos, como do show do milhão, que será fácil averiguar a probabilidade, é necessário reconhecermos dois problemas eminentes nesta tese de quantificação, primeiro a (probabilidade existente para se obter a vantagem esperada e segundo a quantificação desta probabilidade que não foi aferida ao patrimônio do ofendido).

É inevitável que a probabilidade deve ser apurada para que haja indenização efetiva, vejamos como mencionado acima deve ser averiguada pelo seu

porcentual, devido ao artigo 944 do Código Civil “a indenização se mede pela extensão do dano”.

Efetivamente fica claro a probabilidade em certos casos pode não ser precisa, alcançando uma mera estimativa o que poderá muitas vezes acarreta problemas na quantificação da indenização, tanto para menos quanto para mais, sendo que a certeza esta no grau de probabilidade e não na sua existência.

Devida esta dificuldade, novamente nossa doutrinadora Glenda Gonçalves Godim, nos traz luz, ao entendimento de quanto inexistente parâmetros de probabilidade, o julgador deve levar-se em consideração a boa fé, os bons princípios e além de tudo aplicar em sua quantificação casos análogos, para se obter uma devida indenização, tendo em vista que a vítima não pode ficar em sua devida reparação jurisdicional, sem tutelada do estado, pois causaria impunidade.

E assim trata GONDIM (2013, p.148):

Apurado o percentual da probabilidade da chance, por dados estatísticos, análogos ou critérios presentes no próprio processo, verifica-se o valor do resultado final que seria agregado ao patrimônio do ofendido e, pela teoria da diferença (entre o resultado final e o percentual da probabilidade), calcula-se quanto efetivamente o ofendido deixou de ganhar em razão da conduta do ofensor, sendo o resultado o *quantum* a ser reparado.

A segunda questão agora abordada vem na quantificação na perda de uma chance de evitar-se um prejuízo, também deve ser apreciada pela probabilidade, a indenização aqui se dá pela perda da chance de se evitar um prejuízo, enquanto a primeira modalidade supracitada acima se dá pela perda da chance de se conquistar uma vantagem resultado assim em um prejuízo.

O que se deve indenizar aqui e quantificar também é a perda da chance, aplicando mesma lógica da teoria da diferença e a probabilidade, o que se difere e dificulta na quantificação da perda da chance de evitar um prejuízo, e que muitas vezes este prejuízo não à quantificação, como por exemplo, o bem da vida por um erro medico.

Nestes casos que não há como quantificar, por se tratar de um bem que não tem valor como a vida, deve-se utilizar-se do viés dos danos extrapatrimoniais, sendo o cálculo aritmético ou pela imprecisão da probabilidade.

Demonstra GONDIM (2013 p.148):

O que acontece na maioria dos casos dessa modalidade de chance é que a reparação será avaliada como danos extrapatrimoniais. Por tal razão, em casos médicos, a chance perdida é normalmente compensada como dano extrapatrimonial

Sendo assim, o doutrinador supracitado, finaliza que nestas hipóteses o dano deve ser reparado, só que pelo viés do dano extrapatrimonial.

8 CONCLUSÃO

Antes mesmo de adentrar o tema, foi necessário salientar sobre a responsabilidade civil, e todas suas vertentes, como dano material, moral, lucro cessante e dano emergente, e para aplicabilidade e reconhecimento da teoria, deve-se entender que a perda da chance é uma vertente da responsabilidade civil.

O Presente tema da teoria perda de uma chance teve seu início de estudo e aplicação na França graças à doutrina e a jurisprudência, que passaram a defender um dano diverso do resultado final, e graças aos estudos e avanço das ciências das matemáticas e probabilidades, houve assim a possibilidade de aplicação da teoria, nos casos de indenização pela perda da possibilidade de se conseguir uma vantagem ou de se evitar um prejuízo.

Assim, é possível entender que a perda de uma chance nasceria de uma perda de oportunidade que envolverá tal situação. Esta oportunidade conseqüentemente poderá ter referência em termos financeiros, estéticos, morais, etc. Seja qual for o caso, dependerá da probabilidade de que se alcançar o resultado final obtido com certa certeza para que o dano possa ser atribuído.

Na Itália, a teoria teve uma grande importância pra contexto histórico e a aplicabilidade, sendo que no início teve uma grande resistência tanto da doutrina quanto da jurisprudência para sua aplicação, sendo assim para a possível aplicabilidade da teoria perda de uma chance, deram início a sua recepção e aplicabilidade pela perda da oportunidade, em vez de enquadrar a perda de chance como espécie de lucro cessante, passou-se a considerá-la como dano emergente, e assim, a superar o problema da certeza do dano para a concessão de indenização.

Por muito tempo no Brasil a teoria não teve sua aplicabilidade assim como em outros lugares, porque se tinha o entendimento de "tudo ou nada", ou seja, presente ação ou omissão, haver dano ou previsão do dano, nexos de causalidade, este deveria ser reparado de forma que se rejeitava por total o dano hipotético ou tudo que paira a incerteza deve-se rejeitar.

O grande problema até então, era que se deixando de aplicar a indenização pela perda da oportunidade, se paira a injustiça em nossa sociedade, vejamos que o mundo fático está repleto de situações diversas que por não ter previsão em nosso ordenamento jurídico gera a injustiça, notamos que há uma pontuação muito importante acerca do tema, devemos ter em mente que **A JUSTIÇA FAZ A LEI, MAIS NEM SEMPRE A LEI FAZ A JUSTIÇA.**

Não significa que a teoria perda de chance, veio para fomentar a indústria da indenização indiscriminada pelas vias dos danos hipotéticos, muito pelo contrário, a referida teoria vem sendo encarada com seriedade, sendo que cada vez mais vem sendo aplicada nos países ocidentais influenciados pela doutrina e jurisprudência francesa.

Sendo necessário salientar sobre a teoria, defendendo que a teoria tem maior aplicabilidade do campo da objetivação, pela teoria da reparação integral dos danos, mais também não podemos excluir em certos casos a também a aplicabilidade da teoria no campo objetivo, mesmo que tenha mais força no campo objetivo.

Sendo que a teoria perda de uma chance pode ser aplicada tanto como dano moral e material, não se pode excluir a seara do dano moral, sendo importante trazer que dentro do dano material.

É possível deslumbrarmos que a teoria tem mais força de aplicação no campo do lucro emergente, porque não se paira dúvida, o dano é visível e imediato, mais como o nosso mundo fático está repleto de situações diversas não pode se excluir o lucro cessante.

Após conceituarmos possibilidade e probabilidade, deve-se ter como cunho de aplicabilidade que a teoria e a perda da probabilidade, pois a probabilidade é algo matemático estatístico que é possível se contabilizar e possível materializar, já a possibilidade é algo hipotético incerto, apesar de identificarmos com a indenização pela perda da possibilidade, da verdade real, o judiciário deve-se indenizar pela probabilidade, apesar da nomenclatura.

Apesar de a jurisprudência reconhecer a teoria perda de uma chance, inclusive nos julgados, o que é notável muitas vezes é a questão da quantificação do

valor indenizável pela perda da chance, sendo que há divergência entre os entendimentos e inclusive nos julgados é real a eminente dificuldade de fixação de da indenização.

Devemos levar em consideração, que para poder-se quantificar, deve-se pegar o bem patrimonial, o valor daquele bem jurídico perdido, devido e se utilizar como parâmetro, sendo que custa salientar que muitas das vezes o bem jurídico ali discutido não há como mensurar valores, exemplo, o direito a vida, sendo assim sendo necessário utilizar parâmetros da jurisprudência, para que haja indenizações desproporcionais, porque não seria justo, e causaria enriquecimento ilícito se a vítima recebe-se o valor integral do bem jurídico tutelado, porque devemos levar como parâmetro e indenizar a chance perdida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Brasil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 out. 2015.

CAMARA SOUZA, Neri Tadeu. **Responsabilidade civil e penal do médico**. 3º ed. Campinas-SP: Servanda, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8º ed. São Paulo-SP: Atlas, 2008.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Código Civil. Site Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 06/10/2017.

FERNANDES, Mariane Santos. **Elementos da Responsabilidade Civil**. Artigo de Revisão. Revista Hórus. Volume 5, número 1. 2011.

FIGUEIREDO, Candito De. **Novo Dicionário de língua portuguesa**. 1º ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; GRAGNANO, Théo Assuar. Coordenação: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, Marcelo Benacchio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 4 – Responsabilidade Civil**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Gondin Glenda. **Teoria perda de uma Chance**. São Paulo-SP: Classica, 2013

HIGA, Flávio Costa. **Responsabilidade civil**: a perda de uma chance no direito do trabalho, 1. Ed. Saraiva: 2012.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. 1º ed. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA DO ROSÁRIO, Grácia Cristina. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. 1º ed. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Volume 7: Responsabilidade Civil**. 6. Ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: Fundamentos do direito da obrigação, introdução a responsabilidade civil**. V.1, São Paulo: Saraiva 2003

PROVASI, Gustavo. **Danos Morais e Materiais: Qual a diferença entre eles?**. Site Os Danos Morais. Disponível em: <http://osdanosmorais.com.br/danos-morais-e-materiais/> Acesso em: 06/10/2017.

RANGEL, Laís Barreto; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva. **Análise da Teoria da perda de uma chance e sua possível aplicação no direito das famílias**. Artigo.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 1º ed. São Paulo-SP: Atlas, 2006.

_____. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 1º ed. São Paulo-SP: Atlas, 2006.

_____. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. - 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2009.

SERREGLIO, Fernando Pretti. **Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance: Uma Nova Visão dos Elementos que compõem a ciência da Reparação dos Danos**. 2006. 141 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: um análise do direito comparado e Brasileiro**. 3º edição, São Paulo: Atlas 2013.

_____. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007.

SIMÃO DE MELO, Raimundo. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 4º ed. São Paulo-SP: LTR, 2010.

SOUSA, Vitoria Regia Santos de. **Responsabilidade Civil: Conceitos e Elementos**. Site JurisWay. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15005 Acesso em: 06/10/2017.

STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 788459 BA 2005/0172410-9 - **Inteiro Teor**. Site JusBrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297> Acesso em: 23/10/2015.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed.Rev rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

TST - RECURSO DE REVISTA : RR 7165920125020023 - **Inteiro Teor**. Site JusBrasil. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219807657/recurso-de-revista-rr-7165920125020023/inteiro-teor-219807680> Acesso em: 23/10/2015.

TST - RECURSO DE REVISTA : RR 8684920115090411 - **Inteiro Teor**. Site JusBrasil. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/243641829/recurso-de-revista-rr-8684920115090411/inteiro-teor-243641859> Acesso em: 23/10/2015.