

# **RESPONSABILIDADE CIVIL:**

## **Teoria da Perda de uma Chance**

Glenda Gonçalves Gondim

Mestre e Doutora pelo Programa de Pós Graduação da Universidade Federal do Paraná.  
Pós-graduada em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Faculdade de  
Direito de Curitiba. Advogada

Sumário:

1. Introdução – 2. Responsabilidade civil: 2.1. Breves considerações; 2.2. Teorias objetivas; 2.3. Elementos – 3. Dano indenizável: 3.1. Definição e importância; 3.2. Dano certo e atual – 4. Nexo causal: 4.1. Conceito; 4.2. Teorias; 4.3. Demonstração judicial – 5. *Perte d'une chance*: 5.1. Histórico; 5.2. Conceito; 5.3. Aplicação no direito pátrio – 6. Situações indenizáveis: 6.1. Introdução; 6.2. Responsabilidade advocatícia; 6.3. Responsabilidade médica – 7. Quantificação: 7.1. Natureza da reparação; 7.2. Apuração do *quantum* indenizatório – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

### 1. INTRODUÇÃO

Atualmente, com o crescente número de demandas judiciais envolvendo o instituto da responsabilidade civil, notou-se que em determinados casos, ainda que se constatasse a ocorrência de uma conduta culposa do agente e um dano efetivo para a vítima, não era possível demonstrar o nexos de causalidade entre ambos, restando o lesado sem o devido ressarcimento.

Dentro deste contexto, surgiu a teoria da perda de uma chance, tema ora abordado.

Para melhor compreensão, inicia-se a explanação através de conceitos e elementos da responsabilidade civil, bem como a evolução história deste instituto, para, posteriormente, abordar-se a teoria em si, que surgiu na França em 1965 e vem se expandido pelo mundo, tendo em vista que "quanto mais evoluída é uma sociedade, mais ela faz uso da responsabilização civil para prover de justiça os cidadãos injustamente prejudicados<sup>1</sup>".

---

<sup>1</sup> PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.75.

Os tribunais pátrios vêm utilizando timidamente esta teoria, sendo escassa a doutrina brasileira acerca da matéria.

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1. Breves considerações

O instituto da responsabilidade civil, assim como a própria ciência do direito, evoluiu concomitantemente com a sociedade. Os seus conceitos, requisitos e teorias surgiram em razão da exigência social, por isso, para melhor compreensão, faz-se necessária uma abordagem histórica sobre o tema.

Segundo José de Aguiar Dias, a responsabilidade civil relaciona-se com toda manifestação da atividade humana, destacando-se cada vez mais com a evolução das relações sociais<sup>2</sup>.

O sentimento de reação natural e espontâneo que surge na vítima ao sofrer um dano é intrínseco à própria natureza humana.

Com efeito, nos primórdios da civilização, momento em que passou a existir os grupos ou clãs, quando ocorria lesão a um indivíduo, utilizava-se como meio de punição ao ofensor e reação da vítima, a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo<sup>3</sup>.

Posteriormente, passou a ser adotada a vingança privada, em que a própria vítima reagia contra o agressor. Nesta época surgiu a pena de Talião, quando a justiça era realizada pelas próprias mãos.

Adotando esta pena, tem-se também o Código de Hamurabi, Manu e Hebreu.

Destaca-se direito romano, no qual reside as raízes da responsabilidade civil, a Lei das XII das Tábuas (ano 452 a.C.) que não modificaram os costumes da época, como se verifica pela expressão: "*si membrum rupsit, ni cum e o pacit, talio esto*" (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 13.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 13. ed., v. 7. São Paulo: Saraiva, 1999, p.9.

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. *Idem*, p.16.

Ainda, trazia a possibilidade da composição tarifada, fixando para cada caso concreto um valor pecuniário devido pelo ofensor em favor da vítima<sup>5</sup>, base para a atual noção de indenização por reparação de danos.

Posteriormente, surgiu a "*Lex Aquilia de damno*" (ano 286 a.C.), a qual tinha como objetivo assegurar o castigo à pessoa que causasse dano a outrem<sup>6</sup>. Foi nesta época que a idéia de reparação pecuniária firmou-se definitivamente.

Neste momento, surgiram os três elementos embasadores da responsabilidade civil, quais sejam, o *damnum*, ou lesão da coisa; a *iniuria*, ou ato contrário ao direito; e a *culpa*, quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado por dolo ou culpa. Note-se que a idéia de dolo foi estabelecida apenas na Idade Média, com a elaboração de uma dogmática da culpa.

A doutrina francesa também exerceu uma grande influência como modelo e inspiração para os demais países. O jurista francês Domat foi de suma importância para a legislação moderna, ao estabelecer em seu livro *Lois Civiles*, Liv. VIII, Seção II, art. 1º, o princípio geral da responsabilidade civil, sendo contrário ao sistema antes adotado de enumeração dos casos em que haveria a composição obrigatória<sup>7</sup>.

Domat estabeleceu a culpa como elemento ensejador da responsabilidade penal do agente, perante o Estado e da responsabilidade civil, perante a vítima. A culpa contratual foi estabelecida como sendo aquela decorrente do descumprimento das obrigações, além de existir a culpa decorrente da negligência ou imprudência.

Estes fundamentos foram adotados pelo Código de Napoleão, que influenciou todas as legislações modernas no âmbito da responsabilidade civil. As novas formulações teóricas e práticas são baseadas na noção de culpa, trazida pelo referido diploma legal.

Contudo, no início do século XX, surgiram diversas discussões acerca da teoria da culpa, em virtude de existirem casos em que esta não resolvia satisfatoriamente os problemas atinentes à responsabilidade civil.

---

<sup>5</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 39.

<sup>6</sup> PEDROTTI, Irineu Antonio. *Responsabilidade Civil*. v. 1. São Paulo: Universitária de Direito Ltda, 1990, p.10.

<sup>7</sup> Domat é responsável pela criação do princípio geral da responsabilidade civil: "*Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées para celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu.*"- *Lois Civiles*, Liv. VIII, Seção II, art.1º *apud* DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 11.

## 2.2. Teorias objetivas

A partir do momento que em determinados casos a teoria da responsabilidade civil, influenciada pelo Código Napoleônico, que possui como pressuposto fundamental o elemento "culpa", passou a ser ineficaz, deixando a vítima sem a devida reparação, começaram a surgir novas análises doutrinárias.

Em um primeiro momento, a fim de reparar o dano causado, surgiu a teoria da presunção da culpa, através da qual presume-se o comportamento do ofensor como culposo e inverte-se o ônus da prova, pois seria este quem deveria comprovar a sua não culpa. Estes casos são determinados por lei, assim como elaboração jurisprudencial<sup>8</sup>.

Posteriormente, ainda neste contexto, surgiram as teorias objetivas, destacando-se a existência do nexo de causalidade, entre o dano e a conduta do agente, tornando a comprovação da culpa do ofensor menos relevante. A doutrina objetiva originou-se da obra de Raymond Saleilles (*Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile – “Essai d’une théorie objective de la responsabilité delictuelle”* – 1897) e Louis Josserand (*Evolutions et Actualités*).

Dentro desta nova concepção, os doutrinadores passaram a admitir a responsabilidade objetiva do ofensor que cria um risco para a vítima, ficando obrigado a reparar o dano, ainda que seu comportamento esteja isento de culpa, denominando teoria do risco<sup>9</sup>.

Para Silvio Rodrigues, a teoria do risco e da culpa se diferenciam apenas no modo de encarar a obrigação de reparar o dano, não sendo espécies distintas de responsabilidade<sup>10</sup>.

As duas correntes, teorias do risco e da culpa, convivem simultaneamente no direito pátrio.

Além da teoria do risco, relacionada às atividades exercidas pela vítima, devem ser considerados os danos causados em coisas inanimadas. É de fácil constatação que não há como atribuir culpa a uma máquina ou animal, por exemplo. Neste caso, também utiliza a teoria objetiva, responsabilizando o dono ou detentor da coisa, sem a análise de sua conduta omissiva ou comissiva.

---

<sup>8</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 77.

<sup>9</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 15.ed. rev. e ampl., v. 4. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 12.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Silvio. Obra citada, p. 9-10.

As teorias objetivas modernas trazem novos posicionamentos, visando sempre o ressarcimento da vítima do dano, como por exemplo, a *res ipsa loquitur*<sup>11</sup>, assim como a *perte d'une chance*, que será abordada posteriormente.

### 2.3. Elementos

A responsabilidade civil pressupõe elementos essenciais que são: conduta culposa, dano e o nexo de causalidade entre ambos.

A conduta do ofensor poderá ser positiva (ação) ou negativa (omissão). Sendo relevante ressaltar que esta conduta deverá ser contrária ao ordenamento jurídico, assim como voluntária.

Em virtude, da utilização e atualidade das teorias objetivas, em determinados casos, não será analisada a conduta do agente.

Assim como há necessidade de uma conduta ilícita, será necessária a existência de um dano, para caracterizar a responsabilidade civil<sup>12</sup>. Isto porque, a obrigação de ressarcir deve estar fundada onde há algo para reparar<sup>13</sup>.

O dano é o prejuízo causado à vítima. Ressalta-se que, atualmente, pode ser considerado tanto o dano patrimonial, quanto o moral. A jurisprudência tem-se manifestado no sentido de que ambos os danos, mesmo decorrentes do mesmo fato podem subsistir, conforme disposto na Súmula 37 do STJ "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

Para caracterização da responsabilidade civil, dever-se-á ter por caracterizado ao menos um deles - dano material ou moral.

No entendimento de Paulo Roberto Ribeiro Nalim, o dano é pressuposto inafastável para a reparação. Quer seja contratual ou delitual, deverá ocorrer<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Esta nova teoria é utilizada em alguns estados dos E.U.A. Traz a presunção de culpa do agente, pela simples ocorrência do fato danoso. Assim, por exemplo, com a ocorrência do evento morte, presume-se, diretamente, pela negligência do médico. KFOURI NETO, Miguel. Obra citada, p. 59.

<sup>12</sup> Entendimento unânime da doutrina e jurisprudência, como denota-se através de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que decidiu que "Somente danos diretos e efetivos, por efeito imediato do ato culposo, encontram no Código Civil suporte de ressarcimento. Se dano não houver, falta matéria para a indenização. Incerto e eventual é o dano quando resultaria de hipotético agravamento da lesão."(Tribunal de Justiça de São Paulo. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível n.º 59.006-1. Rel. Des. Octávio Stucchi, j. 20/08/1985. Revista dos Tribunais, v. 612, p.44).

<sup>13</sup> MAZEAUD et MAZEAUD, *apud*, DIAS, José de Aguiar. Obra citada. v.2, p. 713.

<sup>14</sup> NALIM, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade Civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 42.

Ainda, dentre os pressupostos para a reparação, existe a necessidade de comprovação da relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano existente.

Este elemento possui grande relevância nas demandas que envolvem a responsabilidade civil, pois a sua ausência acarreta a impossibilidade de imputar ao agente o dever de indenizar, ainda que existe uma conduta culposa, bem como um dano. Conforme entendimento da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento de um caso de erro médico, no qual decidiu-se pela ausência de culpa do profissional médico, porque a prova pericial produzida afastou a existência de nexos causal entre a cirurgia realizada e o dano alegado pela apelante<sup>15</sup>.

No entender de Sílvio Rodrigues, é necessária a existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima, em caso de não se evidenciar que resultou do comportamento ou atitude do ofensor, o pedido de indenização deverá ser julgado improcedente<sup>16</sup>.

A jurisprudência também se manifesta neste sentido, como se depreende do julgamento realizado pela Quarta Câmara Cível, também do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que decidiu em ação indenizatória por erro médico, que, por não ter sido comprovada a ação dos médicos por imperícia ou negligência, não foi possível caracterizar o nexo causal, impondo-se o desacolhimento da pretensão ajuizada<sup>17</sup>.

### 3. *DANO INDENIZÁVEL*

#### 3.1. *Definição e importância*

O dano é pressuposto inafastável para a responsabilidade civil, quer seja contratual ou delitual, deve estar sempre presente<sup>18</sup>, conforme anteriormente mencionado.

Durante longo tempo, surgiram diversas discussões acerca do fundamento da responsabilidade civil, tendo como ponto central a culpa do agente. Todavia, conforme mencionado no item 2.2, acerca das teorias objetivas, denota-se que em determinados casos específicos, a análise da conduta do ofensor possui menor relevância.

---

<sup>15</sup>Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Décima Câmara Cível. ApCív 1996.001.05222. Rel.: Des. Afrânio Sayão Antunes, j. 03.04.19977.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Sílvio. Obra citada, p.17.

<sup>17</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Quarta Câmara Cível. ApCív 1993.001.02321. Rel.: Des. Marden Gomes, j. 21.06.1994.

Com isso, percebeu-se que, o elemento primordial do instituto da responsabilidade civil é o dano. Isto porque, o que se pretende é a reparação da lesão, ou seja, objetiva-se restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico ocasionado pelo ofensor<sup>19</sup>. Assim, a obrigação de ressarcir deve estar sempre fundada onde há algo para reparar.<sup>20</sup>

Corroborando este entendimento destaca-se a decisão proferida pelo Desembargador Octávio Stucchi, da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao definir que o dano é um pressuposto "necessário e imprescindível" para fundamentar o pleito indenizatório<sup>21</sup>.

Este elemento, de suma importância, pode ser definido de forma ampla e genérica como a lesão sofrida pelo indivíduo. Todavia, esta lesão, para ser juridicamente relevante, deve ocorrer contra o patrimônio da vítima, ou aos seus interesses tutelados pelo direito.

Tais considerações são de extrema relevância, pois como bem define Antonio Lindbergh Montenegro, o dano é composto por dois elementos, quais sejam, um de fato e outro de direito. Aquele se entende como o prejuízo sofrido em decorrência da conduta do agente, sendo que este é a lesão jurídica sofrida pela vítima<sup>22</sup>.

O autor conclui o seu entendimento definindo que "Nem todo o prejuízo, portanto, rende azo à indenização. Preciso é que a vítima demonstre também que o prejuízo constitua um fato violador de um interesse juridicamente tutelado do qual seja ela o titular"<sup>23</sup>.

Para José de Aguiar Dias: "A idéia do interesse (*id quod interest*) atende, no sistema da indenização, à noção de patrimônio como unidade de valor. O dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação"<sup>24</sup>.

A definição de dano não é unânime na doutrina. Existe a noção naturalista ou normativa do dano, a qual entende que os interesses lesados devem ser correspondentes

---

<sup>18</sup> NALIM, Paulo Roberto Ribeiro. Obra citada, p. 42.

<sup>19</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos*: Materiais e Morais. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 1992, p. 11.

<sup>20</sup> MAZEAUD et MAZEAUD, *apud*, DIAS, José de Aguiar. Obra citada. v.2, p. 713.

<sup>21</sup> "Para constituir o título indenizatório o pressuposto necessário e imprescindível é a demonstração do dano, seja por responsabilidade por ilícito ou contratual" (Tribunal de Justiça de São Paulo. Primeira Câmara Cível. ApCív Rel. Octávio Stucchi, j. 14.12.82, *apud* STOCO, Rui. Obra citada, p. 656).

<sup>22</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. Obra citada, p. 17.

<sup>23</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. *Idem.*, *Ibidem.*

<sup>24</sup> DIAS, José de Aguiar. Obra citada, v. 2, p. 718.

ao patrimônio da vítima<sup>25</sup>, excluindo qualquer lesão ocasionada aos interesses subjetivos do ofendido, o que atualmente não pode ser admitido.

Com efeito, a honra, os sentimentos e a personalidade do ser humano devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico, acarretando a proteção aos interesses subjetivos do lesado, com conseqüente reparação.

Assim, admite-se a proteção jurídica tanto dos interesses patrimoniais quanto morais.

A diferença entre um dano ocasionado no patrimônio da vítima e aquele denominado dano moral reside nas conseqüências do ato, ou seja, na repercussão ocorrida nos interesses da vítima<sup>26</sup>.

### 3.3. *Dano certo e atual*

A lesão sofrida pela vítima para ser juridicamente relevante deve ser contrária a interesses tutelados pelo direito, conforme anteriormente mencionado. Por outro lado, para que ocorra o ressarcimento deste prejuízo a doutrina apresenta certos requisitos intrínsecos ao dano, destacando-se a certeza e a atualidade.

O dano será definido como "certo" quando tenha a sua existência determinada, não existindo dúvidas quanto a sua ocorrência, sendo inadmissível o ressarcimento a lesões hipotéticas.

Contraopondo-se ao dano certo, tem-se o dano eventual, o qual não é indenizado. Isto porque, repudia-se a indenização fundada em expectativas incertas ou pouco prováveis de ocorrer. Neste sentido, vale transcrever a lição de Hector Pedro Iribarne: "*El daño no puede configurarse como quebramiento de expectativas inciertas o muy poco posibles. Pero a la vez, todo daño futuro estará siempre afectado de un grado de incertidumbre, y, estrictamente, los requisitos de certeza no son congruentes com ese concepto*"<sup>27</sup>.

De tal sorte, o direito exclui a indenização ao dano "hipotético, eventual ou conjuntural, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se"<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado, *RT* 667/08. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 08.

<sup>26</sup> DIAS, José de Aguiar. Obra citada, v. 2, p. 729.

<sup>27</sup> IRIBARNE, Hector. *De Los Daños a la Persona*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial, Financeira, 1995, p. 129.

<sup>28</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 41.

Ainda, não apenas os danos hipotéticos, mas também a mera presunção de um dano, não poderá ser reparada, neste sentido mister citar a decisão proferida pela Segunda Câmara Cível, também, do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, julgando improcedente o pedido de lucros cessantes pleiteado, visto não restarem inequivocadamente demonstrados, sendo impossível indenizar danos "imaginários ou aleatórios, mensurados num dano eventual e hipotético não comprovado"<sup>29</sup>.

Outra característica que deverá estar presente, para fundamentar a ressarcibilidade do prejuízo, é a sua atualidade.

O dano atual será assim considerado, quando a conduta estiver consumada, gerando conseqüências lesivas ao direito de outrem. Nestes termos, o dano possui os requisitos a ensejar a reparação, isto é a atualidade e a certeza<sup>30</sup>.

Todavia, poderá haver indenização de uma futura lesão decorrente de um dano atual<sup>31</sup>. Destaca-se que não é o dano que ocorrerá no futuro, mas sim as repercussões que se prolongam no tempo, como conseqüências de uma lesão atual.

Desta forma, considera-se que no momento da propositura da ação não existe necessidade de que o prejuízo sofrido esteja completamente realizado, mas deverá haver certeza de que irá se concretizar.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, bem como a legislação brasileira, não admitem o ressarcimento do dano, caso este não seja certo e atual, significa dizer que, se exige para a responsabilidade civil e conseqüente reparação a ocorrência de um dano.

Em virtude da necessidade de certeza e atualidade no prejuízo sofrido pela vítima, a fim de que este seja ressarcido, muitos doutrinadores admitem a existência de uma 'zona gris', na qual se localiza a teoria da perda de uma chance, pois não se trata de um dano certo e atual, mas sim, de probabilidades. O que ocorre é que a conduta do

---

<sup>29</sup> "CONTRATO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL. PAGAMENTO COMPROVADO. Inadimplemento Admitido. Rescisão Procedente Com Restituição Integral Dos Valores Pagos Ao Adquirente Da Mercadoria Não Entregue, Com Os Acréscimos Legais- Alegação De Lucros Cessantes Não Demonstrada - Mera Presunção De Prejuízo - Apelo Parcialmente Provido. 1. Confessado o inadimplemento contratual e demonstrado o pagamento do preço pelo adquirente das mercadorias não entregues, assiste-lhe o direito de postular o desfazimento do contrato, com a restituição dos valores pagos, mais os acréscimos legais (correção monetária e juros de mora). 2. Os lucros cessantes, quando indenizáveis, devem resultar de demonstração inequívoca, equivalendo ao que obteria o credor se o contrato fosse executado, não podendo compreender lucros imaginários ou aleatórios, mensurados num dano eventual e hipotético não comprovado." (Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Segunda Câmara Cível. ApCív 055398000. Acórdão 16690. Rel. Munir Karam, j. 27.10.1999).

<sup>30</sup> MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 20.

<sup>31</sup> PEREIRA, Caio Mário. Obra citada, p. 40.

agente faz com que uma certeza deixe de se realizar<sup>32</sup>, conforme será melhor abordado posteriormente.

#### 4. NEXO CAUSAL

##### 4.1. Conceito

O instituto da responsabilidade civil pressupõe três elementos básicos, conforme anteriormente mencionado, quais sejam, a conduta culposa do ofensor; o dano sofrido pela vítima; e o nexo de causalidade entre ambos.

O terceiro elemento demonstra que o agente somente será responsabilizado pelo prejuízo causado ao indivíduo, quando a conduta culposa for a causa da lesão existente, devendo esta causa estar demonstrada e não apenas presumida.

A causa conforme Plácido e Silva é "o motivo, a razão, o princípio, o fundamento, ou seja, tudo aquilo que motiva ou faz com que a coisa exista ou faça acontecer"<sup>33</sup>.

O nexo causal no direito civil abrange todos os efeitos da conduta culposa, diferentemente do direito penal, o qual considera apenas a lesão diretamente sofrida pela vítima<sup>34</sup>.

Segundo Marco Túlio de Rose, faz-se necessário distinguir alguns conceitos que se encontram confusos na doutrina, para a configuração da causalidade. Segundo o autor, deve-se distinguir culpa e causa, assim como, causa, condição e circunstância<sup>35</sup>.

A culpa refere-se à conduta psico-jurídica do indivíduo, sendo que a causa é a exteriorização da vontade interior do agente.

Ainda, conforme o mesmo autor, a distinção entre condição e circunstâncias reside no fato de que aquela refere-se às conseqüências do ato, sendo que estas são os fatores externos que agravam ou atenuam tais conseqüências<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> "Coloca-se de permeio ao dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, uma zona gris que vem sendo denominada 'perda de chances'. Trata-se de probabilidade. O fato danoso veio a tornar impossível o ganho provável. Não é mencionada a mera possibilidade, porque o 'provável' encerra um certo grau de certeza no tocante à conseqüência do dano. Sendo suficientemente fundada a perda da chance, há o dever em indenizar". (SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano Moral Indenizável*. São Paulo: Lejus, 1997, p. 21).

<sup>33</sup> SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. 12ª ed., 4ª tiragem, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 409.

<sup>34</sup> ROSE, Marco Túlio de. Responsabilidade Civil: Direitos do Consumidor – Deveres do Prestador de Serviços – Apuração da Responsabilidade – Nexo de Causalidade. Cd Room. *Juris Síntese*. vol. 21. São Paulo: Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda, 2001.

<sup>35</sup> ROSE, Marco Túlio. Idem.

Assim, a causa é o elemento produzido no mundo dos fatos, capaz de criar um prejuízo, isto é, a conduta omissiva ou comissiva capaz de causar um dano, sendo que as condições e circunstâncias referem-se apenas às conseqüências do ato.

A causalidade será, desta forma, analisada pela relação entre o dano e a ação que o provocou. Não sendo possível comprovar o nexu causal, não haverá responsabilidade civil.

No entender de Sílvio Rodrigues, é necessária a existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima, em caso de, não se evidenciar que resultou do comportamento ou atitude do ofensor, o pedido de indenização deverá ser julgado improcedente<sup>37</sup>.

Deve-se destacar que, nos casos em que existem diversos agentes e o dano é decorrente de diversas causas, o nosso direito civil entende que os ofensores serão responsabilizados apenas proporcionalmente à lesão que causaram, individualmente.

A conceituação do nexu causal não traz muitas dificuldades para os doutrinadores, todavia, a complexidade deste elemento reside na sua demonstração no caso concreto, razão pela qual surgiram algumas teorias doutrinárias acerca do tema, visando identificá-lo na demanda judicial.

#### 4.2. Teorias

Das teorias doutrinárias criadas para definição do nexu de causalidade, serão abordadas neste trabalho apenas três, que se entende como de maior relevância.

Primeiramente, surgiu a equivalência das causas, originária do direito penal, definida no artigo 13 do CP, o qual dispõe: "O resultado, de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido"<sup>38</sup>.

Conforme o entendimento de Raimundo Gomes de Barros, segundo esta teoria, o nexu de causalidade será demonstrado quando ao excluir mentalmente a conduta do agente, não ocorrer o prejuízo sofrido<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> ROSE, Marco Tulio. Idem. " *Conforme espírituosamente, diz CUNHA GONÇALVES, o que provoca o ato é sua causa; o que o apressa, sua condição; o que o agrava, sua circunstância.*"

<sup>37</sup> RODRIGUES, Sílvio. Obra citada, p. 17.

<sup>38</sup> BRASIL Decreto-Lei n.º 2.848. Código Penal Brasileiro em vigor, publicado em 07 de dezembro de 1940, art. 13.

<sup>39</sup> BARROS, Raimundo Gomes de. *Relação de Causalidade e o Dever de Indenizar. IOB – Repertório Jurisprudencial*, n. 23, caderno 3. São Paulo: IOB, 1998, p. 492.

Esta teoria considera todas as causas, próximas ou remotas, que ocasionaram o dano. Buscando a causa do dano através do método indutivo de supressão da ação ou omissão do agente, para averiguar se o resultado desapareceria<sup>40</sup>.

No âmbito do direito civil, predomina a teoria da causalidade adequada, apesar de inexistir, ao contrário do direito penal, dispositivo legal neste sentido. Esta teoria considera o nexo causal entre a conduta adequada para produzir o prejuízo e a conduta do agente.

Trata-se da relação causa-efeito. A conduta do ofensor deve ser considerada como *causa adequada* à produção do resultado, sendo exonerado da responsabilidade se houverem acontecimentos alheios fazendo com que a conduta isolada do agente, não seja suficiente para causar o prejuízo.

Assim, ao contrário da *equivalência das causas*, adotando-se a *causalidade adequada* exclui-se as causas próximas e remotas, admitindo-se apenas a conduta que efetivamente poderia ocasionar o dano.

De tal sorte, analisa-se a conduta causadora do evento, excluindo-se as demais, através do método indutivo, adotando qual causa é mais adequada, ou teve maior relevância para produzir o dano.

A mais recente teoria acerca do tema é denominada como "causa eficiente". Admitindo a existência de vários fatores que poderão causar o dano, entendendo que, a causa é aquela que poderia produzir o dano por si só, excluindo-se os demais acontecimentos.

A causa seria, então, aquela responsável pelo evento, sendo que as demais condutas seriam denominadas condições, sendo irrelevantes para a imputação da responsabilidade.

A doutrina diverge acerca de qual teoria melhor define o nexo causal, sendo unânime o entendimento de que este deve restar amplamente demonstrado no pleito indenizatório.

#### 4.3. *Demonstração judicial*

Na demanda judicial, o nexo de causalidade deve ser demonstrado pelo autor<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> BARROS, Raimundo Gomes de. Idem, *ibidem*.

<sup>41</sup> "A prova do nexo de causalidade é do autor". (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Cível. ApCív. Rel. Dourado de Gusmão, j. 22.03.1983, *apud* STOCO, Rui. Obra citada, p. 75).

Todavia, deve-se ressaltar que poderá ocorrer, a inversão do ônus da prova, por exemplo, quando se tratar de relação de consumo, sendo aplicado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078/1990). Tal inversão ocorrerá quando restar demonstrada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência da parte.

Ainda, nas obrigações contratuais, ou seja decorrentes de um contrato, cabe ao autor (credor) demonstrar apenas que a prestação contratual foi descumprida, cabendo ao réu (devedor) demonstrar que inexistiu nexos causal, ocorrendo algumas das excludentes de responsabilidade civil (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior)<sup>42</sup>. Assim, neste caso também ocorrerá a inversão do ônus da prova.

O nexos de causalidade deve estar claramente demonstrado nos autos da demanda judicial, não podendo pairar dúvidas de que outra conduta poderia ter causado o dano.

Em certos casos, para ser caracterizada a causa da lesão, deverá ser realizada uma apuração minuciosa das provas, como ocorreu no caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, no pedido indenizatório proposto por um prédio, o qual sofreu sérios danos em decorrência da demolição e reconstrução do edifício anexo a este<sup>43</sup>.

O nexos causal, no referido caso, restou demonstrado por vistorias realizadas nos imóveis, constatando-se que em virtude dos prédios serem antigos e anexos, estes se mantinham em "estado de equilíbrio instável, com apoio recíproco".

---

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23.

<sup>43</sup> "Os danos sofridos pelo prédio do primeiro recorrente, em consequência dos trabalhos de demolição e reconstrução do prédio da segunda apelante, ficaram plenamente comprovados pelas duas vistorias e pela prova testemunha. O próprio perito da ré, na primeira vistoria, declarou que a parede lateral da residência do autor se encontrava rachada e desalinhada e necessitava de ser demolida e reconstruída. A segunda vistoria fixou de modo mais claro e preciso a natureza e extensão dos danos, que os laudos vencedores estimam em vinte e mil cruzeiros. A causa dos danos ficou igualmente esclarecida pelos laudos vencedores, subscritos por engenheiros: a demolição de um dos prédios afetou a segurança do outro, pois ambos, sendo muito antigos e anexos, mantinham-se em estado de equilíbrio instável, com apoio recíproco. A situação foi ainda mais agravada com a cava dos alicerces, que arrastou o desalinhamento e a rachadura da parede, atingindo mesmo o telhado. As fotografias anexas documentam perfeitamente esses fatos, e não foram tiradas antes, mas depois da demolição, como delas mesmo as evidências. Os peritos declaram que os rachões na parede eram recentes, o que mostra que foram devidos à demolição. Mas, mesmo que a parede já estivesse com trincaduras maiores deveriam ser as cautelas tomadas pelos encarregados dos trabalhos, a fim de não agravar o equilíbrio e a segurança do prédio. Não importa que os trabalhos tivessem sido realizados com rigorosa observância da planta aprovada pela Prefeitura. A culpa não está na planta, mas na sua execução sem as medidas cautelares que se impunham nas circunstâncias. E pelas consequências respondem tanto a proprietária do prédio demolido, como o construtor dos trabalhos. A responsabilidade de ambos é solidária, nos termos do art. 1518 do Código Civil. Quanto aos danos, a sua avaliação melhor se fará na execução, levando-se em conta as oscilações no preço do material e da mão-de-obra". (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. Obra citada, p. 51-52)

No exemplo supra citado não existiram grandes dificuldades em demonstrar a causa do dano. Todavia, em determinadas condutas a demonstração judicial torna-se complexa e demasiadamente complicada, é o caso por exemplo das demandas médicas.

Isto decorre do fato de tratar-se de uma obrigação de meio, ou seja, o médico deverá agir da melhor forma possível, sendo desconsiderado o resultado.

A dificuldade de configuração do nexo causal, nos casos de atuação médica, também reside no fato de que deve ser considerada a atitude do profissional, concomitantemente, as condições físicas do paciente.

Tal conclusão foi assentada em Apelação Cível julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O paciente foi submetido a uma cirurgia ocular, tendo como consequência a perda da visão do olho esquerdo. Entendeu-se, a partir da prova pericial, que o bom resultado da cirurgia não foi alcançado tendo em vista as condições clínicas inerentes ao paciente, tais como biotipo, hipertensão arterial, situação emocional e outros fatores, o que independeria da boa técnica utilizada.

Ao analisar tais condições o pedido foi julgado improcedente, afirmando a impossibilidade de atribuição de culpa ao cirurgião, em virtude da suposta negligência, imperícia ou imprudência, pois todos os recursos científicos existentes foram utilizados, sendo que a perda da visão ocorreu em face de um processo inflamatório crônico<sup>44</sup>, que se trata de uma reação biológica do próprio paciente.

Por outro lado, inexistindo agravamento do quadro clínico em decorrência das condições físicas do paciente, existem determinadas situações em que ocorrem resultados totalmente adversos ao esperado, mas que não é possível determinar o nexo causal entre a lesão e a conduta do agente. Isto porque, em muitos casos ao contrário do que ocorreu no julgado acima, as reações biológicas do paciente não são facilmente identificáveis, surgindo inúmeras dúvidas acerca da causa-efeito do dano.

Em razão das dificuldades presentes nestes casos em que existem sérios empecilhos para definir a existência do nexo causal entre a conduta do agente e o dano ocorrido, a jurisprudência francesa criou a teoria da perda de uma chance, objetivando o ressarcimento da vítima, ainda que não seja integral, ou diretamente ligado à lesão, mas de forma que compense as chances perdidas pelo lesado.

---

<sup>44</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Cível. ApCív. Acórdão n.º 1994.001.6904. Rel.: Des. Celso Muniz Guedes, j. 23.04.1996, publicado no *Diário da Justiça do Rio de Janeiro* em 29.08.1996.

## 5. PERTE D'UNE CHANCE

### 5.1. Histórico

Este novo enfoque da clássica teoria da responsabilidade civil foi uma criação jurisprudencial francesa, que significa a perda de uma chance. Alguns doutrinadores traduzem somente como a perda de uma chance de cura, limitando sua aplicação somente para os casos de responsabilidade médica.

Foi em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que pela primeira vez utilizou-se tal conceituação. Tratava-se de um recurso acerca da responsabilidade de um médico que teria proferido o diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia<sup>45</sup>.

Seguindo essa nova posição, houveram outras decisões proferidas pela referida Corte que aplicaram a mesma teoria.

Com isso, esse posicionamento passou a se consolidar perante a Corte de Cassação Francesa.

Dentre as decisões históricas adotando a teoria da perda de uma chance, tem-se o julgamento proferido em 1969, onde analisou-se o caso de um paciente que ao ser operado de apendicite, veio a falecer.

O profissional responsável ao diagnosticar o paciente, agendou imediatamente uma cirurgia, sem realizar quaisquer exames pré-operatórios, o que por si só teria constatado a reação do paciente – causa de sua morte.

O fundamento da indenização não foi o dano sofrido pela vítima - a sua morte - , tendo em vista que o nexo causal não restou devidamente demonstrado para tanto. Contudo, existiam provas suficientes nos autos para embasar a causalidade entre a privação de sobrevivência do paciente em virtude da intervenção médica, fato este que segundo a Corte de Cassação Francesa é suficiente para indenizar.

Destaca-se, também, o julgamento realizado em 1979, referente ao caso em que uma senhora faleceu ao fim da intervenção cirúrgica nela realizada, em virtude de convulsões ocasionadas pelo uso de anestesia local a base de xilocaína.

A responsabilidade do profissional médico residia, neste caso, segundo o Tribunal Francês, no conhecimento de que pode ocorrer convulsões com o uso de

---

<sup>45</sup> AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. *RT 718/27*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

anestesia. Assim, o médico responsável pela cirurgia tem o dever de convocar o anestesista para acompanhá-lo durante a operação.

Da mesma forma que o caso anterior, não é possível configurar a causa da morte, por tratar-se de uma reação própria do paciente, todavia, existe a possibilidade de responsabilizá-lo pela perda da chance de sobrevivência.

É fácil constatar, através da análise destes dois julgados supra transcritos que, em ambos os casos houve uma conduta culposa do profissional (seja pela não realização de exames pré-operatórios, ou seja pela ausência do anestesista no local), bem como o dano (morte da vítima). Ocorre que, o nexo causal não restou devidamente demonstrado, tendo em vista que o fato morte poderia ter ocorrido em virtude de condições físicas e psicológicas do próprio paciente.

Assim, a Corte de Cassação Francesa responsabiliza simplesmente a perda da chance de sobrevivência, considerando que, se o médico tivesse tomados os cuidados necessários, existiria uma chance de sobrevivência do paciente.

De se concluir que a teoria da perda de uma chance originou-se exatamente da dificuldade de configuração do nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima<sup>46</sup>, em determinados casos.

Entende-se que, a criação desta teoria foi admitida pelo direito francês, em face dos dispositivos legais presentes no Código Civil deste país. Isto porque, ao contrário do Código Civil Brasileiro, no Napoleônico não existe uma enumeração aos interesses protegidos, senão vejamos, o artigo 1.382 do Código Francês prevê que "Qualquer fato da pessoa que causar dano a outrem, obriga este pela culpa em razão do qual ele ocorreu, a reparar".

Não obstante seja jurisprudencialmente admitida no direito francês, a doutrina francesa, ainda, discute acerca da validade desta teoria.

## 5.2. Conceito

A teoria da perda de uma chance, como é comumente denominada, objetiva a indenização da vítima que teve frustrado o seu objetivo. O dano em si, não será

---

<sup>46</sup> MORÁN, Luiz González. *La Responsabilidad Civil del Medico*. Barcelona: Jose Maria Bosch S.A., 1990, p. 128: "La dificultad de establecer en muchos supuestos de reclamación de responsabilidad médica la relación de causalidad entre la actividad del médico y el daño padecido ha llevado a la jurisprudencia y doctrina francesa a la adopción de una fórmula de compromiso para poder acceder a la indemnización

imputado ao agente, pois poderá haver outras concausas, todavia, o agente será responsável pela chance perdida, ou seja, a certeza de ganho que foi encerrada por sua conduta.

Assim, a reparação não é do dano, mas sim da chance.

Não se admite, as expectativas incertas ou pouco prováveis<sup>47</sup>, que são repudiadas pelo nosso direito. Com efeito, a chance a ser indenizada deve ser algo que certamente iria ocorrer, mas restou frustrada a sua concretização em virtude do fato danoso.

Conforme ensina Bustamante Alsina, “A chance configura um dano atual, não hipotético. É ressarcível quando implica uma probabilidade suficiente de benefício econômico que resulta frustrado pelo responsável, e pode ser valorada em si mesma, prescindindo do resultado final incerto, em seu intrínseco valor econômico de probabilidade”<sup>48</sup>.

Os elementos que caracterizam a *perte d'une chance* são, segundo Fraçois Chabas, a conduta do agente; um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como dano; o nexa causal entre a conduta e as chances que se perderam<sup>49</sup>.

Destarte, deverão estar presentes os elementos básicos da responsabilidade civil. Contudo, tanto o dano quanto o nexa causal serão analisados através de uma nova visão, pois se trata de uma chance perdida<sup>50</sup>, devendo existir uma probabilidade concomitante a uma certeza<sup>51</sup>.

A chance perdida a ser indenizada não pode, em hipótese alguma, ser meramente hipotética, devendo existir a atual certeza de que houve uma impossibilidade de realizar um ganho ou evitar uma perda<sup>52</sup>. Esta certeza reside na comprovação de que a oportunidade que se perdeu em virtude da conduta do agente se concretizaria<sup>53</sup>.

(aunque sólo sea parcial) del daño sufrido por el enfermo, aunque no se haya probado la existencia del vínculo de causalidad : la teoría de la pérdida de posibilidades de curación o de supervivencia".

<sup>47</sup> IRIBARNE, Hector Pedro. Obra citada, p. 129.

<sup>48</sup> ALSINA, Bustamante *apud* SANTOS, Antonio Jeová dos. Obra citada, p.21.

<sup>49</sup> CHABAS, François. *La perte d'une chance en droit français*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS em 23 de maio de 1990.

<sup>50</sup> "Cela nous aménera alors à examiner ce qu'est la perte d'une chance: une forme spéciale de préjudice (ce sera l'object d'une première partie), et ce qu'elle n'est pas: une simple possibilité de rôle causal (nous l'étudierons dans une deuxième partie)". CHABAS, François. *Idem*.

<sup>51</sup> Este foi o entendimento de YVES CHARTIER (*apud*, PERERIA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 42), ao conceituar esta teoria, concluiu que: "a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo".

<sup>52</sup> PEREIRA, Caio Mário. Obra citada, p. 41.

<sup>53</sup> Neste sentido vale transcrever o seguinte entendimento: "Así, pues, la pérdida de una posibilidad es considerada como un daño cierto e indemnizada como tal, a condición de que tal posibilidad exista realmente"., MORÁN, Luiz González. Obra citada, p. 128.

Por óbvio que, a certeza não é totalmente absoluta, mas também não pode ser fundada em dados hipotéticos, trata-se do grau de probabilidade que deverá ser analisado pelo juiz<sup>54</sup>.

Outrossim, o nexu causal existente entre o resultado final, como morte ou no insucesso de uma causa judicial, e a conduta do agente é incerto. A indenização será devida baseando-se no prejuízo resultante da perda de uma possibilidade de cura, ou diminuição na possibilidade de cura desejável<sup>55</sup>.

De tal sorte, trata-se de uma nova visão do instituto da responsabilidade civil, que admite apenas a responsabilidade nos casos em que ocorra a conduta do agente, o dano certo e atual e o nexu de causalidade entre ambos. Pois, a teoria da perda de uma chance traz novos dimensionamentos para o nexu causal e o dano, sem abandonar totalmente os conceitos clássicos.

### 5.3. *Aplicação no direito pátrio*

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê esta reparação específica, sendo que a aplicação jurisprudencial tem-se limitado a determinados tribunais.

Ocorre que, partindo da conceituação clássica do instituto da responsabilidade civil, os casos em que restem preenchidos os requisitos necessários, é claramente possível aplicar a teoria da perda de uma chance.

Com efeito, tem-se que para reparação do dano, este deve ser certo e atual. No mesmo sentido, a chance perdida para ser indenizada não pode se tratar de um ganho hipotético ou eventual<sup>56</sup>.

Tratar-se-á de uma chance hipotética, quando para sua concretização seriam necessárias outras causas, ou seja, retirando-se a conduta do réu, o ganho esperado dependeria de outros fatores para ocorrer, como ganhar um concurso, ou promoção em emprego, que dependem de outros acontecimentos.

É a partir desta noção, que deverá ser analisada a possibilidade ou não da aplicação da presente teoria no direito brasileiro.

---

<sup>54</sup> Este grau de certeza é trazido com muita propriedade por IRIBANE, Hector (Obra citada, p. 133), doutrinando que: "La otra postura considera indemnizables las chances cuyo coeficiente de certidumbre no sea muy débil, pues en tal caso desecha la reparación. Se indemnizarán entonces las que representem tal coeficiente de certidumbre elevado en grado suficiente".

<sup>55</sup> KFOURI NETO, Miguel. Obra citada, p. 53.

Destacando-se sempre que a jurisprudência e doutrina que criaram a teoria da perda de uma chance consideram ressarcível o prejuízo resultante de uma conduta que apesar de não causar um dano, propriamente dito, retirou uma oportunidade plausível do ofendido.

Em certos casos, caberá ao magistrado diferenciar a perda de uma chance do dano hipotético, o que não é tarefa fácil. Conforme Caio Mário, ocorrerá o ressarcimento se for possível situar a perda da chance como um dano certo, assim esta teoria possui, concomitantemente, uma probabilidade e uma certeza; sendo que a chance deveria ser realizada, e a vantagem perdida resultaria em prejuízo<sup>57</sup>.

Os tribunais brasileiros que adotam a presente teoria consideram, corretamente, a necessidade de comprovação do dano. É o caso por exemplo, do pleito indenizatório em que o autor requereu perante a Nona Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, indenização por acidente de trânsito, no qual resultaram seqüelas, as quais segundo o requerente não permitiriam que o mesmo tivesse ascensão na empresa, onde trabalhava como aprendiz.

Corretamente, no caso supra mencionado, a Nona Câmara Cível do referido Tribunal, entendeu que não restou demonstrado o dano, estando baseado em hipóteses, sendo que a chance perdida dependeria de diversos fatores, e simplesmente excluindo-se a conduta realizada pelo terceiro<sup>58</sup>, não se concluiria pela alegada chance perdida.

A referida decisão reflete exatamente o propósito desta teoria, qual seja reparar a vítima que teve um efetivo ganho frustrado. Repudiando-se casos hipotéticos que possuem o único objetivo de criar uma gama de pretensões indenizatórias sem fundamento.

A partir desta análise, de um lado tem-se que o Código Civil Brasileiro impõe a certeza do dano como pressuposto da reparação, omitindo a possibilidade de

---

<sup>56</sup>CHABAS, François. *La perte d'une chance en droit français*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS em 23 de maio de 1990: "...l'enjeu n'était pas surement hypothétique et si le dommage n'était pas éventuel".

<sup>57</sup> PEREIRA, Caio Mário. Obra citada, p. 47.

<sup>58</sup> "Acidente de Trânsito. Atropelamento. Dano material. Dano moral. Valor. Prova. Denúnciação da Lide. Contrato de Seguro. Culpa grave. Exoneração. 1. A perda de uma chance somente é indenizável quando for praticamente certa. Hipóteses em que inexistente prova de que a mera conclusão de curso profissionalizante acarretaria na admissão na empresa onde o aluno trabalhou como aprendiz. 2. O dano moral deve ser fixado tendo em conta a situação econômica das partes, as circunstâncias do evento e suas conseqüências. Em se tratando de dano decorrente de atropelamento que levou a vítima a ser submetida a intervenção cirúrgica, inexistindo prova de seqüelas, afixa-se razoável a fixação deste em 200 salários mínimos. 2. Perde o segurado o direito ao seguro se o sinistro é provocado por preposto seu que conduz o veículo em estado de embriaguez vindo a invadir a calçada e colher a vítima que por ela caminhava".

indenizações das "chances", sendo que por outro lado, tem-se um dos princípios fundamentais do instituto da responsabilidade civil, qual seja o *neminem laedere*, se referindo a necessidade de indenização às lesões sofridas por qualquer indivíduo.

No tocante, ao nexo causal a ser analisado, como também na teoria clássica da responsabilidade civil, não se pode olvidar da certeza da causalidade.

Isto porque, a incerteza do nexo causal presente nos casos em que aplica-se esta teoria, reside somente na causalidade do resultado final, ou seja, tem-se como exemplo o paciente que possui uma grave doença vindo a falecer. Imagine-se que a ciência não possui cura para tal enfermidade, todavia, existem métodos que podem prolongar a vida do paciente dependendo, apenas, da fase em que for diagnosticada a doença. Neste caso, o médico não será responsável pela morte, pois inexistente nexo causal, tendo em vista que não importa quais condutas adotadas o resultado morte ocorreria, todavia, incorreu a chance de sobrevivência do paciente.

Neste caso, não sendo adotada a presente teoria, a vítima não seria ressarcida, pois inexistente o nexo causal entre a conduta do médico e o resultado do falecimento do paciente, visto que o dano iria ocorrer ainda que o profissional da medicina utilizasse os melhores meios disponíveis.

Então, a causalidade reside não no dano, mas sim, na perda da chance de sobrevivência ou de cura. O magistrado não possui a certeza de que o evento teria ocorrido pela conduta do agente, mas possui a certeza de que esta ação ou omissão facilitou a ocorrência do resultado.

De tal sorte, não haverá dificuldades para a vítima comprovar o nexo causal, conforme entende, Miguel Kfoury Neto: "Desaparece, desse modo, a dificuldade em estabelecer a relação de causalidade entre o ato ou omissão médica e o agravamento da condição de saúde, invalidez ou morte do paciente – que tanto podem dever-se à culpa do profissional quanto às condições patológicas do paciente. Afirma-se que a atuação do médico diminui a possibilidade de cura desejável"<sup>59</sup>.

O nexo causal deverá ser abordado considerando que sem a conduta do ofensor o dano seria evitado, ou com a conduta deste, ocorreria o ganho<sup>60</sup>.

---

(Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. ApCív 197.105.422. Rel.: Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 19.08.1997).

<sup>59</sup> KFOURI NETO. Miguel. Obra citada, p. 59.

<sup>60</sup> O nexo causal deve ser analisado desta forma, quando necessário para comprovação da "chance", conforme o entendimento de SEGARD, Jean – François. (*Responsabilite pour Faute du Medecin Generaliste*. [http://www.Laportedudroit.com/htm/juriflash/droit\\_medical/responsabilite/civile/reponsabfaute\\_medecingnrliste1.htm](http://www.Laportedudroit.com/htm/juriflash/droit_medical/responsabilite/civile/reponsabfaute_medecingnrliste1.htm)

Por fim, quanto ao elemento culpa, este será analisado da mesma forma que a responsabilidade civil.

## 6. SITUAÇÕES INDENIZÁVEIS

### 6.1. Introdução

As situações mais comuns que requerem indenizações por perda de uma chance são referentes às atividades dos profissionais liberais.

A análise da responsabilidade nestes casos é apurada sobre o enfoque da atuação do profissional, e não pelo alcance do resultado esperado, é a denominada obrigação de meio, em que o agente fica obrigado a agir, da melhor maneira possível, obrigando-se a utilizar os meios necessários e pré-existentes para alcançar o melhor resultado.

Neste sentido, destaca-se o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar um caso de responsabilidade médica, entendeu pela improcedência do pedido, tendo em vista que cumpre ao profissional utilizar a melhor técnica conhecida, agindo dentro dos seus melhores esforços, não podendo ser responsabilizado pelo simples fato do resultado não ser atingido.

Esta conclusão se extrai do julgamento do caso em que a paciente apresentava sangramento interminante, tendo sido diagnosticado mioma (tumor uterino). Os médicos optaram pela extirpação do útero, bem como das trompas e o ovário direito. Todavia o sangramento não cessou, sendo diagnosticada uma fístula na bexiga. Realizada a nova cirurgia foi constatada a formação de fístula vésico-vaginal, ocorrendo uma nova operação. Como fundamentação do acórdão, considerou-se que o erro médico teria ocorrido em decorrência das limitações atuais do conhecimento científico<sup>61</sup>. Assim, tem-se claramente que, ainda que não seja atingido o resultado esperado, tendo sido utilizado todos os meios disponíveis, o profissional médico não será responsável pelos eventuais danos causados.

---

m. 6K. 26 de novembro de 2001), concluindo que: "*En langage vulgarisé cela signifie que le patient a été privé d'une possibilité de ne pas subir le préjudice qu'il invoque sans qu'on puisse être certain qu'en l'absence de faute, ce préjudice aurait été nécessairement évité*".

<sup>61</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível. ApCív 597.083.948. Rel.: Juiz de Alçada Substituto Luiz Felipe Brasil Santos, j. 19.09.1997.

Destes profissionais que assumem a obrigação de meios, os casos mais comuns em que poderá incorrer a indenização por perda de chances, será na atuação do médico ou do advogado, que serão abordadas separadamente nos próximos tópicos.

## 6.2. Responsabilidade advocatícia

A natureza da obrigação do advogado, também é de "meios", não podendo ser imputada responsabilidade pelo insucesso da causa, pois não existe comprometimento com o resultado final<sup>62</sup>, mas haverá responsabilidade pelos "erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato"<sup>63</sup>.

Tratam-se de erros graves, tais como, " desatenção à jurisprudência corrente, o desconhecimento de texto expresso da lei de aplicação freqüente ou cabível no caso, a interpretação abertamente absurda"<sup>64</sup>.

Por se tratarem de erros que, em razão do exercício profissional, não poderiam ocorrer, o profissional poderá ser responsabilizado caso incorra em tais condutas.

Ocorre que, ainda que seja cometido o erro grave pelo advogado, bem como exista o prejuízo do cliente, não há que se falar em responsabilidade pela demanda não ter logrado êxito, ante a dependência de outros fatores, o que dificulta a prova do nexo causal.

Nestes casos é que será aplicada a presente teoria, em que o nexo causal entre a perda da chance de êxito e a conduta do advogado será facilmente demonstrado.

Neste sentido, tem-se como exemplo a decisão proferida pelo Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em que o procurador foi condenado em razão da pretensão do seu cliente ter sido privada da apreciação pelo Judiciário.

No referido caso, ocorreu o extravio de autos, fato que não foi comunicado ao cliente, nem mesmo houve a tentativa de restauração pelo advogado. A responsabilidade foi fundada na infração ao dever de informação, como consta da ementa: "Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho

---

<sup>62</sup> Para Sérgio Novais Dias, o insucesso da causa não poderá ser atribuído ao advogado não apenas por ser uma obrigação de meios, mas também em virtude da própria natureza da presente teoria. Entende que: ... na *perda de uma chance*, no caso específico da atuação do advogado, nunca se saberá qual seria realmente a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do advogado, deixou, para sempre, de examinar a pretensão do cliente." (DIAS, Sergio Novais. *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance*. São Paulo: LTr, 1999, p. 43)

<sup>63</sup> GONÇALVES. Carlos Roberto. Obra citada, p. 274.

<sup>64</sup> DIAS, José de Aguiar. Obra citada. v.1, p. 293

por inescusável que a omissão da informação do extravio e a não-restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance, e nisso reside o prejuízo"<sup>65</sup>.

Ainda, o autor Sérgio Novais Dias<sup>66</sup> cita outros exemplos em que poder-se-á atribuir responsabilidade civil desta natureza ao advogado. O referido doutrinador traz como exemplo o caso em que o profissional que consultado pelo cliente, por motivos banais, não propõe a ação judicial cabível, ficando prescrito o direito. Ainda, dentre outros vários exemplos, tem-se o fato do advogado que propõe a ação sem formular todos os pedidos assegurados por lei, privando o lesado de ver o seu pleito analisado pelo Poder Judiciário.

### 6.3. Responsabilidade médica

A análise da responsabilidade civil por *chances* foi criada exatamente para verificação de condutas médicas, conforme mencionado anteriormente.

É que o profissional médico deverá sempre agir da melhor maneira possível, não se comprometendo com o resultado, o qual depende de diversos fatores, entre eles, as próprias condições clínicas de cada paciente, tais como, físicas e psicológicas<sup>67</sup>.

No entendimento de Luiz González Morán, o paciente doente encontra-se em uma batalha com a saúde e a enfermidade. Considerando os conhecimentos da ciência, existirão doenças em que nada poderá ser feito para salvar o paciente. Todavia, naqueles casos em que existem possibilidades de vida ou cura, o médico poderá atuar contra a enfermidade, lutando ao lado da saúde. Se neste caso, a conduta médica ocorrer de

---

<sup>65</sup> "ADVOGADO. Responsabilidade Civil. Perda de uma chance. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato a sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar a mandante pela perda da chance". (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara Cível. ApCív 591.064.837. RJTJRS 154/405).

<sup>66</sup> DIAS, Sérgio Novais. Obra citada, p. 72-73.

<sup>67</sup> "Como afirman algunos autores, hablar del daño constituido por la 'pérdida de una posibilidad' en materia de responsabilidad médica, es un sofisma porque, dado el carácter aleatorio e incierto de la medicina, no se puede afirmar que existen posibilidades para un paciente concreto, mientras que sí se puede hablar de posibilidades estadísticas. Éste es un extremo que tiene una gran relevancia: es imposible aplicar las estadísticas de 'una' enfermedad determinada a 'un' enfermo en particular, porque la peculiaridad de cada enfermo no cabe en la abstracción y generalidad de las estadísticas; a un paciente, que va camino del quirófano, le puede servir de consuelo la constatación de que aquella intervención tiene un determinado índice estadístico de resultados positivos, porque él piensa que podrá ser incluido entre ello, pero esto no ofrece ninguna garantía ni al médico ni al enfermo, porque las estadísticas entienden de generalidades y el hombre enfermo es el caso concreto". (MORÁN, Luiz Gonzáles. Obra citada, p. 133).

forma a impedir que o doente se recupere, ou retirando elementos para que enfrente a enfermidade, neste sentido ocorrerá a perda de chances de cura ou sobrevivência<sup>68</sup>.

Desta forma, tem-se que serão relevantes para verificação do nexo causal entre a conduta do profissional e a *chance* perdida pela vítima, as doenças em que o paciente poderia ter se recuperado, ou ainda, haveria chances de sobrevivência, caso o profissional tivesse agido de forma diligente, perita e prudente.

Aplicando-se esta teoria, a lesão final sofrida pela vítima, não será imputada ao médico, como por exemplo, o paciente que é portador de uma doença fatal, inexistindo quaisquer condições de sobrevivência, não pode atribuir ao profissional, o resultado morte, o que seria um absurdo jurídico, se assim o fosse.

Assim, conclui-se que serão relevantes, para aplicação da presente teoria, os casos em que existam probabilidades de cura do paciente, considerando os avanços da ciência e o momento do diagnóstico.

No caso do paciente procurar o médico, apenas quando se encontra em um estágio avançado da doença, não há o que responsabilizá-lo. Todavia, existem certas enfermidades, como o câncer, que podem ser curadas desde que diagnosticadas em determinados estágios, conforme se denota da reportagem publicada na Revista Veja, que traz um quadro comparativo com as chances de sobrevida nos determinados estágios de cura dessa doença<sup>69</sup>.

Segundo a referida reportagem, são quatro os estágios da doença. No primeiro estágio, o câncer é apenas um nódulo em determinado órgão, que ao crescer, passa para a sua segunda fase, iniciando a metástase. Ato contínuo, começa a invasão a órgãos vizinhos, momento em que o paciente se encontra na terceira fase de progressão da doença, sendo que ao se propagar para órgãos mais distantes, tem-se o estágio quatro.

Sendo o câncer constatado no estágio um, as chances de cura variam de cem por cento, nos casos de câncer na próstata, a oitenta por cento, no pulmão.

---

<sup>68</sup>"Para tratar de exponer esta idea de 'la pérdida de posibilidades de curación o de superveniencia' se suele recurrir al símil de una guerra: como si en el enfermo combaiesen las fuerzas de la salud y las fuerzas de la enfermedad. En muchos de estos casos, la batalla está necesariamente perdida porque el hombre es un ser mortal y porque en el estado actual del saber humano, la ciencia, en muchos casos, no tiene armas para oponerse. Pero en otras muchas situaciones el enfermo tiene 'posibilidades' de salir adelante, de vivir y de curar, para lo que cuenta con el médico como con el más valioso colaborador en su lucha contra la enfermedad y la muerte ; ahora bien, la acción del médico puede ser tan negativa que, en ocasiones, prive al enfermo de resortes y elementos necesarios para enfrentarse con éxito a la enfermedad ; en este sentido se habia de 'pérdida de posibilidades de curar o de vivir'". MORÁN, Luiz Gonzáles. Obra citada, p. 129.

<sup>69</sup> BUCHALLA, Anna Paula e PASTORE, Karina. Nesta Estapa, A Vitória É Certa. *Revista Veja*. 06 de fevereiro de 2002, 1737 ed. Ano 35, nº 05. São Paulo: Editora Abri, p 64-66.

Durante essas fases, gradativamente as chances de cura vão diminuindo, sendo que no estágio quatro apenas o câncer de mama possui uma chance de vida, reduzida a cinco por cento, sendo que os demais casos da doença não possuem cura neste momento<sup>70</sup>.

Assim, o paciente que se encontra, por exemplo, no estágio dois do câncer de próstata, possui noventa por cento de chances de cura, segundo a referida reportagem. Ao procurar um médico, inexistindo o diagnóstico da doença, esta irá evoluir aos demais estágios. Se posteriormente, vem a descobri-la apenas no estágio quatro, quando inexistem chances de cura, este paciente perdeu a chance de sobrevivência.

O erro de diagnóstico do médico<sup>71</sup> pode ter sido a causa da morte, todavia, existirão dificuldades de comprovação donexo causal, pois ainda que se pudesse intervir na fase dois, a possibilidade de cura era de noventa por cento, ou seja, poderia o paciente incluir-se nos dez por cento que não apresentariam cura.

Por outro lado, possível seria a demonstração donexo causal entre o erro de diagnóstico e a perda da chance de sobrevivência, tendo em vista que houve, sem sombra de dúvidas, a impossibilidade de se tratar uma doença quando as chances de cura eram muito maiores.

Ocorre que, esta teoria não se limita a indenizar os casos em que o paciente perdeu a chance de sobrevivência, quando do erro de diagnóstico, aplicando-se também aos casos em que, a intervenção médica atua criando uma dificuldade que impossibilitará o paciente de se livrar de uma enfermidade, ocasionando a perda da chance de cura.

É o caso por exemplo, da operação em um paciente paraplégico, o qual poderia ter chances de mover o seu braço novamente, sendo que em razão de uma má cirurgia, a

---

<sup>70</sup> BUCHALLA, Anna Paula e PASTORE, Karina. Idem. Ibidem.

<sup>71</sup> Para um melhor entendimento da possibilidade de incidência desta teoria na intervenção médica, faz-se necessário esclarecer alguns conceitos, quais sejam o erro de diagnóstico e o erro de tratamento. BRANCO, Gerson Luiz Carlos (Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico. RT 833/53. São Paulo: 1996), trata com muita propriedade do assunto, definindo da seguinte forma: "2.2.2.1. Erro no diagnóstico

O diagnóstico é o momento no qual se informa o paciente qual é a doença ou mal que lhe afeta, após buscar junto a este as informações necessárias para tanto.

O diagnóstico de uma enfermidade talvez seja o momento mais importante da intervenção médica, pois um erro neste momento poderá comprometer não só a possibilidade da cura, como também poderá trazer danos não previsíveis para aquela situação.

A responsabilização por erro no diagnóstico induzirá a responsabilização se este erro for grosseiro ou se a especialidade do profissional impor a este o conhecimento de determinada situação.

Este erro de diagnóstico tem duas faces. A primeira é a não-identificação de doença, que, se tratada em sua origem, é curável, mas depois de certo tempo não, eliminando a possibilidade, a chance de não doença. A Segunda é o diagnóstico de doença evidentemente inexistente ou distinta, causando danos diretos ao paciente".

paralisia torna-se irreversível, tendo que ser utilizado uma prótese permanente. Neste caso, ocorreu a perda da chance da vítima se ver livre de uma determinada enfermidade.

Ainda, vale citar o caso julgado pelo ilustre Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, como Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o paciente ao se submeter a uma cirurgia para correção de miopia, teve como resultado névoa no olho operado, dificultando a sua visão, bem como hipermetropia. Tais conseqüências demonstram claramente que o paciente perdeu chances de ter uma boa visão<sup>72</sup>.

O paciente ao se submeter a uma cirurgia como esta deseja adquirir uma boa visão se livrando da miopia pré-existente. Ainda que, a obrigação não seja de resultado, caberá indenização não pelo fundamento de que o paciente não logrou êxito, mas por ter adquirido outros problemas, os quais dificultarão ainda mais a sua visão.

Existem outras inúmeras possibilidades de indenização por *perda de chances*, principalmente nos casos médicos. Todavia, deve-se ressaltar que deverá restar demonstrada a existência de probabilidades plausíveis, bem como confirmação inequívoca, preferencialmente científica, de que haveria a possibilidade de cura. Concomitantemente, deverá o paciente demonstrar as suas condições clínicas, que poderiam alterar o resultado pretendido, por si só.

## 7. QUANTIFICAÇÃO

### 7.1. Natureza da reparação

A reparação do dano pode ocorrer através de duas maneiras, podendo ser pela reparação natural e pela indenização pecuniária.

A primeira trata da própria restauração do *status quo* através da entrega do objeto lesionado ou a troca deste, nos casos em que existir tal possibilidade. A segunda forma de reparação refere-se a restituição pecuniária do lesado.

---

<sup>72</sup> "Responsabilidade Civil. Médico. Cirurgia Seletiva para correção da miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado é de indenização por perda de uma chance". (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível. ApCív 589.069.996. Rel.: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 12.06.1990).

As duas formas de reparação têm como objetivo precípua reestabelecer a situação anterior a ocorrência do ato ilícito<sup>73</sup>.

Nos casos em que é possível fazer com que as coisas voltem ao estado anterior ao evento danoso, deve-se levar em consideração o interesse do ofendido. Isto porque, a reparação *in natura* pode ser inconveniente ao ofendido<sup>74</sup>, como por exemplo não está o lesado obrigado a aceitar a troca de um objeto velho por um novo, em razão do valor intrínseco que este, eventualmente, possuía.

Em virtude de casos semelhantes ao exemplo supra mencionado, pode ser admitida a reparação através da substituição do objeto lesionado, acrescida da reparação pecuniária.

Nos casos em que exista a total impossibilidade de recompor o *status quo ante*, ou de se encontrar o bem jurídico violado, utilizar-se-á, somente, a segunda forma de reparação, isto é, através de compensação pecuniária.

Esta reparação, como supra mencionado, refere-se ao valor pecuniário do bem, sendo a substituição monetária do prejuízo sofrido, denominada como ressarcimento. O estabelecimento deste equivalente não é tarefa fácil.

Com efeito, a avaliação em regra deve ser atribuída pela extensão do dano e a gravidade da conduta. Neste sentido, tem-se o artigo 944, parágrafo único do Código Civil/02, ao dispor que: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização"<sup>75</sup>.

O termo utilizado abrangendo as espécies de reparação supra mencionadas é o verbo "indenizar", que tem sua origem no latim *indemniss*, ou seja, tornar indene, utilizado para dar a idéia de reparar, compensar e ressarcir.

Segundo Clayton Reis, a idéia de indenização envolve o dano, o prejuízo sofrido, a lesão no patrimônio do ofendido, a fim de recompor a "diminuição do patrimônio da pessoa em decorrência da ação lesiva e ilícita perpetrada por um agente ofensor"<sup>76</sup>.

No entendimento de Tereza Ancona Lopez, nos casos em que não é possível realizar a reparação *in natura* ou mesmo a equivalência do dano causado em dinheiro, a

---

<sup>73</sup> MARMITT, Arnaldo. Obra citada, p. 359. O autor ainda cita os seguintes exemplos: "Pelo ressarcimento *in natura* substitui-se o pára-lama danificado, recoloca-se a persiana quebrada, conserta-se o aparelho estragado, e assim por diante. Ao credor cabe escolher a forma que mais lhe agrada".

<sup>74</sup> DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 114.

<sup>75</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406. Novo Código Civil, publicada em 10 de janeiro de 2002.

<sup>76</sup> REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 1ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, p. 121.

indenização possuirá um caráter apenas satisfativo ou compensatório do prejuízo sofrido<sup>77</sup>.

São estas características da indenização que alteram a sua função, ou seja, poderá ser punitiva ou compensatória.

A indenização será compensatória quando não existirem meios de retornar ao *status quo ante*, ainda que em razão pecuniária, de tal forma, o valor recebido pela vítima possuirá apenas a função de compensar os danos sofridos pelo lesado<sup>78</sup>.

Por outro lado, considera-se a indenização como punitiva quando objetiva-se diminuir o patrimônio do ofensor, às vistas do dano causado. No entendimento de Clayton Reis "*O pagamento realizado pelo ofensor, haverá de ensiná-lo a agir com maior cautela no cometimento dos seus atos, bem como acarretará um grande efeito de persuasão no seu ânimo de lesionar. A diminuição do seu patrimônio, na maioria das vezes assemelhado às custas de árduo trabalho, e aquinhoado como bem destinado à proteção e segurança pessoal e familiar, é circunstância que afeta de forma profunda os interesses de uma pessoa ou grupo de pessoas*"<sup>79</sup>.

## 7.2. Apuração do quantum indenizatório

Para apuração do *quantum* à indenizar, o magistrado encontra-se em uma difícil tarefa, pois o caso concreto trará em si a certeza da reparação, cabendo ao juiz analisar o valor a ser indenizado.

Ressalta-se que, havendo danos relativos à saúde da vítima, ocasionando despesas com novos tratamentos, estes serão ressarcidos pelo ofensor<sup>80</sup>. Neste caso a indenização terá também um caráter equivalente, correspondendo ao que o lesionado gastou monetariamente.

Todavia, quando trata-se apenas da chance perdida, sem os referidos gastos, surgem as dúvidas sobre o *quantum* a indenizar.

---

<sup>77</sup> LOPEZ, Tereza Anconca. *Dano estético*. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 105.

<sup>78</sup> Neste sentido vale transcrever a seguinte lição: "Nesse caso, a função será meramente satisfativa, ou ainda, uma forma de compensar o lesado pelos sofrimentos ocasionados pelo agente do ilícito. Mesmo porque não haverá meios de se aquilatar o prejuízo decorrente da dor, pois este sentimento é insuscetível de ser mensurado". (REIS, Clayton. Obra citada, p. 79).

<sup>79</sup> REIS, Clayton. Idem, p. 82.

<sup>80</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406. Novo Código Civil, publicado em 10 de janeiro de 2002, artigo 949: "No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido pelas despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido".

Em virtude da escassa doutrina acerca do tema, poucas são as discussões acerca da natureza da reparação no tocante a indenização por *chances*.

Para François Chabas, inexistente diferença na natureza da reparação do dano ocorrido e na perda de chances<sup>81</sup>.

Tal conclusão tem seu caráter lógico, tendo em vista que o fato de estar reparando uma *chance* do dano que deixou de ocorrer terá a mesma característica caso fosse possível a reparação direta deste.

Porém, tem-se que o próprio conceito da teoria é das chances que se perderam, assim, não há como restabelecer o *status quo ante*, de tal sorte que, ainda que, o dano pudesse ser restabelecido monetariamente, a chance não o será, havendo apenas a compensação da lesão, sendo de tal sorte, uma indenização compensatória.

Segundo Antonio L. C. Montenegro, "a indenização fixar-se-ia tendo em conta o que o objeto da chance valesse no momento da prática do ato ilícito, e não pelo que ela viesse a possuir no futuro, se tudo ocorresse às mil maravilhas"<sup>82</sup>.

Para François Chabas, o valor ressarcitório será calculado a partir do dano, retirando-se desta quantia as chances com maior probabilidades de ocorrer<sup>83</sup>.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Hector Pedro Iribane, concluindo que: "*Pero como reponer a las víctimas en la situación, en que estaban es imposible, ya que la chance perdida no puede ser corrida, se las indemniza por su equivalente, considerando que la víctima sufrió un perjuicio cierto cuyo quantum varia según que la chance perdida haya Dios más o menos grande*"<sup>84</sup>.

Assim, a indenização deve ser baseada na própria chance, considerando o provável resultado que ocorreria, caso a chance tivesse se concretizado.

Não há que se cogitar uma reparação equivalente ao benefício que provavelmente ocorreria, devendo o valor ser apurado pela chance e não pela perda, não podendo ser avaliado o dano causado, mas apenas a chance, tendo em vista que esta é comprovadamente a lesão do ofendido.

---

<sup>81</sup> CHABAS, François. *La perte d'une chance en droit français*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS em 23 de maio de 1990.

<sup>82</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. Obra citada, p. 25.

<sup>83</sup> "Si le préjudice est la perte de chances de survie, il est normal, pour calculer ce préjudice, que le juge recherche d'abord combien vaut la vie et ensuite applique à ce montant le coefficient de chances". (CHABAS, François. *La perte d'une chance en droit français*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS em 23 de maio de 1990).

<sup>84</sup> IRIBANE, Hector. Obra citada, p. 133.

O prejuízo da vítima é considerado como o evitamento do dano. Isto porque, o que será ressarcido não é a morte do paciente, por exemplo, mas sim a sua impossibilidade de sobrevivência.

A Corte de Cassação Francesa para indenizar a perda da chance, analisa o dano em sua totalidade, mas indeniza proporcionalmente à importância da chance perdida. Este cálculo não pode ser considerado como o melhor, ou que represente maior justiça, todavia é o mais adequado<sup>85</sup>, até o presente momento.

## 8. CONCLUSÃO

É indiscutível a importância da responsabilidade civil para a sociedade atual, diante de seu desenvolvimento em massa e os constantes conflitos dela decorrentes.

Dentre seus pressupostos tem-se a conduta do agente, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. Destacando-se que com a evolução da sociedade, passou-se a admitir, em casos específicos e determinados por lei, a exclusão da análise do primeiro elemento, a culpa; todavia, em regra geral, o ordenamento jurídico brasileiro exige a presença dos três elementos.

No tocante ao elemento dano, este é de suma importância para ensejar a reparação a ser realizada pelo ofensor. Trata-se dos interesses da vítima protegidos pelo direito e que tenham sido lesionados. Essa lesão deve ser certa e atual.

Por outro lado, tem-se o nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, que deve restar claramente evidenciado.

Nos casos em que existem dúvidas acerca da causalidade do dano, mas é certo que a conduta do agente ocasionou prejuízos à vítima, admite-se a indenização por perda de chances.

Esta teoria surgiu na França e vem se expandindo pelo mundo, tendo como objetivo precípuo a reparação da vítima de um dano.

Em primeiro lugar, ocorrerá uma conduta do agente, causadora da chance (também, certa e atual), restando a certeza do nexo de causalidade entre ambas.

A visão clássica do dano e o nexo causal serão analisados de forma diversa, porém em nenhum momento admite-se a indenização sem a presença destes elementos,

---

<sup>85</sup> SEGARD, Jean – François. *Responsabilite pour Faute du Medecin Generaliste*. [http:// www.Laportedudroit.com/htm/juriflash/droit\\_medical/responsabilite/civile/reponsabfaute\\_medecingnrliste1.htm](http://www.Laportedudroit.com/htm/juriflash/droit_medical/responsabilite/civile/reponsabfaute_medecingnrliste1.htm). 56K. 26 de novembro de 2001.

bem como seus próprios requisitos, que apenas serão analisados de forma diferente, considerando-se as efetivas probabilidades e não o resultado final.

Por esta razão, é possível a adoção desta teoria no ordenamento jurídico pátrio, conforme se denota da jurisprudência existente, que apesar de escassa bem demonstra os fundamentos desta teoria.

Nas situações indenizáveis por *chances* perdidas, destacam-se os casos de responsabilidade advocatícia e médica, que possuem maior incidência da matéria.

Tratam-se de condutas que não serão analisadas com o resultado final, mas sim com os meios utilizados, razão pela qual surgem dúvidas acerca do nexo causal entre o resultado final e a conduta do ofensor, porém poderá existir a certeza de que a conduta impediu que efetivas probabilidades se concretizassem. Será nesta hipótese, que se aplicará a teoria da perda de uma chance.

Por outro lado, ao admitir a possibilidade desta indenização, surge a dificuldade ao magistrado para fixação do *quantum* indenizatório.

Este valor visa compensar a vítima da chance perdida, devendo ser analisado pela probabilidade e não pelo dano em si, ou a perda ocorrida.

O caso concreto deve ser analisado com muita cautela pelo magistrado, para que seja indenizada apenas a chance que efetivamente deixou de ocorrer, excluindo-se danos hipotéticos. Ainda, o valor da indenização deverá ser correspondente a esta chance perdida, evitando o enriquecimento ilícito da vítima e a ocorrência de uma nova lesão, agora ao ofensor.

## 9. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. *Revista dos Tribunais*. v. 718. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 33-53.

BARROS, Raimundo Gomes de. Relação de Causalidade e o Dever de Indenizar. *IOB – Repertório Jurisprudencial*, n.º 23, caderno 3. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Ltda., 1998, p. 490-495.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico. *Revista dos Tribunais*, vol. 733. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 53-75.

BRASIL. Código Civil Brasileiro em vigor, publicado em 01º de janeiro de 1916.  
\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.406. Novo Código Civil, publicada em 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_ Decreto-Lei n.º 2.848. Código Penal Brasileiro em vigor, publicado em 07 de dezembro de 1940.

BUCHALA, Anna Paula e PASTORE, Karina. Nesta Etapa, A Vitória É Certa. *Revista Veja*. 06 de fevereiro de 2002, 1737. ed., ano 35, n.º 05. São Paulo: Abril, p. 64-66.

CHABAS, François. *La perte d'une chance en droit français*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS em 23 de maio de 1990.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado. *Revista dos Tribunais*. v. 667. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 07-16.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, Sergio Novais. *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance*. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 13. ed., v. 7. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

IRIBARNE, Hector. *De los Daños a la Persona*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industria, Financeira, 1995.

LOPEZ, Tereza Ancona. *O Dano Estético*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos : Materiais e Morais*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Âmbito Cultural Edições, 1992.

MORÁN, Luiz González. *La Responsabilidad Civil del Medico*. Barcelona: Jose Maria Bosch S.A., 1990.

NALIM, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade Civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996.

PEDROTTI, Irineu Antonio. *Responsabilidade Civil*. v. 1. São Paulo: Universitária de Direito Ltda, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. 1.ed, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ROSE, Marco Túlio de. *Responsabilidade Civil: Direitos do Consumidor – Deveres do Prestador de Serviços – Apuração da Responsabilidade – Nexo de Causalidade*. Cd Room. *Juris Síntese*. v. 21. São Paulo: Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 15.ed. rev. e ampl., v. 4. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*, São Paulo: Lejus, 1997.
- SEGARD, Jean – François. *Responsabilite pour Faute du Medecin Generaliste*. [http://www.Laportedudroit.com/htm/juriflash/droit\\_medical/responsabilite/civile/reponsabfaute\\_medicinrliste1.htm](http://www.Laportedudroit.com/htm/juriflash/droit_medical/responsabilite/civile/reponsabfaute_medicinrliste1.htm). 56K. 26 de novembro de 2001.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed., 4ª tiragem, 4 v. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.