

Responsabilidade pela perda de uma chance

Ana Carolina Coutinho Fontenla

Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Barra Mansa, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharelado em Direito, sob a orientação da Professora Maria Lucia Sartori Machado.

Resumo

Este trabalho tem por finalidade buscar aprofundar o estudo da responsabilidade civil pela perda de uma chance, aplicada aos casos da perda da possibilidade de alcançar um resultado esperado ou evitar um prejuízo, garantida na concepção ético-jurídica do instituto da responsabilidade civil. Trata-se de uma nova espécie de dano, com nuances de dano emergente e de dano moral, na qual a reparação se dá levando em conta a equidade ao caso concreto.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Dignidade da pessoa humana, Dano emergente e dano moral.

Sumário

Introdução. 1. Breve histórico da responsabilidade civil. 2. A responsabilidade civil na atualidade. 2.2. Pressupostos da Responsabilidade Civil. 2.3. Ação ou Omissão do Agente. 2.3.1. Culpa do Agente. 2.4. Dano. 2.5. Nexso causal. 3. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 3.1. Fatores geradores da chance perdida. 4. Tipo de dano. 4.1. Valoração Econômica da Indenização. 4.2. Situações de aplicação da teoria no exercício da advocacia. Considerações Finais. Bibliografia.

Introdução.

Neste trabalho abordar-se-á o ciclo evolutivo da responsabilidade civil, fundada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tornando possível o surgimento de novos tipos de indenização.

O caráter inovador da Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance

veio demonstrar que estudiosos e aplicadores do direito encontram novos desafios para atender as demandas do homem moderno.

A vítima que em determinadas situações sofre uma agressão tem a tarefa difícil e em alguns casos até impossível de comprovar o nexo causal entre a conduta lesiva e o dano, ficando muitas vezes sem conseguir sua reparação. É aí que entra a adoção da nova visão vinda com a teoria da perda de uma chance, que passa a responsabilizar de alguma forma o autor do fato, ainda que incerto o resultado final.

Passando a ser considerado então, o dano no momento em que a chance foi perdida, e não mais se relacionando com o resultado final, este incerto, levando em consideração que é muito difícil provar com certeza que a pretensão final seria alcançada.

1. Breve histórico da responsabilidade civil.

Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.

Sucedendo a vingança coletiva, surge a reação individual, regida pela Lei de Talião, nessa época o dano provocado por alguém era rapidamente reparado, pois desencadeava uma reação imediata do ofendido com as próprias mãos, de modo natural e espontâneo. Dominava a vingança privada, regulada pela Lei das XII Tábuas (em 450 a.C.).

A partir do período de Talião segue a explanação de outras fases históricas da responsabilidade civil: as composições legal e voluntária, e a reparação pelo Estado.

Na composição legal, a punição se dava por meio da lei escrita. Punia-se timidamente a ofensa física perpetrada contra a vítima, prevista no Código de Hammurabi (em 1.750 a.C.). A vingança pessoal passou a ser amparada pela lei escrita.

A composição voluntária, prenunciada no Código de Manu (entre 1.280 a 880 a.C.), consistia na superação da vingança privada. Está presente na primeira codificação das leis e costumes hindus, onde a vítima recebia uma importância em dinheiro ou outros bens.

Mais tarde surgiu a Lex Aquilia (em 286 a.C.) com raízes no Direito Romano, “na qual se atribui a origem do elemento “culpa”, como fundamental na reparação do dano”. O elemento culpa foi introduzido em oposição ao objetivismo do direito primitivo, como se viu no período de Talião.

Com efeito, a história nos mostra que o Código de Hammurabi, a Lei das XII Tábuas,

o Código Napoleônico (onde a responsabilidade civil passou a ter como fundamento a culpa²), enfim, todos os ordenamentos jurídicos que nos antecederam, foram importantes cada qual a sua época para disciplinar as relações entre os homens. Entretanto, apesar das variadas formas de reparar o dano, as quais em alguns casos eram cruéis a ponto de levar o agressor a pagar a ofensa com a própria vida (Código de Hammurabi), o que se buscava era aplicar a justiça, a fim de dar uma resposta a vítima e aos membros do grupo social.

Atualmente, fazendo uma análise histórica do surgimento e da evolução do instituto da responsabilidade civil, observa-se que a sua evolução foi constante e extremamente necessária, vez que, com os diversos aprimoramentos que o legislador foi realizando ao longo dos anos, buscou abarcar as mais diversas formas de aplicação da justiça, criando mecanismos para disciplinar a reparação dos danos provenientes dos conflitos entre os homens, como maneira de evitar a punição desmedida, a vingança e consequentemente o caos social.

2 A responsabilidade civil na atualidade.

2.1. Conceito de Responsabilidade Civil.

Sabe-se que desde as antigas civilizações, há a busca pela reparação dos danos ao lesado. É através da responsabilidade civil que se busca dar resposta justa à pessoa que experimenta um dano, quando seu direito é atingido por determinado evento, buscando junto ao agente lesionante a reparação dos prejuízos sofridos.

2.2. Pressupostos da Responsabilidade Civil.

Quando se pergunta sobre os pressupostos da responsabilidade civil, podemos destacar a resposta estampada no art. 186 do Código Civil.

Desta maneira, para que um indivíduo possa ser responsabilizado por um dano, é preciso a presença de quatro pressupostos, os quais são: 1) ação ou omissão voluntárias do agente; 2) culpa do agente; 3) dano causado a terceiro; 4)nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo sofrido pela vítima.

2.3. Ação ou Omissão do Agente.

Com relação ao requisito da ação ou omissão do agente, ensina Diniz:

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p.10- 11.

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o ato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.³

No entanto, para que haja responsabilidade civil, não é necessário que a ação tenha sido praticada exclusivamente pelo agente, podendo ser praticada por um terceiro que esteja sob sua responsabilidade. O cerne da questão, para que possa ser imputada responsabilidade ao agente ou seu responsável legal, consiste no fato da ação ou omissão atingir um bem jurídico alheio.

2.3.1. Culpa do Agente.

A culpa, conforme explicações de Stoco, apresenta outras modalidades, sendo elas: *culpa in eligendo* que é a oriunda da má escolha do representante ou do preposto; culpa in vigilando aquele proveniente de ausência de fiscalização por parte do patrão, quer em relação aos empregados ou à própria coisa; *culpa in committendo*, quando o agente pratica ato positivo (imprudência), enquanto a *in omittendo* decorre de abstenção (negligência); ainda, relativamente aos modos de apreciação, podemos ter a culpa in concreto sendo aquela em que o agente falta à diligência que as pessoas são obrigadas a empregar nas próprias coisas; e a *culpa in abstracto* onde ao agente falta àquela atenção que um homem atento utiliza para administrar os seus negócios, aplicando a inteligência dotada pela natureza.⁴

Para Venosa, referindo à doutrina tradicional, a culpa também apresenta três graus, podendo ser grave, leve e levíssima.

Concluindo, estando presente a culpa, um dos requisitos para o dever de indenização ante o dano causado pelo agente, encontra-se estampado.

2.4. Dano.

Nas palavras de Stoco, “[...] não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano efetivo. O dano que interessa ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui o requisito da obrigação de indenizar.”⁵

Ao falar-se em dano inicialmente para muitos apenas surge a idéia de dano

3 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.v.7. p. 39

4 STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 67.

5 STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 653.

patrimonial.

Um dos principais pressupostos para a configuração da responsabilidade civil é a configuração do dano. Dentre as várias classificações do dano, destaca-se: o dano moral, o dano patrimonial, este subdividido em duas modalidades: dano emergente e lucros cessantes e por último dano estético.

A exemplo dos outros danos, o dano moral, acarreta também um prejuízo à pessoa, pode-se dizer que é representado pela violação de direitos da personalidade, fruto da conduta do agente.

Rizzardo, citando Gabba, enfatiza que “o dano moral ou não patrimonial é o dano causado injustamente a outrem, que, não atinja ou diminua seu patrimônio”.

Sobre os critérios de reparação e liquidação do dano moral, Moraes diz que:

[...] os critérios de reparação têm sido basicamente a reprovação da conduta, isto é, a gravidade ou intensidade da culpa do agente, a repercussão social do dano, as condições sócio-econômicas da vítima e do ofensor [...]. Frequente, ainda é a advertência no sentido de que, embora a indenização pelo dano moral deverá ser a mais ampla possível, não deve chegar ao extremo de gerar um enriquecimento sem causa ou constituir fonte de lucro para a vítima [...] a liquidação fica ao arbítrio do juiz, não estando ele adstrito a qualquer limite legal ou tarifa pré-fixada.⁶

Pode-se observar então que a mensuração e caracterização do dano moral, diferente dos demais danos, é mais complexa, pois está afeto ao ânimo da vítima, que envolve questões psicológicas das pessoas, ficando mais difícil sua avaliação, uma vez que cada indivíduo apresenta reação diversa diante dos acontecimentos cotidianos, ou seja, o que para alguns acarreta algum tipo de sofrimento, para outros, é tratado como uma questão normal, não acarretando prejuízo algum.

O dano patrimonial acarreta à vítima também um prejuízo, uma vez que é representado por uma diminuição ou deterioração, parcial ou total de seu patrimônio.

O dano patrimonial ao contrário do dano moral pode ser avaliado mais facilmente, ou seja, o valor da indenização pode ser alcançado pela avaliação da redução patrimonial arcada pela vítima. A partir daí, se alcança o valor que o agressor terá que repor ao patrimônio daquele que sofreu agressão. Na maioria das vezes, a reparação, dá-se pecuniariamente, uma vez que em alguns casos torna-se impossível restituir a coisa no estado em que se encontrava antes do dano.

6 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 162.

Com relação à identificação do dano, no entanto, enquanto no dano moral não é necessária a prova de sua ocorrência para que haja a configuração da responsabilidade civil, bastando a própria violação à personalidade da pessoa agredida, no dano patrimonial, é exigida a comprovação concreta de que o prejuízo se efetivou em relação à vítima, a fim de que se possa responsabilizar civilmente o agressor.⁷

Os lucros cessantes representam o que a vítima não lucrou, ou seja, aquilo que deixou de ganhar motivada pelo dano sofrido, ao contrário do dano emergente que é representado por aquilo que a vítima efetivamente perdeu quando da ocorrência do evento danoso.

Por fim, no que diz respeito ao dano estético pode-se dizer que este se caracteriza a partir de uma lesão física de caráter permanente ou duradouro.

O dano estético, então, refere-se a qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência de uma pessoa, acarretando-lhe alteração morfológica, sendo causa de humilhações e desgostos, vindo a ocasionar-lhe uma dor moral. Não se quer dizer com isso, que o dano estético é somente aquele que deixa a fisionomia da pessoa totalmente irreconhecível. No caso da responsabilidade civil, necessária apenas que a pessoa tenha sido alvo de transformação deixando de apresentar as características físicas que tinha anteriormente ao evento danoso, ou seja, numa comparação entre o ontem e o hoje, ocorreu uma alteração para pior.

Desta feita, quando da quantificação do dano estético deve-se contextualizar a realidade vivenciada pela vítima, a fim de que os parâmetros avaliativos possam vir a ressarcir efetivamente os prejuízos arcados pelo ofendido.

2.5. Nexo causal.

O nexo causal é a ligação existente entre a conduta do agressor e prejuízo arcado pela vítima, ou seja, “[...] é o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável”.⁸

Assim, pode-se dizer que, em não havendo o elo entre a conduta do agente e o dano suportado pela vítima, não há que se falar em responsabilidade civil, tendo em vista que o nexo causal é elemento indispensável para que se possa buscar a reparação.

7 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil- abrangendo os códigos de 1916 e 2002. 4 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 3, p. 41.

8 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 4. p. 36.

3. Responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Com a evolução do instituto da responsabilidade civil, surgiu a teoria da perda de uma chance, que começou a ser reconhecida na França, com uma corrente jurisprudencial no início dos anos 60, conhecida como *perte d'une chance*.

A teoria francesa *perte d'une chance* significa a probabilidade de obter um lucro ou evitar uma perda. Tratava no início de situações envolvendo os profissionais de medicina, e com o passar do tempo, foi estendendo-se para outras áreas profissionais.

Baseada na garantia da dignidade da pessoa humana, permitindo alargar os casos de indenização, pois há uma preocupação cada vez maior com a vítima, requerendo instrumentos jurídicos que visem tutelar essa nova exigência social e a indenização pela perda de uma chance é o efeito disso.

No Brasil a teoria começou a ganhar fôlego ainda timidamente, sendo quase desconhecida pela maioria dos advogados, que a invocam raramente e os juízes que ainda mais raramente a reconhecem; a resistência por parte dos juízes no reconhecimento da teoria é sob a justificativa de tratar-se de situações em que o dano é incerto.

Vamos enunciar primeiramente antes da definição da teoria o quem vem a ser o termo “chance”. O termo chance seria a oportunidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. Utilizaremos a expressão perda de uma chance no sentido mais condizente com a jurisprudência e doutrina que seria a perda de uma oportunidade.⁹

Quanto ao conceito da perda de uma chance seria a constituição do dano em si mesmo, no entanto o qual é difícil de ser avaliado, pois ocorrendo a perda de uma oportunidade é difícil a recolocação da vítima na mesma situação em que ela se encontrava, devendo então ser indenizada pelo equivalente ao prejuízo sofrido, cujo valor irá variar de acordo com a probabilidade de ser maior ou menor a chance perdida.¹⁰

Ao falarmos de chance estamos diante de situações que ainda estão em curso, da oportunidade da obtenção de algo futuro benéfico. Perda de chances para efeitos de responsabilidade civil é o processo interrompido por certo fato antijurídico e, devido a isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. A chance perdida pode ser traduzida na decepção da oportunidade da obtenção de uma vantagem, que devido a isso poderá nunca

9 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3.

10 Ibidem.

mais ocorrer, como na possibilidade de se evitar um dano que depois se verificou por isso.¹¹

No primeiro caso temos a frustração de um processo vantajoso que estava acontecendo, podemos falar na perda de uma chance da obtenção de vantagem futura; no segundo caso não houve a interrupção e sim a frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido, em que temos um dano presente. A perda da chance mostra um dano que será reparável quando houver a reunião dos pressupostos da responsabilidade civil; será exigida em especial a culpa do agente quando se trata de responsabilidade subjetiva e será dispensada quando a responsabilidade for objetiva.¹²

O foco deixou de ser o resultado final alcançado, passando a ser a chance perdida de auferir um ganho ou evitar um prejuízo. Esta teoria somente é utilizada porque a vítima está incapacitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada. Por exemplo, o cliente não consegue provar o nexo causal entre a ação ou omissão do seu advogado e a improcedência da demanda.

Como saber se o autor realmente venceria a causa? É uma hipótese em que há uma incerteza quanto à existência ou não do dano, configurando uma probabilidade suficiente da existência da oportunidade do agente alcançar determinado resultado. São possibilidades de vantagens ou perdas cuja obtenção não decorre exclusivamente da conduta da vítima, pois estão submetidas a situações aleatórias. É exatamente o exemplo da perda de uma chance pelo cliente.¹³

É uma modalidade especial de prejuízo, que depende para sua configuração de certos requisitos: a culpa do agente; um bem perdido; a inexistência do nexo de causalidade entre esse prejuízo e a culpa, pois essa defecção no patrimônio da vítima poderia ocorrer de qualquer modo.¹⁴

Para que haja a reparação é indispensável que a chance perdida seja “real e séria”: se for, haverá a obrigação de indenizar; se tiver caráter meramente hipotético, não¹⁵. Seu limite é encontrado no caráter da certeza que deve apresentar o dano reparável. Para que uma demanda seja julgada procedente, a chance perdida deve ser muito mais que uma simples

11 NORONHA, Fernando. Responsabilidade pela perda de uma chance. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 6, n. 23, p. 30. jul/set.2005.

12 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007, p.137.

13 RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: lei n.10.406. De 10.01.2002. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense,2006. p. 352.

14 RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: lei n.10.406. De 10.01.2002. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense,2006. p. 352.

15 NORONHA, Fernando. Responsabilidade pela perda de uma chance. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 6, n. 23, p. 28. jul/set.2005.

esperança subjetiva. Os critérios mais utilizados pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto passíveis de indenização são a seriedade e a realidade, portanto indenizáveis, dos danos eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada.¹⁶

Se restar comprovada que a possibilidade frustrada é incerta e meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de oportunidade. A perda de uma chance veio então criar a probabilidade da parte que foi ofendida buscar a reparação do dano sofrido perante o agressor, cujo ato lesivo fez com que a vítima ficasse impossibilitada de alcançar uma vantagem ou pudesse evitar um possível prejuízo. Há, portanto, uma diferença entre o resultado final que havia sido perdido e a possibilidade de consegui-lo.¹⁷

Não há unanimidade do direito brasileiro acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Para a valoração da chance perdida 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 inegável. O valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade. A chance do lucro terá sempre um valor menor que a futura vitória, que refletirá no momento da indenização. Já a quantificação do dano deve ser feita de maneira equitativa pelo juiz, partindo do dano final e fazendo incidir sobre o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.¹⁸

Para que se possa realmente apurar o valor da indenização, dependerá do grau da probabilidade que havia de ser alcançada, a vantagem que era almejada, do grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado.¹⁹

Neste sentido, dispõe o artigo 944 do Código Civil:

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

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

16 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007, p.134.

17 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 4. p. 184.

18 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.63.

19 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 4. p. 184.

3.1. Fatores geradores da chance perdida.

Conferir as hipóteses em que a chance perdida vai ser estimada juridicamente indispensável a ponto de provocar o direito ao ressarcimento para a vítima. A relação social tem o caráter de jurídica, quando há uma série de relações na convivência social que passam a ser reguladas por normas jurídicas, pois há um processo em andamento, com uma série de atos relacionados e condicionados entre si, surgindo assim um conjunto de direitos e deveres que existe e se desenvolve em relação a um determinado objetivo.

Francisco Amaral diz que as relações jurídicas nascem dos fatos jurídicos, e deles constituem sua eficácia.

Na chance pura e simples, há uma expectativa de fato, pois ela existe apenas na esperança de adquirir bem material ou espiritual de interesse do titular da chance e por si só não possui relevância jurídica, porém quando há a perda da chance ocorre a configuração de um direito subjetivo, porque concede a vítima o direito à indenização, independe de um requisito legal ou fato específico para que seja configurada. A pretensão da vítima é garantida pela ordem jurídica de exigir a reparação da lesão de outro sujeito, tendo em vista o dano que é um direito subjetivo existente na situação da perda da chance.

4. Tipo de dano.

A questão agora é colocada em uma posição em que temos que situar a perda de uma chance nas modalidades de dano emergente, lucro cessante e dano moral, a fim de permitir uma correta aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, com reflexos importantes na liquidação do dano.

O artigo 402 do Código Civil estabelece que:

“As perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

O verdadeiro significado de perdas e danos é o dano emergente, ou seja, aquilo que a vítima efetivamente perdeu. O lucro cessante não abrangido pela terminologia “perdas e danos”, representa o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar.²⁰

20 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 272.

O dano moral, como estudado em linhas anteriores, deve ser visto como uma agressão à dignidade da pessoa humana, tendo como paradigma o cidadão, o qual não se coloca distante demais das situações da vida e nem com extremada sensibilidade. Ressalta-se que o julgador ao configurar o dano moral precisa trilhar a lógica do razoável.

A frustração da chance ocorre quando o processo que estava em curso foi interrompido pela conduta ilícita do agente, sendo impossível afirmar que, sem a interrupção, o resultado em expectativa aconteceria necessariamente²¹.

Ou seja, na chance perdida, existe a frustração de uma vantagem futura ou de evitar provável prejuízo.

Quando há a afirmação de que o resultado futuro aconteceria com certeza, se não houvesse a suspensão do curso causal, ou de que o prejuízo seria necessariamente evitado, se o curso causal tivesse sido interrompido estaria diante de hipóteses de lucro cessante e dano emergente, sem afastar a probabilidade do dano moral.

A melhor solução é admitir a perda de uma chance como uma nova espécie de dano, na qual se utilizam elementos das chances de dano material emergente e de dano moral, dependendo de cada caso concreto, ressaltando que tais elementos se dirigem a expectativa, a frustração da possibilidade, da probabilidade, de obter o resultado desejado ou impedir prejuízo verificado.

Não há como negar a possibilidade de cumulação dos efeitos para título de indenização, visto o disposto no texto constitucional, art. 5º, inciso V, que assegura o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem.

4.1. Valoração econômica da Indenização.

Para a apuração do valor da chance, cuja perda resultou em prejuízo material, é preciso apurar o valor do resultado que estava em expectativa e depois fazer um cálculo baseando-se na probabilidade, de percentagem sobre o valor do dano total que a vítima teria, se a vantagem desejada se concretizasse.

Na reparação do prejuízo moral, leva-se em conta a carga de compensação e de pena privada, da qual os julgadores não podem se afastar. Não é fácil, pois se de um lado, busca-se a indenização mais completa possível; por outro não pode tornar-se fonte de lucro indevido. É preciso julgar a equidade do concreto.

21 NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: Introdução à responsabilidade civil: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.669.

No que toca a responsabilidade civil, dispõe o artigo 927 do Código Civil que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, não se podendo excluir o prejuízo da chance perdida.

4.2. Situações de aplicação da teoria no exercício da advocacia.

Para analisar a responsabilidade de um advogado, é necessário apurar se houve culpa ou não no exercício das funções do profissional para justificar o dever de qualquer espécie de reparação.

Neste caso a responsabilidade civil pela perda de uma chance foi pode ser tratada como dano moral, independente da utilização de qualquer critério para apuração da indenização, o importante é que demonstre o acolhimento da teoria pela instância superior.

É necessário lembrar que nem toda a chance perdida pelo cliente pode se caracterizar como perda de uma chance. Não se vislumbrando desta forma a possibilidade de indenizar situações meramente hipotéticas.²²

Cabe ressaltar que não se configurou neste caso a perda de uma chance devido ao fato da parte não ter demonstrado interesse no preparo do recurso, como a possibilidade de buscar o atendimento de outra forma da pretensão, não foi configurada hipótese passível de aplicação da teoria da perda de uma chance.

Considerações Finais.

Com a constante evolução do mundo, há novas descobertas científicas, novas tecnologias que trazem benefícios incalculáveis para a sociedade, porém em contrapartida o cidadão fica mais frágil aos seus efeitos lesivos, surgindo então diante da lesão o dever de reparar.

Buscou-se demonstrar com o presente estudo monográfico, a evolução do instituto da responsabilidade civil, que durante muito tempo não teve como atender as pretensões da vítima devido a impossibilidade de comprovação do nexo causal entre a conduta do agente causador da ofensa e o dano propriamente dito.

Como consequência da evolução do instituto da responsabilidade civil foi criada a teoria da perda de uma chance, que veio acompanhando as mudanças que foram ocorrendo na

22 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº70015951239. Relator:Des. Paulo Roberto Felix 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 07 março de 2011.

sociedade, evoluindo seu alcance e buscando em sua aplicabilidade a reparação dos danos causados a vítima.

Com o advento da Constituição brasileira de 1988, a vítima passa a ter um papel importante dentro da responsabilidade civil, buscando sempre a dignidade da pessoa humana, a justiça e a solidariedade, assegurando assim o dever de ressarcir até objetivamente, levando em conta até mesmo o risco da atividade, sem medir a culpa do ofensor, de acordo com o artigo 927 do Código Civil de 2002.

Há uma nova visão do instituto que dá uma proteção ainda mais ampliada a vítima, fugindo do conceito tradicional do instituto. Em síntese há o dever de indenizar a vítima que perde uma oportunidade por uma conduta lesiva de terceiro, em se tratando de uma chance real e séria, levando em conta que o resultado final favorável era passível de ter ocorrido, ou se poderia ser evitado o fato pela trajetória danosa do agente.

A teoria é considerada uma resposta, um novo caminho para o instituto da responsabilidade civil, como uma resposta àquelas situações em que há vítima tem dificuldade em comprovar o nexo causal entre a conduta do agressor e o dano final.

Apesar de haver muitas divergências na aplicação da teoria, os que são contrários dizem que não há como se prever qual seria o resultado final do caso, a maior parte da doutrina diz que não está mais se discutindo aquele resultado, uma vez que o dano já se configura no momento em que o cliente perde a chance de ter o regular prosseguimento do processo. Não há a certeza no resultado final da ação, é a perda da chance em si, que deve ser fruto de reparação, nada mais.

Para a valoração do prejuízo material é utilizado o valor do resultado final, dividido pelas oportunidades da chance perdida, levando em conta que o dano extrapatrimonial não será integral, pois não há como reparar mais do que pelo dano foi desfalcada a vítima, devendo sempre o julgador observar o limite da proporcionalidade e da razoabilidade, na reparação do prejuízo pela perda de uma chance.

O que interessa é que independente da definição e do grau de probabilidade na aplicação da teoria, estando a mesma em discussão, já demonstra um avanço na preocupação do estudioso e do aplicado do direito com uma reparação cada vez mais integral dos prejuízos arcados pela vítima, procurando uma resposta concreta e efetiva do instituto da responsabilidade civil para com as novas realidades advindas da vida em sociedade, baseada na função protetiva do Direito que deve ser cada vez mais abrangente e solidarizada.

Bibliografia.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21ª edição. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. Volume 7.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**, 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004 .

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª edição. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 98.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: Introdução à responsabilidade civil**: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

VADE mecum. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788.459**. Relator: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 8 de novembro de 2005. [2006]. Disponível em: <<http://WWW.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=788459&&b=ACORD&p=&1=10&i=1>>> Acesso em 22 março de 2011.

Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70018800425**. Relator; Des. Paulo Roberto Felix. 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://WWW.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 07 março de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70015951239**. Relator: Des. Paulo Roberto Felix. 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 22 de março de 2011.