Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.10, 2023
ISSN 2178-6925

PERDA DE UMA CHANCE: ASPECTOS QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO PROVENIENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

LOSS OF A CHANCE: ASPECTS OF THE LEGAL NATURE OF COMPENSATION ARISING FROM CIVIL LIABILITY

Djhórdan Gomes de Souza Nascimento

Graduando em Direito, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil

E-mail: djhordangomes87@gmail.com

Jakeline Martins Silva Rocha

Mestra, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil

E-mail: jakelinemsrocha@yahoo.com.br

RESUMO

O presente trabalho científico versa sobre a análise da responsabilidade civil aplicada com fundamento na teoria da perda de uma chance. Essa modalidade de dano é reconhecida e adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, todavia, não existe atualmente um entendimento consolidado que define a natureza jurídica desse instituto. Ao final dessa pesquisa, será possível compreender melhor como essa modalidade de dano vem sendo aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e qual é o entendimento majoritário da natureza jurídica deste instituto. A metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente artigo científico é a pesquisa bibliográfica, extraindo informações de livros físicos, livros eletrônicos, artigos científicos, monografias, revistas, enunciados de direito civil e julgados no Brasil acerca do tema.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Indenização. Perda de uma Chance.

ABSTRACT

This scientific research analyzes civil liability based on the theory of loss of a chance. This category of damage is recognized and adopted by the Brazilian legal system,

however, there is currently no consolidated understanding that defines the legal nature of this institute. At the end of this research, it will be possible to better understand how this type of damage has been applied by the Court of Justice of the State of Espírito Santo and what is the majority understanding of the legal nature of this institute. The methodology used to develop this scientific article is bibliographical research, extracting information from physical books, electronic books, scientific articles, monographs, magazines, civil law enunciations and judgments in Brazil on the subject.

Keywords: Civil liability. Compensation. Loss of a Chance.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Civil é um ramo do Direito Privado que versa sobre as relações humanas, sejam elas entre pessoas físicas ou jurídicas. Essas relações estão presentes na vida do ser humano desde o seu nascimento até após a sua morte.

Essa é uma área bastante ampla e compreende diversos institutos, e um desses é a responsabilidade civil, a qual pode se dar de modo contratual ou extracontratual, e que consiste na obrigação de indenizar um dano sofrido por outrem (Diniz, 2020, p. 62). Ou seja, esse instituto tem como finalidade determinar se uma pessoa possui, ou não, a responsabilidade pelo dano que alguém sofreu. Essa responsabilidade pode ser objetiva - quando há uma conduta (ação ou omissão), dano e nexo de causalidade, não havendo a necessidade de comprovar que o agente possui culpa - ou pode ser subjetiva, contendo os mesmos requisitos, mas que exige a comprovação de culpa do agente causador do dano. Uma vez comprovada a responsabilidade civil do agente, surge, então, a obrigação pela reparação desse dano (Diniz, 2020, p. 283).

Para a reparação civil, existem algumas modalidades previstas no ordenamento jurídico, e a aplicação destas está ligada diretamente com a natureza do prejuízo. Nesta pesquisa falar-se-á sobre reparação civil com base na teoria da perda de uma chance, que é uma modalidade revolucionária de dano, a qual versa sobre a perda de uma oportunidade futura, séria e real.

A natureza desse instituto não possui uma definição consolidada para a sua aplicação, e existem posicionamentos divergentes. Alguns entendem que esta trata-se de uma espécie de lucro cessante (que consiste no que a pessoa deixou de receber

ou lucrar em razão de um ato ou evento danoso); de dano emergente (que trata-se da reparação pelo prejuízo direto); de dano moral (ofensa aos direitos da personalidade); e dano autônomo - uma espécie diferente e independente das demais já existentes (Diniz, 2020, p. 289-292).

Uma vez que o Direito é uma área bastante ampla e que dá a possibilidade de abrir diversas discussões, ante a ausência de uma definição consolidada da natureza jurídica da indenização pela perda de uma chance que permita a sua melhor aplicação, faz-se de suma importância entender como essa modalidade de dano vem sendo aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e qual é o entendimento majoritário quanto à sua espécie.

Para desenvolver o presente trabalho científico se fez necessário utilizar como metodologia a pesquisa bibliográfica, tendo como fonte de informações livros físicos, livros eletrônicos, artigos científicos, monografias, revistas e principalmente enunciados de direito civil e julgados no Brasil acerca do tema. Além disso, a análise será feita dentro dos últimos três anos para entender como tem sido o entendimento atual.

2. ORIGEM HISTÓRICA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

De origem francesa, *la perte d'une chance* é uma modalidade de dano que ganhou força no final do século XIX, em uma decisão da Corte de Cassação da França, ganhando proporções no Reino Unido, de modo que posteriormente passou a ser reconhecida também pelo ordenamento jurídico brasileiro (Da Silva; Dias, 2016).

Tem-se que o caso mais antigo registrado da aplicação dessa teoria se deu em 17 de julho de 1889, onde a Corte já mencionada concedeu o direito a um demandante em ser indenizado em razão da perda da oportunidade de lograr êxito em um pleito jurisdicional, por culpa do auxiliar de justiça, que por suas condutas, gerou como consequência o insucesso da ação proposta pelo requerente (Sanseverino, 2020, *apud* Brandão; Cândido Da Cruz, 2021). Desse modo, o julgamento ganhou bastante visibilidade e ficou conhecido como *Chambre de Requêtes* (Higa, 2011).

Já na primeira metade do século XX, mais especificamente em 1911, na Grã-Bretanha, houve outro caso em que se aplicou a teoria em apreço, era um concurso de beleza para aspirantes a atrizes. A princípio, havia 12 prêmios a serem distribuídos,

de modo que o provedor do concurso, Sr. Hicks, fez uma divisão no país em 10 distritos, publicou a foto das participantes nos jornais e, via procedimento eleitoral, os leitores fizeram as votações (Brandão; Cândido Da Cruz, 2021).

Findo os votos, o Sr. Hicks marcou um encontro com as finalistas para a realização de uma audição e então selecionou as premiadas. A Sra. Chaplin foi a mais votada em seu distrito, de modo que foi convocada para comparecer ao encontro final no Teatro de Artes Técnicas de Londres, o Aldwich Theatre, às 16h do dia 06/01/1909. Ocorre que, por um equívoco, enviaram a carta para um endereço totalmente distinto, sendo somente depois encaminhada corretamente, mas já no dia em que deveria comparecer. Em razão deste erro, o apresentador foi condenado a indenizar a participante, eis que não havia proporcionado à requerente a oportunidade de realizar a audição (Brandão; Cândido Da Cruz, 2021). Um dos juízes sustentou que a candidata possuía 25% de chances de ganhar um dos prêmios ofertados, de modo que essa porcentagem foi utilizada para fixar a indenização.[1]

Com o passar do tempo, essa teoria foi ganhando ainda mais força, tendo ocorrido vários julgamentos que a tomaram como base para fixar indenização. Voltando à França, agora no ano de 1965, um outro caso surge, tratava-se de um médico que virou réu em uma ação por erro na realização de um parto, ele foi condenado em razão da perda de 80% de chances que uma gestante tinha de sobreviver depois de ter sofrido com uma hemorragia, chance essa perdida pelo profissional não ter tomado todos os cuidados devidos (Wanderley, 2012).

No Brasil, o Estado do Rio Grande do Sul foi o responsável por dar início à adoção da teoria, tendo o primeiro caso sido julgado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 1990, onde o Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior foi o relator. Embora a parte apelante tenha arguido a aplicação da perda de uma chance, os julgadores afastaram a teoria. A partir de então, registra-se a chegada da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, com a seguinte ementa:

> RESPONSABILIDADE CIVIL.MÉDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORREÇÃO DE MIOPIA, RESULTADO NEVOA NO OLHO OPERADO E

[1] WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha. **A perda de uma chance como uma nova espécie de dano.** ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano III, nº 8, p. 76-86, jul/dez. 2012 Disponível em: https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima8/4-A-Perda-de-uma-Chance-como-uma-Nova-Especie-de-Dano-Indenizavel.pdf. Acesso em: 24 jul. 2023.

> HIPERMETROPIA, RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NÃO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E DE INDENIZAR POR PERDA DE UMA CHANCE. (APELAÇÃO CIVIL N:589069996, QUINTA CÂMARA CÍVIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, JULGADO EM 12/06/1990).

Conforme o relatório da apelação, a parte autora ajuizou ação indenizatória em razão do prejuízo que sofreu com o insucesso da cirurgia refrativa (ceratotomia radial), ocorrida em 31/07/1987. O procedimento foi realizado no olho direito para a cura da miopia que se encontrava em grau 4.00, todavia, após a cirurgia, a paciente desenvolveu hipermetropia de grau 2.00, havendo ainda cicatrizes radiais na córnea, com invasão do campo ótico, o que acarreta distúrbios e deformações.[2]

A ação foi julgada improcedente na primeira instância por não ter a parte autora comprovado a culpa do médico, razão pela qual interpôs recurso de apelação no Egrégio TJRS. Em análise da perícia produzida nos autos, os desembargadores entenderam que houve erro técnico na intervenção cirúrgica, com má avaliação dos dados considerados obrigatórios para a realização da cirurgia. Foi constatado que o uso de colírio seria suficiente para fazer a correção e dar um resultado mais satisfatório, mas o profissional deixou de aplicá-lo depois de 20 dias da realização da cirurgia, de modo que houve culpa exclusiva do apelado.

O recurso de apelação foi julgado procedente para conceder à parte apelante o reembolso pelas despesas com a cirurgia, com a nova operação para reduzir a miopia e a hipermetropia, bem como indenização pelo dano à saúde da paciente. Embora a teoria da perda de uma chance tenha sido reconhecida, os julgadores não entenderam que esta seria aplicável no caso em apreço, sob a justificativa de que na perda de uma chance não há laço de causalidade entre o resultado e a culpa do agente, diferentemente dos fatos expostos no processo.

Desse modo, ainda que a teoria não tenha sido aplicada, o presente julgado inaugurou a sua entrada no ordenamento jurídico brasileiro, pelo simples fato de reconhecer que poderia ser utilizada se o caso atendesse aos critérios estabelecidos para tal.

---

[2] LENSCOPE. **Diferença entre miopia, hipermetropia e astigmatismo.** São Paulo, 2021. Disponível em: https://lenscope.com.br/blog/diferenca-entre-miopia-hipermetropia-e-astigmatismo/#:~:text=Em%20resumo%2C%20a%20diferen%C3%A7a%20entre,de%20perto%2C%20quanto%20de%20longe. Acesso em: 30 jul. 2023.

3. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL DA PERDA DE UMA CHANCE

A perda de uma chance é uma teoria que consiste em indenizar um dano em razão de uma oportunidade perdida, desde que ela seja séria, real e atual. Aplica-se quando uma oportunidade futura ocorreria, mas que por um ato ilícito, teve o seu curso normal interrompido (Mariano, 2011).

Conforme Gonçalves (2022, p. 312), a mera possibilidade não é passível de indenização. A teoria só pode ser aplicada se o dano for real, atual e certo, dentro de um prejuízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porque o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra não é indenizável.

O agente que deu causa ao dano não é responsabilizado pelo prejuízo direto, mas sim pelo fato de ter tirado de alguém a oportunidade de obter vantagem futura. Sendo assim, nota-se que a indenização se dá pela perda da possibilidade de se alcançar a vantagem, e não pela perda da vantagem em si. Para a configuração dessa teoria, é necessário que estejam presentes os seguintes elementos: a conduta do agente; o resultado perdido; e o nexo de causalidade (Mariano, 2011).

Segundo Mariano (2011), o nexo de causalidade precisa existir entre o fato interruptivo do processo e a perda da vantagem pretendida. Desse modo, será possível vislumbrar que houve a interrupção do processo que estava em curso por um fato ilícito, e que em razão disso, não foi possível alcançar o resultado pretendido.

Outrossim, existe ainda a perda de uma chance de evitar um prejuízo futuro, além da perda da oportunidade de obter uma vantagem futura. Enquanto na segunda hipótese o ato ilícito interrompe o processo de um objetivo almejado, na primeira hipótese o ato ilícito configura-se pelo fato do curso de um prejuízo não ter sido interrompido, quando poderia ter sido (Mariano, 2011). Em síntese, a perda de uma chance de evitar um prejuízo futuro se dá pela omissão do agente, enquanto a perda da vantagem futura se dá por uma ação ilícita.[3]

Apesar de haver divergência quanto à natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, há um entendimento majoritário sobre o valor da indenização. De acordo

[3] NORONHA, Fernando de. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 676

com Gonçalves (2022, p. 311), conforme melhor doutrina, a indenização da chance perdida será sempre inferior ao valor do resultado útil esperado.

Conforme já exposto, atualmente não existe um entendimento consolidado sobre a natureza da indenização proveniente da teoria da perda de uma chance. Não obstante, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece este instituto e têm aplicado-o com base nos artigos dispostos no Código Civil de 2002, mais especificamente nos artigos 186 e 927.

> [...]
>
> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> [...]
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.
>
> [...]

Apesar disso, alguns doutrinadores não admitem a indenização pela perda de uma chance, afirmando que essa teoria encontra óbice no artigo 403 do Código Civil:

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

Em análise dessa perspectiva, entende-se que a perda de uma chance não teria um caráter efetivo, haja vista que não existe uma certeza quanto à então esperada vantagem que seria obtida futuramente. Sendo assim, de forma bem sintetizada, a perda de uma chance repousaria na perda da oportunidade de obter aquela vantagem esperada e não na vantagem perdida em si (Santos, 2014, p. 23).

Desse modo, nota-se que existem previsões legais que podem ser interpretadas tanto positivamente (artigos 186 e 927 do Código Civil), quanto negativamente (artigo 403 do Código Civil) em relação à teoria em apreço. Portanto, resta evidente que há embasamento legal o suficiente para fazer analogia e nortear a sua aplicação.

5. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS

Busnello e Wenrich (2013, *apud* Cavalieri Filho, 2010, p. 79-80) fala abertamente acerca da natureza desse instituto, expõe suas indagações com o fim de demonstrar a importância de se definir um entendimento para a aplicação da teoria.

> [...] A que título deve ser concedida a perda de uma chance? Por dano moral ou material? E neste último caso, a título de dano emergente ou lucro cessante? Essa questão é também controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência. Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance, ainda que não se refiram à expressão, a título de lucros cessantes; outras vezes como dano moral. [...] (Busnello e Wenrich, 2013, *apud* Cavalieri Filho, 2010, p. 79-80).

Não havendo qualquer definição consolidada no ordenamento jurídico acerca da natureza da perda de uma chance, no ano de 2011 aconteceu a V Jornada de Direito Civil, onde a Comissão de Responsabilidade Civil adotou um Enunciado de autoria de Rafael Peteffi da Silva, o qual possui o seguinte texto:

> A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita à categoria dos danos extrapatrimoniais, pois a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial, conforme as circunstâncias do caso concreto. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.[4]

Sob essa perspectiva, nota-se que embora haja conflitos de entendimento atinentes à aplicação da teoria nos casos concretos, o Enunciado supracitado mostra fortes indícios de que há um entendimento majoritário, sendo este o de que a teoria da perda de uma chance não se limita aos parâmetros dos danos extrapatrimoniais, mas que também pode se configurar como dano patrimonial.

Ainda nesse sentido, LANA, H. A.; FIÚZA, C. A. C. (2018, *apud* Silva, 2013) reforça e exemplifica a aplicação da perda de uma chance quanto a sua extensão que deve abranger tanto os danos patrimoniais quanto os extrapatrimoniais.

> Dessa feita, se a vítima esperava ganhar, ao final de uma demanda judicial, 200.000 reais, a perda de uma chance evidentemente terá caráter patrimonial. Do contrário, se a vantagem esperada pela vítima fosse obter a guarda dos filhos, o dano terá caráter extrapatrimonial. Infelizmente a jurisprudência brasileira, seguindo linha bastante difundida em todos os tribunais pátrios que aplicam a teoria da perda de uma chance, não parece seguir esse raciocínio essencial (LANA, H. A.; FIÚZA, C. A. C. (2018, *apud* Silva, 2013, p. 162).

[4] BRASIL, Enunciado n. 444 da V Jornada de Direito Civil. Conselho Federal de Justiça. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362. Acesso em: 27 ago. 2023.

Conforme Fiúza e Lana (2018, p. 339) o dano patrimonial versa sobre a frustração da obtenção de um resultado que já era esperado, o qual geraria um acréscimo patrimonial à vítima. Já o dano moral, este versa sobre os prejuízos pela perda da oportunidade que forem relativos ao direito personalíssimo.

Para Philippe Le Tourneau (1998, *apud* Abreu e Silva, 2006):

> [...] a perda de uma chance constitui por vezes um prejuízo indenizável enquanto que uma hipótese, uma pura hipótese, não seria causa de um dano, ou somente de uma eventualidade de dano não reparável. Define a perda de uma chance como a desaparição da probabilidade de um evento favorável quando esta chance aparece suficientemente séria.

Rosa Maria Novaes (2009)[5] também já abordou o tema objeto desta pesquisa e possui o seguinte posicionamento:

> "Na perda de uma chance o dano é tido como dano emergente e não como lucros cessantes, isso quer dizer que no momento do ato ilícito essa chance já se fazia presente no patrimônio do sujeito passivo desta relação jurídica, sendo algo que ela efetivamente perdeu no momento do ilícito e não algo que ela deixou de lucrar."

Portanto, resta evidente que a discussão acerca da natureza da indenização pela perda de uma chance versa entre o enquadramento como danos patrimoniais; danos extrapatrimoniais e uma espécie intermediária que compreende a aplicação dos dois a depender do caso concreto.

6. APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Neste ponto do trabalho, com base nas exposições anteriores, nota-se que a teoria da perda de uma chance possui pelo menos três hipóteses do enquadramento de sua categoria de dano, sendo elas as patrimoniais, as extrapatrimoniais e a autônoma - que compreende a possibilidade de aplicação das duas primeiras, dependendo da situação fática.

Superadas as disposições conceituais, legislativas, históricas e doutrinárias, passa-se à análise de como o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) tem aplicado na prática a teoria da perda de uma chance. Em análise jurisprudencial, e principalmente de quais foram os elementos de convicção que levaram os nobres

[5] ROSAMARIA NOVAES FREIRE LOPES, "Responsabilidade Civil pela perda de uma chance", texto colhido do site www.direitonet.com.br em julho de 2009.

julgadores a proferirem os julgamentos acerca da aplicação dessa teoria, será possível verificar qual é o entendimento majoritário do TJES acerca da natureza jurídica dessa teoria. A pesquisa foi realizada diretamente no sistema de consulta de jurisprudências do Egrégio TJES[6], utilizando-se o período dos últimos três anos para maior objetividade, de modo que foram encontrados 15 acórdãos e 01 decisão monocrática sobre o tema abordado.

No ano de 2020, a Apelação Cível Nº 030160217045[7] foi julgada pela Quarta Câmara Cível do TJES, cujo a decisão monocrática foi proferida pelo Desembargador Relator Substituto José Augusto Farias De Souza. O recurso foi interposto pela Empresa Capixaba De Ensino Extensão E Pesquisa Multivix, na tentativa de reverter a sentença de primeira instância e afastar a condenação indenizatória que inclui a perda de uma chance.

Conforme o relatório da decisão monocrática, a parte recorrida concluiu o curso de licenciatura em matemática no ano de 2012 na instituição apelante e a partir de então ocupava o cargo de professor em escola pública estadual. Todavia, em 2016 o apelado foi exonerado de seu cargo em razão da constatação de irregularidades em seu diploma. A instituição apelante foi condenada em primeira instância ao pagamento de R$50.000,00 a título de danos morais e R$11.500,00 a título de perda de uma chance.

O recurso foi parcialmente provido, no sentido de reduzir o quantum indenizatório a título de danos morais para R$20.000,00 e manteve o valor fixado pelo juízo a quo a título de perda de uma chance. O valor foi considerado adequado, pois representava pouco menos de 1/3 da remuneração anual e a chance do docente ter sucesso na nova contratação era superior a 33%.

Em análise do presente caso, observa-se que o dano moral e a perda de uma chance foram arbitrados sem natureza de dano patrimonial, todavia, enquanto o dano

[6] ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Portal do Poder Judiciário - PJES. Consulta Jurisprudência. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm. Acesso em: 17 ago. 2023.

[7] TJES, Classe: Apelação Cível, 030160217045, Relator: JOSÉ AUGUSTO FARIAS DE SOUZA, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data da Decisão: 04/12/2020. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?NumProc=703368&edProcesso=&edPesquisaJuris=teoria%20da%20perda%20de%20uma%20chance&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=17/08/2019&edFim=17/08/2023. Acesso em: 17 ago. 2023.

moral é arbitrado exclusivamente sob uma ótica personalíssima, a perda de uma chance observou uma base patrimonial (a remuneração que o apelado ganharia se ocupasse o cargo), mas foi fixada tão somente pela probabilidade de êxito.

O próximo caso trata-se da Apelação Cível Nº 011180102896[8], que foi julgada também pela Terceira Câmara Cível do TJES. O recurso fora interposto por Jonas Altoé, que moveu ação indenizatória em face de Hidirlene Duszeiko, a qual a sentença foi de improcedência. Conforme o relatório do acórdão, o recorrente sustenta em suas razões recursais que a apelada é leiloeira e agiu com negligência por não ter juntado aos autos do processo de execução a prova de que o apelante havia adimplido com as parcelas da arrematação do imóvel penhorado e que, em razão deste erro, perdeu o bem. Com a ausência do comprovante de pagamento da guia de arrematação, dentro do prazo, o Juiz da ação de execução oportunizou a satisfação do crédito em outros termos naquele processo, prejudicando assim o requerente. Sustentou ainda que a ré confessou o equívoco nos autos.

O bem é uma casa localizada em Cachoeiro de Itapemirim, avaliado em R$700.000,00 e arrematado pelo apelante Jonas por R$350.000,00. O arrematante se comprometeu a depositar a título de entrada o valor de R$87.500,00, além da comissão, todavia o pagamento não foi comprovado nos autos. Em razão disso, o Juiz da ação de execução declarou resolvida a arrematação. Por conseguinte, o arrematante peticionou nos autos informando que havia efetuado o pagamento e que era responsabilidade da leiloeira juntar os comprovantes nos autos. Por sua vez, a leiloeira se manifestou nos autos informando que o arrematante havia efetuado o pagamento dentro do prazo estipulado e que, por um equívoco, ela havia deixado de juntar as comprovações, pediu desculpas e requereu a juntada dos comprovantes.

A Terceira Turma Cível entendeu que a apelada entrou em contradição quando, em contestação, tentou se esquivar da culpa pela perda do prazo, tentando atribuí-la ao apelante, tendo em vista que nos autos da execução esta assumiu a responsabilidade e pediu escusa. Na fixação da condenação, fazendo menção a um

[8] TJES, Classe: Apelação Cível, 011180102896, Relator : TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 31/01/2023, Data da Publicação no Diário: 17/02/2023. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=011180102896&edPesquisaJuris=teoria%20da%20perda%20de%20uma%20chance&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=13/08/2019&edFim=13/08/2023&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 14 ago. 2023.

julgado do STJ, enfatizaram a teoria da perda de uma chance não visa a responsabilização de alguém por um dano emergente e nem de lucros cessantes, mas sim de algo intermediário entre um e outro. A Turma entendeu que a chance do apelante arrematar o bem e adquirir a propriedade por metade do valor que fora avaliado era real e concreta, haja vista que o leilão foi encerrado após seu lance, e lavrou-se o auto de arrematação.

Embora o imóvel tenha sido avaliado em R$700.000,00, o valor foi fixado pelo valor que arrematante deixou de ganhar, qual seja o lucro concreto de R$350.000,00. Além disso, foi arbitrada a incidência de correção monetária a partir do efetivo prejuízo e, após, juros de mora. No que tange aos danos morais, a condenação foi fixada em R$5.000,00. Já em relação aos danos materiais referentes às despesas para interpor e acompanhar o agravo de instrumento na ação de execução, não foi dado provimento.

Em 2022, a Quarta Câmara Cível do TJES julgou a Apelação Cível Nº 030170027921[9] interposta pelo Município de Linhares, em face da sentença que a condenou em R$65.000,00 a título de danos morais e pensão mensal de 1/3 do salário-mínimo. A parte apelada é composta pelos genitores de uma vítima que tinha apenas dez anos de idade, e no dia 10 de agosto de 2014, a levaram em estado grave para o Hospital Geral de Linhares (HGL), por volta das 14h30min.

No hospital, a menor foi atendida, o médico responsável solicitou alguns exames e administrou medicamentos para a criança. Ocorre que o quadro da paciente se agravou, de modo que necessitava ser entubada por sentir muita falta de ar, porém o profissional não foi localizado para realizar o procedimento de intubação. Aproximadamente às 19 horas, a situação da criança ficou ainda mais crítica, esta já estava agonizando e, graças aos enfermeiros, foi mantida viva por meio de alguns procedimentos, que utilizaram o equipamento chamado “ambu”.

Sem sucesso na busca pelo médico responsável, um outro médico foi comunicado acerca do estado de saúde da menor. Todavia, mesmo ciente da

[9] TJES, Classe: Apelação / Remessa Necessária, 030170027921, Relator : WALACE PANDOLPHO KIFFER, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 22/08/2022, Data da Publicação no Diário: 29/08/2022. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=030170027921&edPesquisaJuris=teoria%20da%20perda%20de%20uma%20chance&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=17/08/2019&edFim=17/08/2023&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 17 ago. 2023.

gravidade de seu estado, informou aos enfermeiros que não iria socorrê-la, sob a justificativa de que a paciente não era sua. Ressaltou ainda que se acontecesse algo, os enfermeiros não deveriam chamar nenhum clínico, mesmo o médico estando ausente. Sem receber o devido atendimento, a criança faleceu por volta das 20 horas daquele mesmo dia.

O Município de Linhares recorreu da sentença com o fim de afastar os pleitos autorais, sob o argumento de que para a aplicação da teoria da perda de uma chance deveria haver a possibilidade concreta e real de cura do paciente. A Turma reconheceu que não havia como garantir que o óbito não ocorreria, mas restou evidente a responsabilidade pelo atendimento médico não recebido. Desse modo, manteve a sentença vergastada, pois o valor da indenização não corresponde ao resultado que se pretendia alcançar, mas sim a chance perdida. Em razão da ausência de atendimento médico, foi retirada da vítima qualquer chance de ter o óbito evitado. A Turma deixou bem claro em seu acórdão que os valores fixados em danos morais correspondiam à perda de uma chance.

Adentrando na próxima análise de caso, a Quarta Câmara Cível do TJES julgou, em 2022, a Apelação Cível Nº 024190054916[10], interposta pela parte requerente da Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Perdas e Danos Materiais e Morais, que fora ajuizada em face do Estado do Espírito Santo. O Estado foi condenado em primeira instância a indenizar a parte autora no valor de R$20.000,00 a título de danos morais. Em síntese da demanda, a parte apelante participou de processo seletivo realizado pela Secretaria de Estado da Educação, concorrendo a um intercâmbio estudantil no Canadá, sendo ofertadas oito vagas. O candidato foi aprovado em oitavo lugar,chegando a participar da cerimônia de premiação, mas sete meses depois foi informado que houve uma retificação no resultado final do processo seletivo, determinada judicialmente em mandado de segurança, a qual determinou a inclusão de uma candidata concorrente. Desse modo, o apelante foi desclassificado pois passou a ocupar a nona posição.

[10] TJES, Classe: Apelação Cível, 024190054916, Relator: MANOEL ALVES RABELO - Relator Substituto : RODRIGO FERREIRA MIRANDA, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 13/06/2022, Data da Publicação no Diário: 12/07/2022.Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=024190054916&edPesquisaJuris=teoria%20da%20perda%20de%20uma%20chance&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=17/08/2019&edFim=17/08/2023&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 17 ago. 2023.

Posteriormente, foi verificado pelo candidato que uma outra candidata, aprovada na quinta colocação, também atingiu uma pontuação igual a dele, mas que não foi aplicado o critério de desempate disposto no edital do concurso, haja vista que ele alcançou nota mais alta na entrevista oral que essa outra candidata. O apelante argumentou que estava apto a realizar a viagem de intercâmbio concedido pelo Estado, de modo que a sua indenização por danos materiais deveria se dar no valor deste prêmio, qual seja o montante de R$ 40.834,75.

A Turma afastou a aplicação da teoria da perda de uma chance como danos materiais, sob o seguinte argumento:

> [...] Muitos doutrinadores a consideram como uma terceira modalidade de dano patrimonial, figurando entre o dano emergente e o lucro cessante. Para tanto, aduzem que a vantagem que se espera alcançar é atual, sendo, contudo, incerta, pois o que se analisa é a potencialidade de uma perda e não o que a vítima deixou de ganhar (lucro cessante) ou efetivamente perdeu (dano emergente).
>
> Sobre o tema, Caio Mário aduz 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" (Responsabilidade Civil, 9. Ed., Forense, p. 42). [..]

Por conseguinte, embora os julgadores tenham afastado a indenização da perda de uma chance como natureza de dano material, o recurso foi parcialmente provido, majorando a condenação em R$30.000,00, a título de danos morais.

Como afirmado anteriormente, a análise neste artigo foi baseada em casos julgados nos últimos três anos. Durante a pesquisa, foram encontrados outros 12 acórdãos, mas estes foram desconsiderados da análise. As razões foram as seguintes: recursos improvidos por ausência de pré-requisitos para a aplicação da perda de uma chance; acórdão que julgou agravo interno do caso da Multivix, o qual já foi explicitado neste artigo; acórdão que não apreciou a aplicação da teoria, mas sim sobre valores penhorados; recurso improvido por ser instrumento inadequado para a rediscussão da matéria de mérito; e julgamento que tratava de caso criminal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico buscou analisar qual é o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, acerca da natureza jurídica proveniente da teoria da perda de uma chance. No decorrer do trabalho, foi possível observar que as linhas doutrinárias apontavam três hipóteses que responderiam esse

questionamento, indicando que a perda de uma chance se enquadraria como dano extrapatrimonial; patrimonial ou autônomo.

Os objetivos estabelecidos neste estudo foram alcançados, notadamente em razão de ter sido possível extrair informações suficientes das fontes de pesquisa para responder de forma consideravelmente satisfatória o problema de pesquisa. Com isso, foi possível responder qual é o entendimento do TJES sobre a natureza jurídica da perda de uma chance.

Em análise dos dados encontrados, importa destacar, a princípio, que os julgados encontrados versam sobre casos totalmente distintos, o que foi muito positivo para a finalidade desta pesquisa, haja vista que permitiram analisar melhor como essa teoria pode ser aplicada diante de casos concretos distintos e se isso pode influenciar no julgamento da demanda.

Verificou-se que a teoria da perda de uma chance foi aplicada em todos os casos como um dano de natureza extrapatrimonial e afastou as hipóteses apresentadas como dano patrimonial. Não obstante, a maioria dos julgados tomou como base um parâmetro material, seja referente ao prejuízo ou ao valor atribuído à oportunidade perdida. Assim, relembrou a tese de Gonçalves (2022, p. 311), o qual sustenta em sua obra que a indenização da chance perdida será sempre inferior ao valor do resultado útil esperado.

Foi verificado ainda, a ênfase que o TJES dá alertando que essa teoria não deve ser confundida com lucros cessantes ou danos emergentes, pois a reparação que se busca com a perda de uma chance é tão somente pela oportunidade frustrada. Pode-se concluir, portanto, que o TJES entende que a perda de uma chance possui natureza jurídica de dano extrapatrimonial, mas que, diferente do dano moral in re ipsa, depende de comprovação, qual seja de que a chance perdida era séria, certa e real, sendo ainda limitada ao quantum referente ao resultado útil esperado, caso seja possível quantificar.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, L. S. C.; CÂNDIDO DA CRUZ, P. C. **A Teoria de perda de uma chance, origens e afluentes**, 2021. Artigo Científico. Jus.com.br, 2021. Disponível em https://jus.com.br/artigos/95009/a-teoria-de-perda-de-uma-chance-origens-e-afluentes. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Enunciado n. 444 da V Jornada de Direito Civil**. Conselho Federal de Justiça. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 27 ag. 2023.

BUSNELLO, Saul José ; WEINRICH, Jair. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise doutrinária.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3655, 4 jul. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/24875. Acesso em: 27 ago. 2023.

DA SILVA, T. L.; DIAS, F. A. **A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro.** Revista da ESMESC, *[S. l.]*, v. 23, n. 29, p. 63–82, 2016. DOI: 10.14295/revistadaesmesc.v23i29.p63. Disponível em: https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/140. Acesso em: 23 jul. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil** - 3. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Portal do Poder Judiciário - PJES. Consulta Jurisprudência.** Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm . Acesso em 17 ago. 2023.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. TJES, Classe: **Apelação Cível, 011180102896**, Relator : TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 31/01/2023, Data da Publicação no Diário: 17/02/2023. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=011180102896&edPesquisaJuris=teoria%20da%20perda%20de%20uma%20chance&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=13/08/2019&edFim=13/08/2023&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 14 ago. 2023.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. TJES, Classe: **Apelação Cível, 024190054916**, Relator: MANOEL ALVES RABELO - Relator Substituto : RODRIGO FERREIRA MIRANDA, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 13/06/2022, Data da Publicação no Diário: 12/07/2022.Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=024190054916&edPesquisaJuris=teoria%20da%20perda%20de%20uma%20chance&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=17/08/2019&edFim=17/08/2023&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 17 ago. 2023.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. TJES, Classe: **Apelação Cível, 030160217045**, Relator: JOSÉ AUGUSTO FARIAS DE SOUZA, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data da Decisão: 04/12/2020. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?NumProc=703368&edProcesso=&edPesquisaJuris=teoria%20da%20perda%20de%20uma%20chance&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=17/08/2019&edFim=17/08/2023. Acesso em: 17 ago. 2023.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. TJES, Classe: **Apelação / Remessa Necessária, 030170027921**, Relator : WALACE PANDOLPHO KIFFER, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 22/08/2022, Data da Publicação no Diário: 29/08/2022. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=030170027921&edPesquisaJuris=teoria%20da%20perda%20de%20uma%20chance&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=17/08/2019&edFim=17/08/2023&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 17 ago. 2023.

FERNANDES, G. B.; STEFANONI, L. R. R. **TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**. UNIFUNEC CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR, Santa Fé do Sul, São Paulo, v. 8, n. 10, p. 1–11, 2019. DOI: 10.24980/rfcm.v8i10.3331. Disponível em: https://seer.unifunec.edu.br/index.php/rfc/article/view/3331. Acesso em: 21 jun. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4** - Responsabilidade Civil - v. 4. 17 ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

HIGA, Flávio Costa. **A perda de uma chance no direito do trabalho**, dissertação de mestrado, 2011, Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-03092012-085655/publico/gravacao_versao_simplificada_09_05_2011_Flavio_da_Costa_Higa.pdf. Acesso em: 11 ago. 2023.

LANA, H. A.; FIÚZA, C. A. de Castro. **A Responsabilidade Pela Perda De Uma Chance:** Reflexões Sobre Sua Natureza Jurídica Que Ainda Prevalecem. vol. 11, nº. 01, Rio de Janeiro, 2018. pp. 330-348. Revista Quaestio Iuris, 2018. Disponível em

https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29462/23313. Acesso em: 21 jun. 2023.

LENSCOPE. **Diferença entre miopia, hipermetropia e astigmatismo.** São Paulo, 2018. Disponível em: https://lenscope.com.br/blog/diferenca-entre-miopia-hipermetropia-e-astigmatismo/#:~:text=Em%20resumo%2C%20a%20diferen%C3%A7a%20entre,de%20perto%2C%20quanto%20de%20longe. Acesso em: 30 jul. 2023.

MARIANO, Priscila Modesto. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**, 2011. Monografia – Centro Universitário de Brasília – UniCeub – Brasília. Disponível em https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/430/1/20704322.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 589069996.** Quinta Câmara Cível. Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 12 de junho de 1990. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br. Acesso em: 20 jun. 2023.

SILVA, Roberto de Abreu e. **A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil.** Revista da EMERJ, v. 9, n. 36, p. 37. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_24.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

SANTOS, Marina Czarneski Felício dos. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**, 2014. Monografia. Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Brasília. Disponível em https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/6016. Acesso em: 22 jun. 2023.

Supremo Tribunal de Justiça. **Oportunidades perdidas, reparações possíveis: a teoria da perda de uma chance no STJ**. Brasil. 09 ago. 2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09082020-Oportunidades-perdidas--reparacoes-possiveis-a-teoria-da-perda-de-uma-chance-no-STJ.aspx. Acesso em: 23 jun. 2023.

WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha .**A perda de uma chance como uma nova espécie de dano.** ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano III, nº 8, p. 76-86, jul/dez. 2012 Disponível em: https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima8/4-A-Perda-de-uma-Chance-como-uma-Nova-Especie-de-Dano-Indenizavel.pdf. Acesso em: 24 jul. 2023.