



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ALICE MARIA SANTOS RAMOS

A PERDA DA CHANCE COMO AFRONTA À GARANTIA
CONSTITUCIONAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

SOUSA - PB
2008

ALICE MARIA SANTOS RAMOS

A PERDA DA CHANCE COMO AFRONTA À GARANTIA
CONSTITUCIONAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Giorgia Petruce Lacerda e Silva Abrantes.

SOUSA - PB
2008

Alice Maria Santos Ramos

A PERDA DA CHANCE COMO AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande,
em cumprimento aos requisitos necessários
para a obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: 27 de novembro de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof^a. Ms. Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes - UFCG
Orientadora

Prof^o. Ms. Jonábio Barbosa dos Santos - UFCG

Prof^o. Robervaldo Queiroga da Silva - UFCG

Dedico a Deus, razão do meu viver e presença constante em minha vida.

Aos meus pais, Malaquias e Maria Célia, pela força e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

À Deus, meu pai amado e fonte de minha existência, por toda força e pela concretização das suas promessas em minha vida. Amo-te.

Aos meus pais, Malaquias Ramos de Souza e Maria Célia Santos Ramos, pela presença constante na realização dos meus sonhos e por me fazerem entender que nada é tão difícil, e que a vida pode ser fácil quando se tem planos para sonhar.

À minha irmã Aretha Aliny dos Santos Ramos, por todas as vezes que pegou no meu pé e por ser um exemplo de dedicação e competência em tudo o que faz. Admiro-te.

À Padre Milton, meu pai de coração, por todo o apoio e carinho, imprescindíveis para que eu chegasse ao fim dessa caminhada. Meu muito obrigada e sem dúvida nada valeria a pena sem grandes amigos como você.

À minha orientadora, Giorgia Petrucce, notável operadora do Direito, pela disponibilidade, paciência e orientações indispensáveis para realização deste trabalho.

Aos meus colegas de curso, pela amizade incondicional e por terem compartilhado comigo os melhores anos de minha vida.

A todos que direta e indiretamente contribuíram de alguma forma para realização deste sonho, minha maior realização.

“Adiar a entrega da prestação jurisdicional, quando se sabe que o Direito de quem pede é cristalino, é atentar contra a própria noção de Justiça. O velho brocardo segundo o qual a justiça tarda, mas não falha, hodiernamente tem dado lugar ao cada vez mais citado Justiça tardia não é Justiça”.

Emílio Timbó Tahim

RESUMO

A presente pesquisa visa realizar um estudo acerca da teoria da perda da chance como afronta à garantia constitucional da prestação jurisdicional, abordando as espécies de dano que essa novel teoria ocasiona no âmbito processual civil pátrio, mostrando o tipo de indenização cabível a par do reconhecimento da responsabilidade pela perda de uma oportunidade. A responsabilidade pela perda de uma chance é tema bastante relevante, pois amplia a área de atuação da responsabilidade civil, haja vista que possibilita a indenização à vítima, independente de ser qualificada como dano emergente, lucro cessante ou nova espécie de dano. A escolha desse tema justifica-se como uma forma de contribuição aos estudiosos do Direito Civil pátrio, pois o tema não está solidificado na doutrina, e a jurisprudência ainda o trata de forma tímida. A metodologia adotada da –se através da pesquisa bibliográfica, vez que se basearam em livros, textos, assim como em jurisprudências, e do emprego do método dedutivo, uma vez que parte dos aspectos gerais da teoria da perda da chance para depois verificar a sua aplicação no âmbito processualístico brasileiro, buscando-se atingir o objetivo do presente trabalho. Inicialmente, tratar-se-á da evolução da teoria no direito italiano, francês e norte-americano, com enfoque ao direito brasileiro, trazendo um conceito escancarado de perda de uma chance. A seguir, será examinada sua natureza jurídica, com explanação das divergências encontradas pela doutrina e pela jurisprudência, referentes a lucro cessante, dano emergente, dano moral e dano específico. Adiante, este trabalho versará sobre a possibilidade de indenização pelas chances perdidas, assim como as hipóteses de quantificação dessa espécie de dano. Em continuidade, será abordada as principais Garantias Constitucionais do processo, apresentando sua evolução, e dando uma maior ênfase a garantia da prestação jurisdicional. Depois, se fará uma correlação dos dois pontos sobreditos, abordando a aplicação da novel teoria no âmbito processual, se há ocorrência de danos materiais, morais e processuais, e por fim, fará menção a indenização cabível quando da ocorrência da perda da chance. Desta feita, verificar-se-á que a aplicação da teoria da perda da chance no âmbito processual está sendo aceita de maneira uniforme, pelos tribunais pátrios, desde que as chances perdidas sejam sérias e reais.

Palavras-chave: Perda da chance. Garantias Constitucionais. Prestação jurisdicional.

RESUMEN

La presente investigación se propone a realizar un estudio a respecto de la Teoría de la Pérdida de una Oportunidad como afrenta a la Garantía Constitucional de la Prestación Jurisdiccional, abordando los tipos de daño que esa novel teoría ocasiona en el ámbito procesal civil patrio, mostrando el tipo de indemnización admisible mediante el reconocimiento de la responsabilidad por la pérdida de una oportunidad. La responsabilidad por la pérdida de una oportunidad es un tema muy relevante, pues amplía el área de actuación de la responsabilidad civil, visto que posibilita la indemnización a la víctima independiente de ser calificada como daño emergente, lucro cesante o nueva especie de daño. La elección de ese tema se justifica como una manera de contribuir a los estudiosos del Derecho Civil patrio, pues el tema no está solidificado en la doctrina y la jurisprudencia todavía lo trata de manera tímida. La metodología adoptada será realizada a través de investigación bibliográfica, basada en libros, textos y jurisprudencias, utilizando el método deductivo una vez que él va desde los aspectos generales de la teoría de la pérdida de una oportunidad hasta la verificación de su aplicación en el ámbito procesal brasileño. Al principio, se tratará de la evolución de la teoría en el Derecho Italiano, Francés y Estadounidense, con enfoque en el Derecho Brasileño, trayendo un concepto evidente de pérdida de una oportunidad. A continuación, será examinada su naturaleza jurídica, con explicación de las divergencias por la doctrina y por la jurisprudencia, referentes al lucro cesante, daño emergente, daño moral y daño específico. Más adelante, ese trabajo versará sobre la posibilidad de indemnización por las oportunidades perdidas, como también sobre las hipótesis de santificación de esa especie de daño. Luego, serán abordadas las principales Garantías Constitucionales del proceso, presentando su evolución y señalando la garantía de la prestación jurisdiccional. En seguida, será hecha una correlación de dos puntos sobredichos, abordando la aplicación de la novel teoría en el ámbito procesal, si hay casos de daños materiales, morales y procesales, y, por fin, se hará mención a la indemnización admisible en lo que dice respecto al caso de la pérdida de oportunidad. De esa manera, se ha verificado que la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito procesal sigue sendo acepta de manera uniforme, por los tribunales patrios, cuando las oportunidades perdidas son serias y reales.

Palabras claves: Pérdida de oportunidad. Garantías Constitucionales. Prestación jurisdiccional.

SUMÁRIO

RESUMO

RESUMEN

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.....	11
1.1 A teoria italiana.....	11
1.2 Teoria da perda de uma chance no direito francês.....	14
1.3 O posicionamento no direito norte-americano.....	15
1.4 A teoria da perda de uma chance no direito brasileiro.....	17
1.5 Conceito da perda de uma chance.....	19
1.6 Da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance: dano emergente, lucro cessante e dano moral.....	22
1.7 A perda de uma chance como modalidade de dano indenizável.....	25
1.8 Da quantificação da indenização pela perda de uma chance.....	26
CAPÍTULO 2 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.....	30
2.1 O princípio da proteção jurídica e as garantias processuais e procedimentais.....	30
2.2 O princípio da garantia da prestação jurisdicional como imposição jurídico- constitucional do legislador e como função organizatório-material.....	31
2.3 Garantia da proteção jurídica e de um processo judicial.....	31
2.4 Criação de um direito subjetivo público à proteção jurídica e o princípio da constitucionalidade.....	32
2.5 Do princípio da responsabilidade do Estado e da compensação de prejuízos.....	32
2.6 Breve esboço histórico do tema.....	33
2.7 Conceito de garantias constitucionais e de processo.....	35
2.8 Modalidades de garantias constitucionais.....	36
2.9 A garantia constitucional da prestação jurisdicional.....	40
CAPÍTULO 3 A PERDA DA CHANCE E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	45
3.1 Da aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.....	45
3.2 A perda da chance e a indenização cabível.....	47
3.3 Previsão Legal.....	48
3.4 Dano moral, dano material e dano processual.....	50
3.5 A aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito processual.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

A responsabilidade Civil pela perda de uma chance é um tema novo que a cada dia vem recebendo mais atenção dos estudiosos, dadas as muitas divergências no campo doutrinário e os poucos julgados acerca do assunto.

O trabalho documenta o estudo feito acerca da aplicabilidade da perda da chance e das espécies de dano que essa novel teoria abarca no âmbito do processo civil pátrio, revelando o tipo de indenização cabível a par do reconhecimento da responsabilidade pela perda de uma oportunidade.

No que diz respeito à natureza da pesquisa, vê-se que possui abordagem qualitativa, caracterizada na possibilidade de reconhecer a complexidade do tema e procurar meios para resolver o problema, através da análise do contexto e da interação de certas variáveis.

O método de abordagem é o dedutivo, posto que tem como base o uso de premissas gerais para sustentar análises mais específicas. Neste estudo parte-se dos aspectos gerais da teoria da perda da chance para, somente depois, verificar a incidência dessa teoria no âmbito processual civil.

O método jurídico de interpretação é o exegético, para a análise das proposições legais concernentes ao tema, buscando-se os reais significados das expressões jurídicas para aplicá-las ao verdadeiro alcance da lei, uma vez que neste estudo se apresenta muita divergência de posicionamento.

Com relação ao objetivo geral, a pesquisa classifica-se como explicativa, pois que visa aclarar a aplicação da teoria no âmbito processual e trabalhar com interpretações dos fatos que identificam as causas e conseqüências da perda da chance quando afronta a prestação jurisdicional.

Já no que concerne ao procedimento técnico, será utilizada a pesquisa bibliográfica, uma vez que se parte de materiais já publicados, tais como proposições doutrinárias, artigos científicos de especialistas conhecedores do tema, artigos da *internet* e jurisprudência dos Tribunais de Justiça do país.

A obtenção de dados foi feita de modo indireto, pelo levantamento de variadas fontes documentais e no que se refere à análise dos dados, haverá suporte conferido pela leitura crítica na qual se busca a interpretação e reflexão acerca das

informações contidas nas fontes de pesquisa, embasadas em paralelos e comparações, para que se possa entender a aplicabilidade dessa teoria no contexto processual civil e também os danos causados pela perda da oportunidade.

Com fundamento na metodologia empregada se divide este trabalho em 3 (três) capítulos, de forma sistemática e obedecendo uma ordem lógica, para entendimento do assunto em questão.

O primeiro capítulo tratará do estudo da teoria da perda da chance, apresentando seu surgimento e evolução (inclusive no direito italiano, francês, norte-americano e no direito brasileiro) para, em seguida, oferecer o conceito geral da perda de uma chance. Logo depois, pormenoriza-se a sua natureza jurídica, que envolve várias posições (tanto dos doutrinadores e julgadores estrangeiros como dos brasileiros) e apreciam-se as divergências entre dano emergente, lucro cessante, dano moral e, ainda, dano autônomo. Neste capítulo ainda foi destinado um tópico para a avaliação da perda da chance como dano indenizável, bem como da quantificação de sua reparação.

Dando continuidade, passa-se ao segundo capítulo, que cuidará das garantias constitucionais do processo, dando maior ênfase à garantia da prestação jurisdicional. Aqui também se ofertará o conceito de garantias constitucionais do processo, abordando o histórico dessas garantias e a sua gênese, bem como as principais modalidades, reservando-se um tópico para tratar da prestação jurisdicional de forma mais minuciosa.

O terceiro capítulo enfatizará o tema principal deste trabalho, que é a perda da chance como afronta à garantia constitucional da prestação jurisdicional, com destaque para a perda da chance e a indenização cabível e para aplicação dessa teoria no âmbito processual.

CAPÍTULO 1 DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Neste capítulo, far-se-á uma exposição sobre os aspectos mais importantes dessa novel teoria e que, por isso mesmo, interessam ao estudo, destacando-se-lhe o surgimento e evolução, assim como sua aplicação no direito comparado e no ordenamento pátrio.

Na mesma esfera, se apresentam algumas considerações relevantes acerca da possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do processo judicial.

A priori, bem antes de tratar especificamente da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, importa tratar de sua gênese e do processo evolutivo, para uma melhor compreensão do tema, já atravessado perante ordenamentos jurídicos alienígenas, tais como o italiano, o francês e o norte-americano, de molde a firmar em bases sólidas o entendimento final posto acerca do tema.

1.1 A teoria italiana

A discussão acerca da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance foi objeto de estudo de Giovanni Pacchioni que lança na Itália (em 1940) sua obra *Diritto Civile Italiano*, antes mesmo da entrada em vigor do atual Código Civil Italiano. (Savi, 2006, p. 07 e 08).

O autor, tratando das formas de ressarcimento dos danos, questionava em seu livro sobre o que ocorreria nos casos em que se impusesse a outra pessoa à perda de possibilidade de lucro, haja vista os exemplos clássicos da responsabilidade civil pela perda de uma chance elencados pela doutrina francesa.

Dentre os exemplos analisados, cite-se o do jóquei que deverá montar um cavalo de corrida a ser entregue pelo proprietário e que não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do grande prêmio. Segundo este mesmo autor, em

todas as hipóteses permanece o direito de reclamar, embora seja controversa a existência de interesse jurídico para ajuizar uma ação de indenização, haja vista a incerteza do dano e a constatação de uma possibilidade aleatória, não se configurando um valor efetivo, certo e presente, capaz de mensurar o dano patrimonial.

Pacchioni discorda, enfaticamente, da corrente francesa, defensora do valor da chance em si considerada (desde que séria e real), pois acredita que a chance não tem um valor de mercado, mas um valor social, configurando uma simples possibilidade. Com efeito, na Itália a indenização por danos estaria limitada aos danos patrimoniais, não contemplando o dano moral.

Em 1965, Francesco Donato Busnelli, comentando um julgado do Tribunal de Apelação de Paris, manteve o posicionamento expresso por Pacchioni, considerando a perda da chance um mero interesse de fato e, portanto, um dano que não seria indenizável, de acordo com o ordenamento jurídico italiano. (Savi, 2006, p. 9 - 10).

Para Busnelli, questão fundamental é aferir se somente as lesões impostas a verdadeiros direitos subjetivos da vítima integram o conceito de injustiça do dano disposto no artigo 2043 do Código Civil Italiano, ou se as lesões a interesses diversamente tutelados igualmente gerariam o dever de indenizar.

Adotando posição contrária a dos autores que o precederam, Adriano de Cupis (em 1996) reconheceu a existência de um dano passível de indenização nos mesmos casos citados por Pacchioni, sendo considerado um dos autores mais importantes para a consolidação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito italiano. (Savi, 2006, p. 10 - 11).

Ao visualizar um dano independente do resultado final e, portanto, enquadrar a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, Cupis faculta o entendimento mais correto acerca da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Apesar de reconhecer a inadmissibilidade de indenização pela ocorrência de um dano consistente na vitória perdida, Cupis afirma que não há como negar a existência da possibilidade de vitória, que se esvai pela ocorrência do fato danoso. Sendo assim, há um dano passível de indenização relacionado à exclusão da possibilidade de vitória. O grande mérito de Cupis não é o reconhecimento do valor

da chance de *per si* considerada, mas o ato de classificá-la como uma espécie de dano emergente.

Savi (2006, p. 11), transcreve do texto de Cupis o que entende ser um divisor de águas posto acerca da admissibilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito italiano. Veja-se:

A vitória absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um dano emergente em razão da atual possibilidade que restou frustrada.

Cupis (apud Savi, 2006, p. 11), afirma que nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis, como é o caso das simples esperanças aleatórias, uma vez que, para esse autor, a chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização, e além disso, nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis.

Somente em 1976 Maurizio Bocchiola, em seu artigo “Perdita di una chance e certezza del danno”, trouxe a compreensão adequada da problemática desta teoria, que teve início com Adriano de Cupis.

Para Savi (2006, p. 13), o maior problema apresentado na teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance foi bem posto por Bocchiola, com a seguinte indagação: “Mas, se não é possível determinar qual teria sido o resultado dos eventos, dos quais dependia a realização da chance, pode-se falar de dano certo, e, portanto, ressarcível?”.

Consoante os defensores da perda de uma chance como lucro cessante a resposta é negativa, pois que estabelecer os limites do provável e do aleatório não é tarefa fácil, sendo essa dificuldade de fixação de limites enquadrada por autores como Pacchioni e Busnelli como caracterização da chance no âmbito do lucro cessante.

Assim como Adriano de Cupis, Bocchiola afirma que a perda de uma chance a mais poderá ser indenizada como lucro cessante, entendendo que a vítima de um dano ocasionado pela perda de uma chance tem direito a uma indenização, e pugnando que se deve estabelecer critérios aproximativos entre probabilidade e normalidade, posto que as noções absolutas não são consideradas indispensáveis para o ordenamento jurídico.

Outrossim, por ocasião da publicação do artigo de Bocchiola a jurisprudência italiana não admitia, à exceção dos casos de alimentos, a indenização pelas chances perdidas. A perda da chance configura, no mais das vezes, um dano presente, dado que a chance se perde no mesmo instante em que se verifica o fato danoso.

Nesse sentido Savi (2006, pág.19) cita um trecho do artigo de Bocchiola que, em sua opinião, reflete o principal argumento para a admissão da indenização pela perda uma chance. Eis o texto:

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

1.2 Teoria da perda de uma chance no Direito Francês

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance teve início na França, onde recebeu uma maior atenção por parte da doutrina e da jurisprudência, que acreditavam e defendiam a concessão de indenização pela simples perda de uma possibilidade de se auferir vantagem e não somente pela privação da própria vantagem não realizada, promovendo uma distinção bastante clara entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. (Savi, 2006, p. 3).

Os estudiosos da época voltavam-se somente à hipótese da perda de uma chance de cura, restringindo a aplicação da teoria aos casos de responsabilidade médica. A partir de um acórdão pioneiro, que data do final do século XIX, a jurisprudência francesa revela-se muito mais criativa em relação às situações de utilização da teoria da perda de uma chance. (Peteffi, 2007, p. 149).

Graças a essa criatividade é que a doutrina francesa aplaude a utilização da teoria da perda de uma chance nas mais variadas hipóteses, desde uma responsabilização pela perda de uma chance num jogo de azar ou uma competição esportiva até as reparações pela perda de uma chance quando constituído um prejuízo futuro. No entanto, constatou-se que a maior parte da doutrina francesa não reconhece a perda de uma chance na seara médica.

É relevante mostrar que a jurisprudência francesa não considera as controvérsias da doutrina, haja vista que a Corte de Cassação, desde suas primeiras decisões sobre responsabilidade médica, admitiu os casos de perda de chance nesta senda. (Peteffi, 2007, p. 149).

Ademais, vários questionamentos sobre a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance foram estimulados, em outros países da Europa, a partir do exame dos julgados franceses e da discussão doutrinária ali travada. (Savi, 2006, p. 3). Melo (2007) faz menção a essa aplicação francesa:

A doutrina francesa, aplicada com frequência pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (perte d'une chance), nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor [...]. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.

E sobre o assunto, ainda refere Gondim (2005) que:

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 art. 1.382 do Código Francês prevê que "qualquer fato da pessoa que causar dano a outrem obriga esse pela culpa em razão da qual ele ocorreu, a reparar".

1.3 O posicionamento no direito norte-americano

A primeira aplicação da teoria da perda de uma chance no sistema *Common Law* ocorreu em 1911, e entre os ordenamentos integrantes deste sistema o

desenvolvimento da teoria gerou uma quantidade enorme de casos envolvendo a responsabilidade médica.

Petteffi (2006, p. 11) considera que “a importância e a utilidade da teoria da perda de uma chance fizeram com que o instituto penetrasse os portões da Common Law e se fizesse fortemente presente em todos os ordenamentos participantes desta grande família jurídica”.

É importante ressaltar que os países do Common Law não possuem uma cláusula geral de responsabilidade civil, mas, atualmente, pode-se afirmar que o instituto da responsabilidade civil aí já se apresenta de forma sistemática, devido à evolução da doutrina, da jurisprudência e até mesmo pela intervenção do legislador.

Novamente Petteffi (2007, pág. 11), em sua obra, relata um caso famoso:

Assim, no caso Falcon V. Memorial Hospital, uma gestante adentrou o hospital para ter um bebê e logo após ter dado à luz acabou morrendo por embolia pelo fluido amniótico. A família ajuizou demanda indenizatória pela morte da gestante contra o médico e o hospital, pois, apesar de saber que os pacientes que sofrem este tipo de embolia têm apenas trinta e sete por cento (37%) de chances de sobreviver, a negligência do médico responsável havia subtraído todas as chances da paciente de sobreviver à referida embolia. A Suprema Corte do Estado de Michigan concedeu a reparação.

Em virtude do sistema federativo dos Estados Unidos da América permitir que os Estados-membros tenham soberania para tratar de grande parte da matéria jurídica existente, é impossível analisar o direito norte-americano como um todo sistemático, em face da diversidade de jurisprudência.

Entretanto, como bem leciona David (*apud* Petteffi 2007, p. 174), todas as questões jurídicas são analisadas “a partir do postulado de uma unidade fundamental do direito americano”. Assim, as jurisprudências de todos os Estados-membros deverão seguir um mesmo norte conceitual.

Continua David (*apud* Petteffi, 2007, p.175):

[...] Se os dois acórdãos são contraditórios e resistem a todos os esforços feitos para os conciliar, não se resolverá a sua contradição, admitindo nela o indício de uma diferença existente entre o Common Law deste ou daquele Estado; admitir-se-á, mais simplesmente – pelo menos nas facilidades, porque os tribunais são mais reticentes – que um desses acórdãos está bem elaborado; o outro está mal elaborado (*bad law*) e a sua doutrina deverá ser repudiada futuramente, não só nos outros Estados, mas também no próprio Estado para o qual ele representa, atualmente, o direito positivo.

O que se pôde observar é que os julgados norte-americanos traduzem inúmeras controvérsias, inexistindo um caminho a ser seguido e gerando, à vista disso, uma grande divergência jurisprudencial, tanto que, atualmente, a análise dos julgados norte-americanos exige que se indique o Estado de origem.

1.4 A teoria da perda de uma chance no direito brasileiro

A priori se deve considerar que os juízes brasileiros ainda se mostram tímidos no julgamento da responsabilidade pela perda de uma chance, pois se trata de uma teoria nova que confronta as regras da responsabilidade civil postas no ordenamento jurídico pátrio, principalmente com relação à prova do nexo causal.

Os civilistas brasileiros ainda não se debruçaram no estudo da teoria da perda de uma chance, relegando-a a breves comentários expostos nos livros que tratam da responsabilidade civil de uma forma genérica. Outrossim, já se nota que a doutrina aceita a teoria, mesmo examinando-a de modo superficial.

Alvim (*apud* Savi 2006, p. 36 - 38) analisa e cita os casos de perda de prazo recursal por parte do advogado em desfavor de seu constituinte e de um participante de concurso no qual apresentaria um animal considerado raro, concorrendo a um grande prêmio, sendo que o responsável pelo animal, negligentemente, o deixa morrer num acidente evitável.

O autor reconhece que, mesmo impossível a produção de prova, há danos diversos na perda da chance do reexame pelo tribunal e no ressarcimento ao participante do concurso, afirmando que há valor patrimonial na chance perdida apenas na hipótese do segundo caso.

A propósito, Dias (*apud* Peteffi, 2007, p. 181), chama de bisonho um magistrado que, tratando da responsabilidade civil do advogado, prolata voto que he negava a responsabilidade pela falta de preparo necessário a um recurso de apelação proposto em demanda trabalhista, afirmando que tal fato não constituiria dano.

A partir dos ensinamentos trazidos pela doutrina de Sérgio Savi, Dias (*apud* Peteffi, 2007, p. 182) leciona:

Confundiram-se o *na debeatur* e o *quantum debeatur*, por má informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida, que este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas claro, na espécie, era a perda de um direito, o de ver a coisa julgada na instância superior.

Pereira e Lopes (*apud* Savi, 2006, p. 41), reconhecem a responsabilidade civil pela perda de uma chance, sustentando que a chance perdida será indenizável, desde que a possibilidade perdida seja real e séria. Dentre os autores que enfrentaram o tema recentemente, destaca-se o trabalho de Kjouri Neto, que trata detalhadamente da perda da chance na seara médica, produzindo lições fundamentais sobre as condições de aplicação da teoria da perda de uma chance, tais como a seriedade da chance perdida e sua quantificação.

Ainda, conforme as lições de Kjouri Neto (*apud* Peteffi, 2007, p. 183): “A chance perdida deve ser ‘séria’, ou ‘real e séria’. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria”.

É relevante citar que Noronha (*apud* Peteffi, 2007, p. 183) já analisou profundamente a natureza jurídica das chances perdidas, bem como as condições de aplicação desta teoria, ressaltando a importância da chance perdida e da consideração da álea no caso concreto, para a tomada da quantificação correta do prejuízo.

Em recente trabalho sobre o tema, Dias (Peteffi, 2007, p. 184) analisa situações em que a referida teoria é utilizada para aferição da responsabilidade do advogado. De outra banda, Venosa (2006, p. 272 - 275), afirma que a perda de uma chance é uma terceira modalidade, posicionando-se entre o dano emergente e o lucro cessante, onde esta perda deverá constituir uma probabilidade concreta, a ser observada pelo julgado.

É perceptível que a teoria em exame (apesar da posição diversa concernente a sua natureza jurídica) para grande parte da doutrina, reconhece-se na indenização pela perda de uma chance, desde que seja séria e real.

Hodiernamente, alguns tribunais brasileiros estão julgando e reconhecendo a teoria da perda de uma chance no ordenamento pátrio, atribuindo caráter nacional ao movimento de aceitação da responsabilização nessa hipótese. Os civilistas estão caminhando a passos largos, dada a freqüência de julgados desse tipo, embora a maioria dos tribunais brasileiros ainda não tenha estabelecido contato com a teoria.

Mesmo não havendo aceitação unânime pela jurisprudência brasileira, sabe-se que data de 1990 o primeiro acórdão brasileiro a mencionar a responsabilidade civil pela perda de uma chance, relatado pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que não aplicou a teoria ao caso concreto.

Destaque-se que a aceitação da hipótese de perda de uma chance na seara jurídica encontra menos resistência, principalmente, quando voltada à responsabilização do advogado.

Apesar das inúmeras divergências, cumpre registrar que já se consolida uma teoria da perda de uma chance particularmente brasileira, com características e conceitos próprios e divergindo da noção posta no direito estrangeiro.

1.5 Conceito da perda de uma chance

Quando o causador de um dano por ato ilícito interrompe um processo que pode trazer obtenção de lucro ou o afastamento de um prejuízo a outra pessoa, a isso se denomina perda de uma chance.

A teoria até aqui tão decantada, nos dizeres de Melo é definida como: “[...] a probabilidade de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo”.

Abreu e Silva (2006, p. 39) a define como:

[...] A chance perdida consiste na privação de uma probabilidade, não hipotética de obtenção de vantagem ou de sucesso em pretensão séria assegurada pelo direito e frustrada por conduta ignóbil do causador do dano, resultando em prejuízo provado ou evidente do fato à pessoa inocente [...].

Pretende-se, dessa forma, indenizar a possibilidade de obtenção de um lucro e de evitar um prejuízo, e não a vantagem em si, ou seja, o dano final onde a possibilidade habilita à indenização.

Para Savi (2006, p.101):

A chance implica necessariamente em uma incógnita - um determinado evento poderia se produzir (as vitórias na corrida de cavalos e na ação judicial, por exemplo), mas a sua ocorrência não é possível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado.

Para que se pudesse melhor compreender a incidência do nexo de causalidade na responsabilidade civil, inúmeras teorias foram elaboradas e enquadradas em duas correntes doutrinárias: a primeira, que engloba as denominadas teorias clássicas; e a segunda, que trata das teorias de causalidade alternativa.

As teorias clássicas conferiram um caráter autônomo às chances perdidas, separando definitivamente o dano representado pela interrupção do processo aleatório no qual se encontra a vítima (chance perdida) do prejuízo caracterizado pela perda da vantagem esperada, que também se denomina dano final. A vantagem esperada seria o benefício que a vítima poderia auferir se o processo aleatório fosse até o final e resultasse em algo positivo. Dentre as teorias tradicionais estão a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a do dano direto e imediato.

As doutrinas tradicionais da responsabilidade civil tinham como requisito básico a necessidade da prova da *conditio sine qua non*, pela qual a vítima era obrigada a se contentar com a reparação do dano pela perda de uma chance.

Por outro lado, juntamente com a causalidade alternativa surgiu a causalidade parcial e, que com o intento de justificar a indenização pela perda de uma chance, a doutrina passou a considerá-las diversamente das clássicas, uma vez que aquelas são capazes de transformar os pressupostos destas sobre nexo causal.

A causalidade alternativa foi adotada porque se passou a considerá-la como uma teoria capaz de modificar os pressupostos das teorias clássicas sobre nexo de

causalidade, propugnando por uma aplicação mais ousada do próprio requisito da causalidade. Ensina Noronha (*apud* Peteffi, 2007, p. 49):

Temos a causalidade alternativa quando existem dois ou mais fatos com potencialidade para causar um determinado dano, mas não se sabe qual deles foi o verdadeiro causador. Por exemplo, não se sabe se a morte de uma pessoa ou o agravamento de sua doença são devidos à evolução natural da moléstia do que sofria, ou se a um erro médico, devidamente comprovado.

A causalidade alternativa é muito usada nos casos de responsabilidade em equipe, quando não seja possível encontrar o responsável pelo dano. E aqui foi empregada para solucionar a questão da responsabilidade da perda de uma chance. Peteffi (2007, p. 20), com fundamento em que a causalidade alternativa corresponde a uma presunção de causalidade em favor da vítima, afirma:

A utilização dessa presunção causal é defendida por Geneviève Viney em casos de responsabilidade pela perda de uma chance na área médica, fazendo com que os requisitos da causalidade clássica sejam amenizados e permitam, dessa maneira, a própria reparação do dano final.

Segundo Peteffi (2006, p. 50) a segunda teoria da causalidade parcial foi acolhida por Jacques Boré e John Makisi, os quais defendem que todos os casos de perda de uma chance estão fundados em uma idéia de causalidade parcial, considerando que as chances perdidas são o meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada).

Consoante Peteffi (2006, p. 50) John Makisi afirma que a reparação deverá ser quantificada conforme a probabilidade de causalidade provada. Se existe oitenta por cento (80%) de possibilidade de que a conduta do réu causou dano suportado pela vítima, o dano será quantificado em oitenta por cento (80%) do prejuízo total sofrido.

1.6 Da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance: dano emergente, lucro cessante e dano moral

No ordenamento pátrio não existe unanimidade quanto à natureza jurídica da perda de uma chance, subsistindo vários posicionamentos por parte da doutrina e jurisprudência. Diante disso, necessário se faz, num primeiro momento, apresentar o conceito de cada uma das espécies aptas a retratar a natureza jurídica da perda da chance.

Venosa (2006, p. 32) sustenta que “dano emergente, também conhecido por dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, [...]”. Sendo assim, dano emergente é uma diminuição no patrimônio da vítima, causado por um terceiro, em virtude de uma conduta ilícita.

Para Melo (2007): “dano emergente, como entendido pacificamente na doutrina, importa numa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima, naquilo que ela efetivamente perdeu o que hoje está consagrado no art. 402 do Código Civil”.

Com relação aos lucros cessantes, Venosa (2005, p. 362) escreve:

O lucro cessante consiste naquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar. O critério do razoável é para ser examinado em cada caso concreto, mediante a prudência do juiz não pode a indenização converter-se em enriquecimento do credor.

Melo (2007) leciona que: “Já os lucros cessantes, na definição legal, são aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar; é a perda do lucro esperável. É, portanto, algo quase certo, que somente precisa ser quantificado”. Tem-se, pois, que o lucro cessante é tudo o que a vítima deixou de lucrar por um dano sofrido. Trata-se de um fato danoso que repercute no patrimônio da vítima, ou seja, ela não auferiu o que normalmente ganharia.

Noutra vereda se atesta que o dano moral é aquele em que não há dano material, ou seja, não possui caráter patrimonial. Gonçalves (2007, p. 358) o define como sendo:

Aquele que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio, e que não é a humilhação, o vexame, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 55): "O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível ao dinheiro". Em outras palavras, pode-se afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, todos bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Como se pode verificar, o dano moral não se trata de um mero aborrecimento, nele há de ocorrer realmente uma afronta a um bem da personalidade que cause dor, vexame, humilhação à vítima.

Todo o exposto revela a intenção de firmar qual a natureza jurídica da perda de uma chance, uma vez que não é manso e pacífico, entre os estudiosos do Direito Civil, o entendimento posto acerca da perda de uma chance como espécie de dano certo e determinado.

Há quem a entenda como uma espécie de dano emergente, outros a compreendem como modalidade de lucro cessante. Outrossim, alguns visualizam a perda de uma chance como um terceiro tipo, situado entre dano emergente e o lucro cessante e, por fim, há os que afirmam que a teoria refere-se exclusivamente ao dano moral.

Sobre isso, Melo (2007) acrescenta que:

Se a perda de uma chance for enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, terá o autor da ação que provar de forma inequívoca que, não fosse a existência do ato danoso, o resultado teria se consumado, com a obtenção da chance pretendida, que é impossível. Ora, se a vitória não pode ser provada e confirmada, o mesmo ocorre em relação ao insucesso da obtenção do resultado esperado.

Assim, o enquadramento desse dano, não cabe exatamente no dano emergente nem nos lucros cessantes, ante a probabilidade e a não-certeza de obtenção do resultado aguardado. Entendo que se trata de uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante.

De outra banda, Savi (*apud* Macedo, 2008, p. 35) comenta:

Quem melhor compreendeu esta natureza jurídica foi Adriano de Cupis, que precedeu Maurizio Bocchiola, por ter conhecido a perda de uma chance como sendo uma espécie de dano emergente. Ao considerar o dano da perda de uma chance como um dano emergente, consistente na perda da chance da vitória, eliminando-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexa causal entre o ato danoso do ofensor e do dano.

Aqueles que compartilham desse entendimento acreditam que essa chance já existia para a vítima, apresentando-se de forma séria e real no momento do ato ilícito, e, portanto, atingindo-se a certeza do dano.

No que pertine à inserção da perda de uma chance no conceito de lucro cessante, Cavalieri Filho (*apud* Macedo, 2008, p. 35), escreve:

Consiste lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa do lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. A doutrina francesa, aplicada com frequência pelos nossos Tribunais fala na perda de uma chance (*perte d'une chance*) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado, etc.

Por fim, há os que sustentam que a teoria da perda da chance detém natureza exclusivamente moral, haja vista a extrema complexidade inserta no ato de quantificar os danos ocasionados pela perda de uma chance, entendendo-se que se trata de uma sub-espécie da responsabilidade extrapatrimonial. Entretanto, Savi (2006, p. 56) conclui:

Haverá casos em que a perda da chance, além de representar um dano material poderá, também, ser considerada um "agregador" do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez, que o que não se pode admitir é considerar o dano da perda da chance como sendo um dano exclusivamente moral.

Como visto, não há unanimidade acerca da natureza jurídica da perda da chance, tudo em face da escassez de estudos sobre o tema, que ainda dificulta uma abordagem mais aprofundada da temática.

1.7 A perda de uma chance como modalidade de dano indenizável

Apesar das apontadas divergências acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, é certo que esta teoria já tem sido aceita como modalidade de dano indenizável, desde que as chances perdidas possam ser consideradas séria e reais. Destarte, a chance a ser indenizada deve mostrar-se como algo que certamente iria ocorrer, e cuja concretização não foi possível em face do ato danoso.

Sobre isso, Savi (2006, p. 60) é enfático ao lecionar que:

Não é, portanto qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50%(cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda de uma chance como dano material emergente.

Portanto, para a teoria geral da responsabilidade civil, meras possibilidades subjetivas e danos simplesmente hipotéticos não são passíveis de indenização.

Ademais, é cediço que determinar a quantização da indenização pela perda de uma chance não é tarefa fácil, uma vez, que ficará ao arbítrio do juiz, cuja decisão se baseará no valor útil esperado, sendo inadmissível que, sob tal fundamento, seja negada a eventual existência do dano.

Tal como exemplifica Boré (*apud* Peteffi, 2007, p. 134) visualize-se um portador de doença incurável, que mantém a esperança de sobreviver. Todavia, objetivamente, não existe qualquer chance apreciável de cura e, para que haja procedência no pedido da vítima, a perda da chance deve representar muito mais que uma simples esperança subjetiva.

É mister que se evidencie, sempre que possível, que a chance perdida configura mais que uma mera possibilidade. Nesse diapasão, Peteffi (2007, p. 134) adverte:

A observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, de danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada.

Repise-se, por oportuno, que esta teoria busca uma responsabilização pela perda da oportunidade de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo, e não a responsabilização pela perda da própria vantagem.

Atente-se, pois, para o comentário de Abreu e Silva (2006, p. 39), que escreve:

Havendo, pois, um dano causado pela perda da probabilidade de um evento favorável, certo, sério, não hipotético, em fato já consumado por conduta comissiva ou omissiva do agente e violadora de interesse juridicamente protegido no direito positivo.

Como visto, são passíveis de indenização as situações viáveis em que haja a perda da probabilidade de concretização de um evento que fortemente seria considerado favorável à vítima, e não as meras possibilidades.

1.8 Da quantificação da indenização pela perda de uma chance

Uma outra grande dificuldade encontrada pela doutrina e jurisprudência brasileiras é referente à quantificação do dano provindo da responsabilidade pela perda de uma chance. Destarte, não obstante reconhecerem a responsabilidade civil pela perda de uma chance, alguns julgadores se confundem no momento de quantificar o dano suportado pela vítima.

A tarefa de quantificação da indenização na perda da chance não é fácil, mas o julgador não deve omitir-se de julgar tal pedido em face disto, uma vez que a própria doutrina, visando auxiliá-lo na correta fixação do valor da indenização, estabelece critérios que devem ser observados pelo aplicador e operador do Direito.

Para Bocchiola, citado por Savi (2006, p. 23), a chance seria indenizável, desde que representasse uma probabilidade de sucesso superior a 50%. Deve-se, pois, avaliar que no momento da sua perda a chance tem um valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é inquestionável. Logo, o que há de ser indenizado, é justamente, esse valor econômico da chance perdida e não o resultado final que a vítima se viu privada de realizar. (Savi, 2006, p. 63).

Dessa forma, a quantificação do dano deverá ser feita de forma eqüitativa pelo juiz, partindo-se do dano final e fazendo incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Anota Peteffi (2007, p. 138) sobre o tema:

[...] pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima [...].

Dada a impossibilidade de reparar o dano final, é que se afirma que a indenização pela perda de uma chance deverá ser calculada em montante inferior ao valor do benefício almejado. À vista disso, Peteffi (2007, p. 138) já atesta:

Isso não quer dizer que o dano pela perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral; pelo contrário, a indenização concedida sempre repara de forma integral as chances perdidas, pois a perda de uma chance é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida.

Ainda não se firmou entendimento acerca do melhor critério técnico a ser utilizado no momento da quantificação do dano pela perda da chance. O que ocorre é que o valor concedido a título de indenização é realmente bem menor do que o valor da vantagem esperada, caso tivesse sido concretizada.

No que concerne a essa questão, Peteffi (2007, p. 205) entende que:

Mesmo nos acórdãos nos quais a quantificação do dano pela perda de uma chance é levada a cabo, não há qualquer menção expressa à metodologia empregada para se chegar ao valor conferido à vítima, denotando, para o operador do direito, a impressão de uma quantificação realizada "por sentimento", isto é, sem qualquer critério técnico.

Como se vê, o entendimento que impera é o de que a fixação da indenização toma por base o valor do dano final, incidindo sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.

Utilizando-se de um conceito matemático para a quantificação do valor da indenização, Couturier (*apud* Peteffi, 2007, p. 139) ilustra com precisão o processo a ser seguido para se chegar ao valor da indenização, registrando que "a 'função chance perdida' é a derivada da 'função vantagem esperada' (dano final)".

Destaque-se que a Emenda Constitucional nº. 45 viabiliza, em determinados casos concretos de responsabilidade civil de advogados, condená-los ao pagamento de indenização consistente naquilo que seu constituinte obteria se tivesse vencido a demanda.

A desnecessidade de produção de prova rigorosa e clara do dano (que apenas se funda numa demonstração provável de sua ocorrência) redundando no parecer de que a indenização deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção do resultado desejado. Sobre isso, Savi (2006, p. 64) menciona que:

Nem sempre a quantificação da indenização pela perda de uma chance poderá ser feita facilmente. Contudo a dificuldade de medir a extensão do dano jamais poderá ser utilizada como fundamento para os que eventualmente sejam contra a indenização das chances perdidas em nosso ordenamento.

Bortoluzzi (*apud* Macedo, 2008, p.39) encerra a questão:

A perda da chance, contudo, é teoria utilizada para calcular a indenização por dano material quando há um dano atual, porém incerto, dito "dano hipotético", o qual necessitará de um juízo de valor para a aferição do quantum devido a título de indenização. O que se analisa é a potencialidade de uma perda, não o que a vítima realmente perdeu (dano emergente) ou efetivamente deixou de lucrar (lucro cessante).

Há julgados, nos tribunais brasileiros, que concedem a indenização da perda da chance, porém, a título de lucro cessante, o que constitui um equívoco, pois, como demonstrado, ainda que sejam figuras muito próximas, não são de todo iguais.

Vale ressaltar, ainda, que, quando da indenização patrimonial sob o prisma da perda da oportunidade, o que se deve levar em conta para a fixação do quantum é a chance em si, e não o que a vítima poderia ter recebido; não se pode tencionar cobrir o eventual benefício perdido.

Em que pesem os óbices postos à quantificação da indenização pela perda de uma chance, não há como negar o valor econômico da chance perdida que deve ser indenizada, desde que fundada em expectativas sérias e reais, e esse já é um bom começo.

CAPÍTULO 2 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

No presente capítulo far-se-á uma exposição sobre as garantias constitucionais do processo, iniciando com os conceitos de garantias constitucionais e de processo e seguindo com os necessários esclarecimentos acerca do surgimento e evolução das garantias e sobre as modalidades de garantias processuais, dando maior ênfase à garantia da prestação jurisdicional do Estado.

2.1 O princípio da proteção jurídica e as garantias processuais e procedimentais

A proteção jurídico-judiciária individual é extremamente importante para o Estado de Direito. (Canotilho, 2006, p. 273). Conhecida como pilar fundamental do Estado de Direito, realçou a importância, da existência de uma proteção jurídica individual sem lacunas.

Entretanto, esta garantia já foi considerada um direito fundamental meramente formal, pois a proteção dos direitos através do Direito exige uma prévia e inequívoca consagração desses mesmos direitos. (Magno, 2005).

Do Estado de Direito infere-se a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. A Constituição Federal, por sua vez, contém alguns princípios e normas designadas por garantias gerais dos procedimentos e do processo, haja vista que a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do processo e do procedimento. (Canotilho, 2006, p. 273).

O processo, na era contemporânea, persegue dois objetivos: a proteção dos direitos individuais e a verificação e proteção da ordem jurídica, a serviço da comunidade regulada pelo Direito. Estes caracterizam o movimento revolucionário que se instaurou, na atualidade, contra a concepção individualista do processo e da justiça. Nesse contexto, o Estado procura se desincumbir da sua função jurisdicional (poder-dever, reflexo de sua soberania) de modo que seja possível concretizar o bem-comum almejado pelo cidadão no seu dia-a-dia em sociedade. Para tanto, o

processo é o instrumento útil de que dispõe, cuja utilização se apóia em princípios, todos atuando com o propósito de tornar eficazes os direitos e garantias fundamentais do cidadão. (DELGADO, 2004, p.5 - 6).

2.2 O princípio da garantia da prestação jurisdicional como imposição jurídico-constitucional do legislador e como função organizatório-material

Conforme Canotilho (2006, p. 273) esta imposição é de particular importância nos aspectos processuais, pois visa dar operatividade prática à defesa de direitos. O princípio objetiva garantir uma melhor definição jurídico-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e assegurar uma defesa dos direitos segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado.

A defesa de direitos através dos tribunais representa uma decisão fundamental organizatória. Nesse sentido, assevera Temer (*apud* Kruschewsky, 2004):

Que a preservação da ordem social pela inexistência de conflitos entre seres personalizados é a determinação máxima da ordem constitucional jurídica. Por isto que, quanto antes se der solução a eventuais controvérsias, maior estabilidade ganhará a ordem social. Quando o interessado deixa de lado a via administrativa para, imediatamente, buscar o Judiciário está, na verdade, buscando a solução definitiva do litígio e a conseqüente pacificação da vida social.

2.3 Garantia de proteção jurídica e de um processo judicial

Segundo esse princípio, toda lesão ou ameaça a direito deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, num reforço ao princípio da efetividade dos direitos fundamentais, pois, segundo este, os meios judiciais devem ser efetivos na realização do direito posto ao seu conhecimento, proibindo a sua inexecutabilidade ou ineficácia por ausência do Estado-juiz. Implica um controle das questões suscitadas

no processo, de forma a possibilitar uma decisão material do litígio feita por um juiz em termos juridicamente vinculantes. (Canotilho, 2006, p. 274).

Segundo os ensinamentos de Canotilho (2006, p. 274) este tópico abre imediatamente a via para um tribunal, sendo que este não decide qual a jurisdição competente nem cria para o caso uma nova jurisdição. Isso significa que algumas das jurisdições existentes têm o dever de não declinar a competência para apreciar o caso necessitado de proteção jurídica.

2.4 Criação de um direito subjetivo público à proteção jurídica e o princípio da constitucionalidade

Todo cidadão, em princípio, tem assegurada uma posição jurídica subjetiva cuja violação lhe permite exigir a proteção jurídica. Isto pressupõe que, ao lado da criação de processos legais aptos para garantir essa defesa, se abandone a clássica ligação da justiciabilidade ao direito subjetivo e se passe a incluir no espaço subjetivo do cidadão todo o círculo de situações juridicamente protegidas. (Canotilho, 2006, p. 274).

Consoante Canotilho (2006, p. 275), o princípio da constitucionalidade implica a conformação material e formal de todos os atos com a Constituição. Sendo assim, a proteção jurídica dada a quem a procura deve estar em conformidade com os ditames da Carta Magna.

2.5 Do princípio da responsabilidade do Estado e da compensação de prejuízos

Para a efetiva proteção jurídica, se exige a consagração de institutos que garantam uma compensação pelos prejuízos derivados do ato do poder público. Considera-se, para tanto, a existência de um sistema jurídico-público da responsabilidade do Estado com o conseqüente dever de reparação do prejuízo

causados por aqueles que o representam e indenizados sacrifícios especiais impostos a determinados cidadãos. (Canotilho, 2006, p. 275).

Por fim, o princípio de acesso ao direito e garantia da tutela jurisdicional efetiva visa não apenas garantir o acesso aos tribunais, mas sim, e principalmente, facultar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um *acto da jurisdictio*. (Canotilho, 2006, p.276).

2.6 Breve esboço histórico do tema

O ideário de garantias constitucionais processuais está intimamente ligado à gênese do devido processo legal, cuja terminologia de sentido se examina apenas para constatar que, curiosamente, ambos os termos são empregados como sinônimos.

Data do século XIII a origem das garantias constitucionais processuais, mais precisamente da Magna Carta inglesa de 1215 onde o Rei João Sem Terra reconheceu em favor de seus barões, através de uma Cláusula Constitucional, algo tido como a primeira iniciativa tomada com o objetivo de disciplinar a aplicação do processo judicial.

É válido ressaltar que a Magna Carta de 1215 estabeleceu mais além de uma garantia processual genérica ou ampla em prol de todos os súditos do Rei, em função do prestígio que essa outorga vem acumulando ao longo dos séculos. Outrossim, a Cláusula da Outorga do Rei João Sem Terra restringia essa garantia aos barões feudais ingleses e se limitava apenas a um processo formalizado, algo extremamente ousado e inovador para a época, principalmente se comparado aos costumes e práticas judiciais anteriores e até contemporâneos dessa mesma outorga real. (Maia Filho, 2000, p. 9).

Maia Filho (200, p. 10) reproduz o artigo 39 da carta inglesa: “Nenhum homem livre será capturado ou preso ou desapossado dos seus bens ou liberdade ou de qualquer modo perseguido [...], senão mediante julgamento legal dos seus pares, de acordo com a Lei da Terra”.

Com fundamento em rigorosas fontes históricas, o professor Dória (*apud* Maia Filho, 2000, p. 10) refere um antecedente no próprio ordenamento inglês (Edito do Rei Conrado II, de 1037) que já fazia menção à mesma garantia, não sendo esta uma novidade apenas trazida pelo Rei João Sem Terra.

Apesar disso, a Magna Carta de 1215 é considerada, nos anais do Direito Constitucional, como o primeiro fundamento do *due process of law*. No Reinado de Eduardo III, a expressão *due process of law* foi substituída pela expressão *per legem terrae*, de alcance mais amplo e capaz de proteger um universo muito mais largo de destinatários, ultrapassando o conjunto dos barões ingleses. (Maia Filho, 2000, p. 10).

Ao longo do tempo o *due process of law* veio recebendo ampliações de extrema importância, tal como a que ocorreu no século XVII com a famosa *petition of rights*, que estendeu a referida proteção a quase todos os membros da sociedade. Ademais, essa garantia foi incorporada pelos sistemas jurídicos ocidentais de forma diferenciada do padrão inglês, uma vez que a forma de implantação ocorrida na Inglaterra não se reproduziria em outros lugares.

O Direito Constitucional Americano é a fonte próxima da expansão da garantia do *due process of law* para os países do ocidente, já que após a inclusão do texto na Constituição Americana essa garantia só evoluiu, mediante emendas e na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, partindo daí para as legislações dos povos que se inspiraram nos padrões jurídicos daquela nação. (Maia Filho, 2000, p. 11).

Saldanha (*apud* Maia Filho, 2000, p. 12) observa que a aplicação dessa garantia somente encontra espaço no Estado de Direito, compreendido como aquele tipo de Estado em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e, na base desta, a Constituição.

O Estado de Direito, assegurador de liberdades e garantias, é visto pela melhor doutrina como essencialmente limitado pela ideologia liberal burguesa; sem embargo dessa provável restrição, a expressão *due process of law* assumiu conotação genérica e mesmo universal e, segundo os ensinamentos de Maia Filho (2000, p. 12), o sistema de liberdades e garantias somente adquire consistência e efetividade, no âmbito dos direitos subjetivos, quando a estrutura estatal é dotada de um Poder Judiciário independente, obediente apenas à Constituição e às normas inferiores, desde que válidas em face desta.

2.7 Conceito de garantias constitucionais e de processo

Tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira hodiernas apontam as garantias constitucionais como sinônimos de direitos e princípios. Apesar da semelhança semântica, empregando-se o termo princípio com o sentido de garantia vê-se que, na verdade, estes vocábulos possuem significados distintos.

As garantias constitucionais são, destarte, princípios específicos e limitam o poder, na defesa das disposições que formam o Direito reconhecido. Nesse diapasão, Vettoratto (2004) menciona que, para Bonavides, as garantias constitucionais podem ser postas em um conceito mais amplo, como os pressupostos e bases do exercício e tutela dos direitos fundamentais, ao tempo em que regem, com proteção adequada e nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.

Entrementes, é mais apropriado ao estudo em curso fornecer conceito mais específico de garantia constitucional, qual seja o de garantia constitucional individual ou garantia individual, pelo qual se reconhece aos cidadãos o direito de exigirem do Poder Público a proteção aos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a tal finalidade, donde se lhe confere um alcance essencialmente subjetivo.

O processo, enquanto manifestação do poder estatal, é uma das formas de realização da justiça, uma vez que todos os atos do Estado deverão observar as garantias constitucionais positivadas. Destarte, para Grinover (*apud* Vettoratto, 2004) a análise da Constituição brasileira em vigor aponta vários dispositivos a caracterizar a tutela constitucional da ação e do processo.

Nesse sentido, colacionam-se as observações de Baracho (*apud* Barbosa, 2006), para quem:

A relação existente entre Constituição e Processo é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado. A Constituição determina muito dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e o Processo. A jurisprudência e a doutrina preocupam-se, cada dia mais, com os direitos fundamentais, daí a necessidade de medidas processuais que tenham como finalidade tutelar a liberdade, a igualdade e a dignidade, inspirando-se em princípios de justiça individual e social.

2.8 Modalidades de garantias constitucionais

As garantias constitucionais configuram o mais efetivo meio de proteção ao processo, sendo assim indispensáveis ao exercício da jurisdição, além de assegurar às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais. Cumpre salientar que nem todos os princípios do processo civil se encontram previstos expressamente como garantias constitucionais, e que estas não podem ser objeto de limitação pela legislação infraconstitucional.

Dentre as garantias constitucionais pode-se mencionar: a do devido processo legal; a da imparcialidade; a do contraditório; a da ampla defesa; da fundamentação das decisões; da publicidade; da celeridade processual; do duplo grau de jurisdição.

Entende-se o devido processo legal como um processo que se desenvolve razoavelmente, voltado à averiguação da verdade e possibilitando às as partes ter acesso à justiça deduzindo suas pretensões e defendendo-se do modo mais amplo possível, além de ser uma expressão significativa do Estado de Direito, impondo ao seu titular do dever de desenvolver-se sem afetar arbitrariamente os direitos fundamentais do indivíduo. (Jerônimo, 2006, p.15).

Nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, devendo a lei apresentar para cada tipo de litígio uma forma de composição jurisdicional. Segundo os ensinamentos de Gandra (2005, p. 115 -116): “é uma garantia constitucional, não só do cidadão, não só das instituições jurídicas, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia, mas fundamentalmente da democracia brasileira”.

A melhor doutrina, baseada nos estudos de direito comparado, já entende o *due process of law* como uma espécie de postulado, o gênero do qual derivam todos os outros princípios. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, adota expressamente a fórmula do direito anglo-saxão, quando garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, inciso LIV).

O conteúdo dessa fórmula desdobra-se num leque de garantias específicas, fazendo com que o processo civil considere o devido processo legal um princípio informativo, já que abrange e incorpora todos os demais princípios. Nery Júnior

(*apud* Jerônimo, 2006, p.19) afirma que “bastaria a Constituição brasileira ora vigente ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e a maioria dos incisos do artigo 5º seriam indispensáveis”.

A imparcialidade, por seu turno, é indissociável do exercício da jurisdição, sendo pressuposto para que a relação processual se instaure. É a garantia de um julgamento proferido por um juiz eqüidistante das partes, e lhes faculta o direito de exigir a presença de um juiz imparcial na composição dos litígios que são postos à sua apreciação. As garantias constitucionais dos magistrados (irredutibilidade de subsídios, inamovibilidade e vitaliciedade), a garantia do juiz natural e a vedação expressa à criação de tribunais de exceção estão todos ligados à garantia da imparcialidade.

Já o contraditório é considerado a garantia mais importante do processo, pois que consiste na efetiva oportunidade de participação das partes na formação do convencimento do juiz que irá proferir a sentença. Através dessa chamada dialética processual, solidificada na atuação do juiz e no contraditório deferido às partes, há certeza de pacificação social e mais justiça nas decisões.

O contraditório constitui-se em elemento essencial do processo e implica no direito que têm as partes de serem ouvidas nos autos. O processo é marcado pela bilateralidade da manifestação dos litigantes. Essa regra de equilíbrio decorre do denominado princípio da igualdade das partes, tão importante para o embate processual quanto qualquer um dos demais princípios orientadores do processo.

Consoante Nery Júnior (*apud* Jerônimo, 2006, p.22), o contraditório significa:

A necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, como também a possibilidade de as mesmas regras reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis e o direito que os contendores têm de serem ouvidos paritariamente no processo.

O contraditório, então, pode ser entendido como sinônimo de diálogo judicial, correspondendo a uma verdadeira democratização do processo e impedindo que o órgão judicial e a aplicação das regras sejam vistos como mecanismos opressores e autoritários.

A ampla defesa, por sua vez, está prevista na Constituição Federal artigo 5º, LV que reza: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados

em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Assim, a garantia da ampla defesa possibilita às partes a utilização de todos os meios e recursos previstos para a defesa de seus interesses e direitos trazidos a juízo. Durante todo o processo, portanto, as partes devem ter acesso a todos os meios legais, processuais e materiais, para assim demonstrar em juízo todas as suas razões, servindo a ampla defesa também como forma de legitimação do processo.

Trata-se de uma garantia inerente ao Estado de Direito, pois o direito de defender-se é característica essencial a todo Estado democrático, uma vez que a garantia da ampla defesa significa a liberdade que o indivíduo possui de alegar a existência de fatos e apresentar provas em defesa de seus interesses. Se porventura a uma das partes não se facultar a utilização de todos os meios e recursos legais para a defesa de seus direitos, há o que se denomina de cerceamento de defesa, não se desenvolvendo um processo justo. Por isso, a aplicação do princípio da ampla defesa não se limita a beneficiar apenas o réu, estendendo-se também a outros sujeitos da relação processual, além de terceiros juridicamente interessados. (Jerônimo, 2006, p.19 - 20).

Na prolação de uma sentença o juiz visa a pacificação social, possibilitando à parte vencida a interposição de recursos caso não se conforme com a decisão judicial. É com base nisso que a Constituição hodierna exige dos órgãos judiciários que fundamentem todos os seus atos decisórios, já que a garantia assegura às partes o conhecimento das razões do convencimento do juiz e do porquê da conclusão registrada em sua decisão.

A garantia da motivação das decisões judiciais está disposta no artigo 93, IX da Constituição Federal que preceitua: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. Ademais, a fundamentação tem sido exigida até em decisões proferidas no âmbito administrativo, sob pena de nulidade da sanção aplicada.

Consoante Arruda (*apud* Jerônimo, 2006, p. 31), fundamentar “significa dar as razões de fato e de direito que levaram à tomada da decisão. A fundamentação deve ser substancial e não meramente formal”. Outrossim, há uma exceção a essa

garantia: os julgamentos de competência do Tribunal do Júri Popular, através dos quais o acusado é julgado por pessoas do povo, mediante repostas afirmativas ou negativas aos quesitos formulados pelo juiz de direito, sem haver qualquer motivação quanto ao juízo condenatório ou absolutório. (Jerônimo, 2006, p.32).

Consoante o artigo 5º, LX da Constituição Federal: "A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". Destarte, como forma de controle da atividade jurisdicional pelas partes e garantia de honradez do procedimento, todos os atos praticados em juízo devem ser públicos, e o acompanhamento processual pelas partes, seus procuradores e qualquer do povo é requisito essencial para a validade do ordenamento processual, afastando todas as suspeitas existentes.

Do artigo sobredito infere-se que essa garantia não é absoluta, vez que, em determinados casos, dar publicidade a quem não faça parte do processo pode gerar prejuízos irreparáveis e, desta feita, poderá haver restrição quando o interesse social ou a defesa da sociedade assim o exigir. (Jerônimo, 2006, p. 34). Vale ressaltar que o princípio da publicidade é ferramenta de fiscalização da qualidade da prestação de serviços oferecida pelo Poder Judiciário, que deverá conformar suas decisões com o teor dos dispositivos constitucionais. (Jerônimo, 2006, p. 35).

A garantia constitucional da razoável duração do processo adveio com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu no artigo 5º o inciso LXXVIII, que reza: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Sendo assim, o princípio da celeridade processual determina que os processos devam desenvolver-se em tempo razoável, de modo a garantir a utilidade do resultado alcançado ao final da demanda.

Como derivação dos princípios da inafastabilidade de acesso ao Poder Judiciário e do devido processo legal, a nova regra constitucional representa a preocupação do legislador com a confusão que pode ser feita entre celeridade e razoável duração dos processos e as simples rapidez com que devem tramitar os processos administrativos e judiciais. A pressa, aproveitando o adágio popular, pode significar sintoma de injustiça, e, para que isso não ocorra, é necessário que a agilidade na tramitação dos procedimentos processuais não despreze os elementos necessários a que se produzam decisões justas, ainda que às vezes um pouco demoradas. (Hélio, 2005).

Por fim, registre-se que a doutrina diverge ao considerar se o duplo grau de jurisdição tem ou não *status* constitucional, haja vista a omissão da Constituição Federal de 1988, que polemiza a sua inserção no rol das garantias constitucionais. Não obstante, compreende-se o duplo grau de jurisdição como um princípio constitucional, uma vez que a Lei Maior garante (de forma implícita) ao litigante a possibilidade de reexame das decisões pela instância superior, desde que atendidos os requisitos previstos em lei. (Jerônimo, 2006, p. 23).

Como regra, portanto, toda decisão ou sentença judicial está sujeita ao reexame feito pela segunda instância, a ser provocado pela parte que se sentiu prejudicada com tal decisão, através da interposição de um recurso ordinário ou de ofício. Essa garantia visa coibir manifestação de abuso de poder por parte do juiz, fato este que poderia, ao menos em tese, ocorrer se não estivesse a decisão sujeita a reexame por outro órgão judiciário. Ademais, as suas decisões poderiam estar erradas, em virtude da falibilidade humana por vezes presente nos atos cotidianos.

2.9 A garantia constitucional da prestação jurisdicional

A interferência do Estado para defender os direitos dos particulares perante outros torna claro que, aos jurisdicionados em geral, se confere o uso do processo judicial para ver dirimidos os litígios postos, e isso se concretiza na atuação dos órgãos jurisdicionais do Estado. Essa intervenção do Estado manifesta o conteúdo da garantia da prestação jurisdicional.

É importante destacar, *a priori*, a diferença existente entre Tutela Jurisdicional e Prestação Jurisdicional. Para Luis Guilherme Marinoni, por exemplo, tais expressões se confundem com tutela jurisdicional do direito e tutela jurisdicional, respectivamente.

A Tutela Jurisdicional, pois, é o meio através do qual o Estado assegura a manutenção do império da ordem jurídica e da paz social nela fundada, uma vez que todo titular de direito subjetivo lesado ou ameaçado tem acesso à Justiça para obter do Estado a tutela adequada. Entretanto, note-se que o provimento da justiça nem

sempre corresponderá à tutela jurisdicional de algum direito, já que não se exige da parte, para usar o processo e chegar à resposta jurisdicional, que ao final se mostre o titular de um direito. Outrossim, sempre haverá uma prestação jurisdicional, porque uma vez exercido regularmente o direito de ação sabe-se que o juiz não poderá recusar-se de pronunciar a sentença de mérito, seja favorável ou não àquele que o exercitou. (Marinoni, 2007, p. 272).

A Prestação Jurisdicional é exercida através da ação e, na lição de Liebman (*apud* Marinoni, 2007, p.182): “A ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional”. Sendo assim, vê-se que o exercício da ação não está condicionado à existência de direitos, uma vez que tanto para o autor como para o réu a ação configura o direito a um pronunciamento estatal que solucione a lide, pouco importando qual seja a solução dada pelo juiz.

Pode-se observar, deveras, que a ação e a prestação jurisdicional estão intimamente ligadas, sendo aquela o meio hábil para se buscar a certeza ou a segurança suscitada pelo conflito de interesses, mediante prestação do Estado, e notando-se que ambas independem da efetiva existência do direito material em exame.

É impossível, pois, tratar acerca de uma sem referir-se à outra. Nesse sentido, Neves (2003), afirma que: “A ação traduz um direito (poder) público subjetivo de o indivíduo provocar o exercício da atividade jurisdicional do Estado”.

A prestação jurisdicional foi proclamada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, definindo-se em seu artigo 10 que:

Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um tribunal independente e imparcial para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), também confirma e proclama a garantia da prestação jurisdicional em seu artigo 8º, que diz:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A apreciação do que vem a ser a prestação jurisdicional indica a forma como o Poder Judiciário compõe os litígios, isto é, seja aplicando o direito ao caso concreto mediante o proferimento de uma sentença de mérito; seja forçando o devedor ao cumprimento de suas obrigações; ou mesmo concedendo uma garantia processual de eficácia dos resultados obtidos nos processos de conhecimento ou de execução.

Ao pedir determinada tutela jurisdicional do direito, o autor espera um provimento que, contemplando o mérito, o reconheça, ou seja, a pretensão à tutela jurisdicional não se satisfaz com qualquer sentença de mérito, porém só com a sentença de procedência.

A prestação jurisdicional, ao contrário, não se preocupa com o que a sentença seja ou não procedente. Nesse diapasão, qualquer pessoa que exerça seu direito de ação tem direito de exercer influência sobre o convencimento do juiz, mas isso não redundará na exigência de que a ação dependa da existência de um direito material, uma vez que todos têm garantida, constitucionalmente, a prestação jurisdicional, sejam ou não titulares do direito material reclamado. (Carvalho, 2005)

É válido repisar que quando alguém exerce seu direito de ação, praticando todos os atos indispensáveis à formação do convencimento do juiz, ainda que a sentença seja improcedente é evidente que houve uma prestação jurisdicional, não importando se não se concede a tutela jurisdicional.

Segundo explicita Marinoni (2007, p.183) não é válida a idéia de que a prestação jurisdicional somente é concedida na sentença favorável, daí se infirmando a concepção de que a prestação jurisdicional apenas é outorgada quando a sentença é procedente. A prestação jurisdicional deve ser compreendida como a resposta da jurisdição ao direito de participação em juízo das partes.

O Desembargador Franciulli Netto (2005) afirma que a prestação jurisdicional não está produzindo o efeito desejado em decorrência da morosidade da justiça, atribuindo este problema às leis de organização judiciária e à falta de uma redefinição moderna do aparelho judiciário e apontando, como medida necessária

para maior eficiência da prestação jurisdicional, a revalorização dos juízes de primeira instância e dos tribunais estaduais locais e regionais, mostrando deveras que a maioria das causas deveria ser julgada, em caráter definitivo, pelos tribunais de segundo grau.

Ensina Vieira (2000):

Não basta que o Estado, através de seus órgãos, preste esta jurisdição. É necessário que o "munus" judicante do Estado seja prestado com rapidez e eficiência, ou seja, que o magistrado traga a efetividade da prestação jurisdicional, dentro dos prazos estabelecidos por lei [...].

A entrega da prestação jurisdicional, em definitivo, se dá com a sentença, já que o exercício do direito de ação obriga o Estado a dar solução ao conflito. Hoje, entende-se que tal entrega pode ocorrer de várias formas: a) declaração de que o demandante não pode reclamar o direito; b) declaração de que a pretensão do autor é procedente; c) condenação do réu.

Dessa forma é que ao Poder Judiciário é dada a tarefa de realizar o *munus* judicante a cargo do Estado. O artigo 5º, XXXV da Carta Magna preceitua que nenhuma lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo poderá ser subtraída ao seu exame, registrando o alcunhado direito à jurisdição que está umbilicalmente acoplado ao conflito de interesses, condição indispensável e justificadora da necessidade da prestação da tutela jurisdicional.

Do exposto infere-se que a responsabilidade pela perda de uma chance pode ser passível de indenização, uma vez que consiste num dano injusto, sendo necessário à viabilização do dever de indenizar, a demonstração da existência do nexo de causalidade e do dano, que deve ser sério e real.

Assim, a indenização pela perda de uma chance parte da premissa de que os danos passíveis de serem indenizados são potenciais e prováveis, ou seja, objetivamente aferíveis, jamais se admitindo com relação àqueles eventuais e hipotéticos, isto é, esperanças puramente subjetivas, pelo que se mostra de grande relevância a atuação do magistrado em cada caso concreto. Dentre as hipóteses de perda de uma chance, encontra-se, em matéria contenciosa, a atitude culposa de um advogado que perde o prazo de recurso de apelação e faz com que seu cliente

perca a chance de ver o seu direito reconhecido na instância superior. (Jerônimo, 2006, p. 45).

Dessa forma, a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou presunção.

CAPÍTULO 3 A PERDA DA CHANCE E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Cumprido apresentar, neste capítulo, a perda da chance sob o enfoque processual, ou seja, verificar as consequências das chances perdidas no âmbito do processo judicial, fazendo uma breve exposição sobre a perda da chance e a indenização cabível, os tipos de danos gerados quando a perda da chance afronta a prestação jurisdicional e por último, a aplicabilidade dessa teoria no âmbito do serviço prestado pelo Poder Judiciário.

3.1 Da aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no Direito Brasileiro

É de modo ainda tímido e paulatinamente que o ordenamento jurídico pátrio vem reconhecendo e aplicando a teoria da perda de uma chance. Na maioria das vezes, a teoria vem sendo aplicada corretamente quando se objetiva negar a indenização pela perda de chances que não podem ser consideradas sérias e reais, sendo este o requisito exigido à concessão de indenizações a este título.

Ensina Severo (*apud* Savi, 2006, p. 66) com muita propriedade, que:

A questão da perda de uma chance está inserida na esfera da certeza do dano, visando a indenização do dano causado quanto a vítima vê frustrada, por ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça. Por isso, adverte, invocando o ensinamento de Le Tourneau, "no que tange à indenização pela perda de uma chance é essencial que a mesma seja plausível e não aponte uma simples quimera".

Savi (2006, p. 69), por sua vez, cita um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que há uma correta aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance para afastar a indenização pleiteada em face da mera possibilidade de participar de um sorteio. Veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE CHANCE DE PARTICIPAR DE SORTEIO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AFASTADA. A certeza quanto à existência do dano, presente ou futura, exigida como requisito de sua reparabilidade, não deve ser enfocada de forma absoluta, pois entre o dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, situa-se a denominada 'perda de chance', mas a pretensão indenizatória, pela perda de uma chance, nasce da probabilidade de ganho na hipótese de conduta diversa do terceiro, não bastando a mera possibilidade. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO (TJRS, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 598310511, Rel. Des. Mara Larsen Chechi, julgado em 07/04/199).

Savi (2006, p. 69) igualmente transcreve o voto da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Mara Larsen Chechi, que dita:

[...] Como vimos, não basta a possibilidade. A pretensão indenizatória, pela perda de uma chance, nasce da probabilidade de ganho na hipótese de conduta da ré, não há como reconhecer, em favor do autor, a perda de uma chance nos moldes exigidos para merecer a proteção do direito, nem se cogita aqui, por óbvio, de um dano direto e certo, atual ou futuro.

Como se pode observar, a teoria da perda de uma chance leva a uma estreita ligação entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro, pois se trata de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que não mais se poderá saber se o lesado por si só alcançaria ou não os ganhos ou se evitaria ou não a certa vantagem, pois que um ato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades.

Hodiernamente, a maioria dos civilistas faz uso dessa teoria, principalmente nos casos que envolvem responsabilidade do advogado e erros médicos passíveis de indenização.

Dias (*apud* Macedo, 2008, p. 43) apresenta a seguinte definição:

A responsabilidade civil pela perda de uma chance tem características bem peculiares que a diferem das outras situações que envolvem perdas e danos. É 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 seu cliente.

Sobre o tema, anota Peteffi (2007, p. 135) que:

[...] A utilização da perda de uma chance é observada tanto nos danos advindos do inadimplemento contratual, quanto naqueles gerados pelos ilícitos absolutos, assim como nas hipóteses regidas pela responsabilidade subjetiva e pela responsabilidade objetiva.

A chance perdida, como repisado, deve mostrar-se séria e real e não apenas fulcrada em suposições, configurando uma nova forma de se analisar os prejuízos sofridos pela vítima.

3.2 A perda da chance e a indenização cabível

Como já abordado no capítulo primeiro, a quantificação da indenização em virtude da responsabilidade pela perda de uma chance é um grande problema enfrentado pelos doutrinadores estrangeiros, tal como ocorre aqui no Brasil.

Entrementes, já se estabelece uma concordância no que tange ao indenizável, pois o que se indeniza é a perda da possibilidade de obtenção do resultado esperado ou de evitar um prejuízo, desde que a chance revele-se séria e real, vez que inconcebível o ganho hipotético e eventual.

Ao aplicador do direito caberá, na análise de cada caso concreto, estabelecer a diferença entre a perda de uma chance e o dano meramente incerto. Assegura Gondim (2005, p. 24) que:

[...] a jurisprudência e a 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.

E nesse sentido, Melo (2007) orienta que:

[...] o que se indeniza não é o valor patrimonial total da chance por si só considerada, como equivocadamente se tem visto na maioria dos pedidos. O que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado; o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final

esperado [...], a indenização, coerentemente, deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção do resultado almejado.

É de ver-se, pois, que quando se indeniza, toma-se como padrão a potencialidade da perda e não a perda objetiva, limitando dessa forma a quantificação das chances perdidas a um valor obrigatoriamente menor do que o valor da vantagem esperada pela vítima.

Para auferir a indenização cabível, é de extrema importância a fixação de alguns critérios para a concessão da indenização, principalmente em um país no qual a teoria da perda de uma chance está se desenvolvendo.

Em 2002, a Primeira Câmara da Corte de Cassação Francesa confirmou que “a reparação da perda de uma chance deve ser mensurada de acordo com a chance perdida e não pode ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance caso ela tivesse se realizado” (Peteffi, 2007, p.138).

Observa-se, desta feita, que ao cabimento da indenização é imprescindível que as chances perdidas mostrem-se sérias e reais e que seja reparada a perda da possibilidade de conseguir alguma vantagem, não sendo passível de indenização a própria vantagem.

3.3 Previsão legal

O ordenamento pátrio não reconhece expressamente a responsabilidade civil pela perda de uma chance, não havendo, portanto, previsão de admissibilidade e conseqüente aplicabilidade da teoria da perda de uma chance.

Porém, os exames dos textos e doutrinas concernentes ao assunto revelam que não há qualquer empecilho para a execução da referida teoria, que já se mostra aceitável entre os civilistas brasileiros.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V, estabelece cláusula geral de responsabilidade quando prevê que o causador do dano a outrem é obrigado a repará-lo de modo proporcional.

Um mandamento semelhante é encontrado nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, os quais servem de amparo para a aplicação dessa teoria no Brasil por reforçarem a idéia de que o causador do dano a outrem, indiscutivelmente, deverá repará-lo na exata proporção do agravo sofrido.

Outrossim, o artigo 402 do citado Código Civil de 2002, preceitua: "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

Consoante Gondim (2005, p. 24):

[...] de um lado tem-se que o Código Civil Brasileiro impõe a certeza do dano como pressuposto da reparação, omitindo a possibilidade de indenizações das "chances", sendo que por outro lado, tem-se um dos princípios fundamentais do instituto da responsabilidade civil, qual seja o *neminem laedere*, referindo-se à necessidade de indenização às lesões sofridas por qualquer indivíduo.

No entendimento de Peteffi (2007, p. 215-216), o caminho que o direito nacional segue denota a aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo, uma vez que no ordenamento brasileiro não se encontra qualquer dispositivo que possa tornar-se impedimento para a aplicação da teoria da perda de uma chance. Acredita-se que as propostas sobre a quantificação do dano, bem como as diferenciações em relação à modalidade de responsabilidade pela criação de riscos, estão em total conformidade com o direito positivo e poderão enriquecer o modelo jurídico nacional da teoria da perda de uma chance.

Martins-Costa (*apud* Peteffi, 2007, p. 214), versando acerca da teoria da perda de uma chance e relacionando-a ao critério da certeza do prejuízo sofrido pela vítima, escolheu o artigo 403 do Código Civil para fundamentar seu posicionamento, escrevendo: "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".

Afirma Peteffi (2007, p. 215), ainda sobre o tema, que:

O principal fator de aceitação da teoria da perda de uma chance está caracterizado na nova maneira de considerar as probabilidades. [...] Atualmente, uma simples chance possui valor pecuniário, assim como a

perda desta mesma chance pode acarretar prejuízo patrimonial. Nesse sentido o avançar da tecnologia possibilitou um refinamento crescente nos métodos de avaliação e quantificação de evidências estatísticas.

Savi (2006, p. 90) tratando da perda da chance como uma subespécie de dano emergente, afirma que o artigo 402, primeira parte do Código Civil dá respaldo à indenização pela perda da chance, já que o dispositivo está se referindo, conforme pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, ao que ele efetivamente deixou de lucrar (danos emergentes).

Consoante se percebe, não há nenhum empecilho ao reconhecimento da indenização pela perda de uma chance no ordenamento brasileiro. Porém, a fundamentação legal para seu enquadramento está condicionada às diversas posições dos aplicadores do direito, em razão da imaturidade dos estudos sobre a teoria.

3.4 Dano moral, dano material e dano processual

Para que incida a responsabilidade civil é imprescindível, como se sabe, que ocorra o dano. Eis a definição dada por Alvim (apud Gonçalves, 2006, p. 545):

Dano em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.

Observa-se que a ocorrência do dano é imprescindível a que se reconheça a responsabilidade civil, sendo indispensável a prova real e concreta dessa lesão para que ocorra o pagamento da indenização pleiteada. O mesmo acontece quando se busca a indenização pela perda de uma chance; deverá haver um dano sério e real e não uma mera expectativa, a qual não ensejará nenhum tipo de indenização.

A perda de uma chance jamais pode ser considerada em abstrato, pois que se deve atestar a certeza do dano, a partir do necessário exame do caso concreto. Adverte Silva (1999 p. 41- 42):

Normalmente, a apuração da certeza vem ligada à atualidade. O que se exclui de reparação é o dano meramente hipotético, eventual ou conjuntural, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se. O problema surge, notadamente, quando o demandante, por sua culpa, priva o defendente de realizar um ganho ou evitar uma perda. Afigura-se o fato de uma situação que já é definitiva e que nada modificará; mas por um fato seu o defendente detém o desenvolvimento de uma série de acontecimentos que poderiam oferecer a chance de ganhar ou de perder. [...].

A perda da chance é capaz de gerar, portanto os três tipos de dano: moral, material e processual, separados ou cumulativamente. No que concerne ao dano moral, Savi (2006, p. 47) traz um julgado da época em que o dano decorrente da perda da chance era considerado um dano exclusivamente moral, entendimento totalmente incorreto. O autor relata que o proponente da ação participou de um concurso público para provimento do cargo de oficial escrevente, tendo sido atribuída nota zero à sua prova de datilografia porque a organização do concurso não a localizou entre as demais. Em decorrência da nota, o candidato foi reprovado e, diante da seriedade da chance perdida, o juiz julga a ação procedente, condenando o réu ao pagamento de indenização a título de dano moral.

Com efeito, durante muito tempo os tribunais ignoraram o dano material decorrente da perda da chance, por considerar a perda da chance como modalidade de dano moral.

Savi (2006, p.43) ainda relata que, indubitavelmente, a perda da chance pode representar um dano material e, ainda assim, ser indenizada a título de dano moral. Para tanto, narra um exemplo em que se verifica o dano da perda da chance e também a condenação por danos morais. É o caso dos artistas que no auge da carreira receberam uma proposta da gravadora ré lhes oferecendo um contrato mais favorável do que o mantido com outra gravadora (promessa de gravação de três LPs). Contudo, a empresa ré descumpe todos os compromissos firmados e arruína a carreira do grupo. Examinando acuradamente a questão, o juiz verifica que a gravadora frustrou a possibilidade de sucesso e ganho dos autores, configurando-se a perda de uma chance. Após fixar a indenização pelos danos materiais, o juiz

afirma que o grupo suportara também dano de natureza moral, pela dor, sofrimento e humilhação sofridos, que não se confunde com o dano decorrente de uma perda de natureza patrimonial.

Com efeito, há casos em que o julgador não poderá indenizar o dano decorrente da chance perdida, por não se tratar de uma chance séria e real, mas essa perda de mera expectativa poderá gerar a perspectiva de indenização por dano moral.

É válido ressaltar, quanto à questão dos danos morais e materiais, o caso do “Show do Milhão”, extraído do recurso especial julgado em 2005, no qual houve reconhecimento favorável da responsabilidade civil pela perda de uma chance. (*apud* Macedo, 2008, p.46).

Em linhas rápidas, o mencionado entrave é concernente a um concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio seria alcançado, dentre outras regras, caso o participante respondesse corretamente à pergunta valorada em um milhão de reais.

Acontece que a autora, ao conhecer a pergunta final, observou que não lhe cabia resposta correta, e optou por não respondê-la. Mais tarde, sentindo-se lesada, pleiteou indenização por danos morais e materiais, com base na perda de uma chance. Em sua obra, Savi (2006, p. 43), verifica que:

Não obstante a impossibilidade de certeza quanto ao acerto de uma eventual futura nova pergunta, o Ministro reconheceu que a oportunidade, a chance de ganhar o prêmio máximo do programa, já existia no patrimônio da autora quando da conduta da ré e, por este motivo, tendo a chance sido perdida, a autora faria jus a uma indenização.

Nota-se o inquestionável acolhimento pelo Superior Tribunal de Justiça da responsabilidade civil pela perda de uma chance, no exemplo sobredito, por se tratar de privação de oportunidade séria e real.

Já o dano processual é a quebra do método, aquilo que vai gerar um dano ao sistema. Esse prejuízo vai atingir muitas vezes as partes ou o adversário daquele que o praticou, mas, em outras, alcança o próprio Estado e a dignidade do Poder Judiciário. O dano processual pode ser resultante das atividades do magistrado, dos integrantes do Ministério Público e dos auxiliares do juízo e qualquer um destes atores está sujeito a ser compelido ao pagamento de indenização.

A responsabilidade pela perda de uma chance permite indenização a esse título quando há, por exemplo, a indevida retenção de autos ou prática de qualquer ato abusivo, ocasionando a perda de um direito por uma das partes, que representa um dano processual e pode levar o juiz a responder por perdas e danos.

Costumeiramente, observa-se que devido à morosidade da Justiça, muitas pessoas têm perdido a chance de ver seus direitos reconhecidos. No site Jus Navigandi (2008) se relata que Nazira Pires Amado há 22 anos vem lutando para se divorciar na 12ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro. A mesma afirma que seu patrimônio já foi todo perdido e que seus muitos anos de trabalho e esforço para ter uma velhice tranqüila foram jogados fora, graças à morosidade da justiça brasileira, por isso mesmo está pleiteando indenização a ser paga pelo Estado, uma vez que não se realizou o direito pretendido.

Na Constituição do Brasil, por força da Emenda Constitucional nº. 45, foi inserido programaticamente mais um dispositivo ao artigo 5º, de nº. LXXVIII, que prevê que todo o processo deve sofrer apenas uma razoável demora. Para o desembargador Barros (2000), o razoável vai além do aspecto programático e possui um caráter incisivo: todos os operadores do Direito têm que ter essa meta já que a não razoabilidade da demora sem dúvida, provoca lesão, obstando o regular andamento do processo.

Analisando-se a jurisprudência pátria, raramente se encontram registros de indenização a título de dano processual, uma vez que esse tipo de dano está ligado à idéia de litigância de má-fé, e também porque sua aplicação é restrita no âmbito da perda de uma chance, pois que a concessão de dano processual na perda de uma oportunidade requer uma ruptura no regular procedimento, afetando a garantia da prestação jurisdicional.

3.5 A aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito processual

A aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance cresce a cada dia, mesmo que de forma acanhada, na jurisprudência brasileira.

Savi (2006, p.44) reconhece que a pesquisa de jurisprudência realizada “demonstra como o tema da responsabilidade civil por perda de uma chance vem se tornando cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro”.

No entanto, a grande parte dos tribunais brasileiros (que não tiveram contato direto com a teoria da perda da chance) desconhece a teoria, logo, não há uma aceitação sistemática por parte da jurisprudência brasileira.

Nesse sentido, Peteffi (2007, p.186) afirma:

Não obstante, o entusiasmo com o inquestionável crescimento do número de julgados envolvendo a teoria da perda de uma chance deve ser temperado pelo fato de a maioria dos tribunais brasileiros ainda não ter tomado contato com a teoria. Assim, mesmo avançando a passos largos, seria impróprio afirmar que a teoria da perda de uma chance já goza de aceitação sistemática, por parte da jurisprudência brasileira.

É certo que há carência de julgados sobre o assunto (Macedo, 2008, p. 48), principalmente nos casos em que a perda da chance colide com a garantia da prestação jurisdicional, os quais, na maioria das vezes, não são passíveis de indenização.

A prestação jurisdicional, conforme já exposto, consiste na solução dada pelo Estado quando acionado para compor um litígio, ou seja, quando uma das pessoas envolvida no conflito aciona o Estado, cobrando-lhe uma solução. Quem exerce o direito de ação torna-se credor do Estado, que lhe passa a dever a solução do conflito. Por isso, chama-se prestação jurisdicional a solução oferecida pelo Estado. (TOLEDO, 2000).

Desta feita, um advogado que perde um prazo para interposição de um recurso, por responsabilidade exclusiva sua, causa dois danos ao seu cliente: o primeiro é a perda da chance do direito de interpor um recurso, gerando o dever de indenizar se as chances forem sérias e reais; e o segundo consiste no fato de que a perda dessa oportunidade afrontou a prestação jurisdicional, de modo que o cliente teve o seu direito frustrado, uma vez que o Estado não reexaminou a decisão proferida.

No âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, extrai-se um Agravo Regimental julgado em 2000 no qual não houve reconhecimento favorável da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Trata-se do caso em que o

advogado perde o prazo para a interposição de recurso contra sentença desfavorável aos interesses de seu constituinte e este formula o pedido de indenização requerendo a condenação do advogado ao pagamento de tudo aquilo que receberia se a sua reclamação trabalhista tivesse sido julgada.

Em linhas gerais, o tribunal afirmou que o autor da ação deveria ter requerido a indenização pelo fato de ter perdido a chance de ganhar a ação em virtude da negligência do advogado para interposição do recurso contra a sentença. Eis o voto do ministro relator Eduardo Ribeiro (*apud* Savi, 2006, p. 71):

Em sua inicial, pediu o autor que a indenização pelos danos suportados com a conduta desidiosa dos advogados fosse equivalente ao que pleiteava na ação trabalhista. O tribunal de origem entendeu que, embora provada a culpa do primeiro réu, o pedido seria improcedente porque incertos os danos pleiteados. Conclui-se que o autor deveria ter requerido indenização pelo fato de ter perdido a chance de ser vencedor em sua demanda [...].

Ora, inquestionável o acolhimento pelo STJ da responsabilidade civil pela perda de uma chance, no exemplo supracitado, se este tivesse sido o pedido formulado pelo autor da ação. Dentre os casos julgados nesta Corte de Cidadania raros são os casos, postos à sua apreciação, nos quais a perda da chance fere a garantia constitucional da prestação jurisdicional.

Em 2007, houve um recente julgado concernente à questão, no Agravo Regimental interposto ao Agravo de Instrumento nº. 932.446 - RS (2007/0167882-9), onde este tribunal negou provimento ao pedido, cuja ementa segue:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. ADVOGADO QUE PERDE PRAZO RECURSAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO FORMULADO POR SEU CLIENTE COM BASE NA PERDA DE UMA CHANCE. ACÓRDÃO VERGASTADO RECONHECENDO QUE A AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA POR CLIENTES EM SITUAÇÃO IDÊNTICA RESULTOU EXITOSA. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO.

- Não há ofensa ao Art. 535 do CPC se o acórdão recorrido examinou, motivadamente, todas as questões pertinentes.
- É inadmissível o recurso especial deficientemente fundamentado. Aplicável à espécie a Súmula 284, STF.
- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Negado provimento ao agravo regimental. (STJ, 3ª Turma, Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº. 2007/0167882-9, Rel. Des. Nancy Andrighi, julgado em 06/12/2007).

O objeto se refere a uma ação proposta pelo autor em face do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul e do próprio Estado. Tendo sido informado pelo escritório contratado acerca da improcedência da ação, tanto em primeiro grau quanto no Tribunal de Justiça, nota que a apelação não foi conhecida por intempestividade. Destarte, sustenta que houve culpa por parte dos profissionais que o representavam e afirma ter sofrido danos materiais e morais em decorrência da perda de uma chance.

Em contestação, os requeridos afirmaram que propuseram ao autor o ajuizamento de uma ação rescisória, tendo este manifestado o seu desinteresse, mesmo sabendo que tal ação obteve êxito para os outros integrantes da lide originária de que o ora autor fazia parte. Entende-se, daí, que a perda da chance deu-se por culpa do autor, que não quis ajuizar uma ação rescisória, posto que a obrigação do advogado é de meio, não de resultado, refutando a incidência de danos materiais e morais. Nos termos do voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi (STJ on-line) tem-se que:

[...] o autor, por motivos de foro íntimo, optou por não fazer parte da demanda rescisória, o que fez com que não fosse atingido pelos efeitos daquela. Todavia, essa situação não faz com que seja reconhecida responsabilidade civil dos requeridos por perda de uma chance, porque foi o próprio demandante quem optou por não integrar a lide rescisória, tolhendo de si mesmo o direito que, posteriormente, foi reconhecido aos demais. Pelo se constata, portanto, é que os demandados obraram com desvelo no exercício de mandato lhes outorgado. Buscaram da forma apropriada, a tutela dos direitos perquiridos por seus mandantes, não se verificando desídia de suas partes a ensejar qualquer dever indenizatório. O agravante atacou tal acórdão, propugnando, em seu Especial, que houve inquestionável perda de prazo e, com isso, a desídia dos agravados teria restado comprovada nos autos. [...] Ocorre que a agravante não enfrenta o ponto nodal da fundamentação que levou o Tribunal de origem a manter a sentença, ou seja, o fato de os danos resultarem, essencialmente, de sua escolha, e não da conduta dos agravados [...].

Sendo assim, é fácil notar que há uma inclinação do Superior Tribunal de Justiça para o reconhecimento da teoria da perda de uma chance, e que nos casos analisados o referido juízo não desconheceu a indenização pela perda de uma chance, apenas não detectou nos autos a presença dos requisitos para sua aplicação.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul encontra-se o maior número de julgados concernentes à teoria ora estudada. Em abril de 2003 este tribunal, na

Apelação Cível nº. 70004247219, negou provimento ao recurso interposto por entender que restava prescrito o direito de ação por culpa exclusiva do titular. Eis a ementa:

EMENTA: SEGURO. PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DEFEITUOSA DO SERVIÇO. DIREITO DE AÇÃO PRESCRITO. Não há se falar em serviço defeituoso, se o autor deixou de ter direito a receber a indenização securitária pela morte de sua esposa em razão do advento da prescrição. Tendo sido o único causador do advento do prazo prescricional, não cabe requerer indenização de eventuais danos da seguradora. Apelo improvido. (TJRS, Apelação Cível nº. 70004247219, Rel.Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha julgado em: 03/04/2003).

O objeto em tela se refere a um pedido de indenização proposta pelo autor contra uma seguradora, alegando que a mesma tivera prestado um serviço defeituoso. No entanto, não há que se falar em reparação de dano por falta de serviço, pois aí não se tem prestação, seja defeituosa ou deficiente.

A pretensão tem cunho essencialmente contratual, e o pedido é de cumprimento contratual. O autor, de fato, confunde-se, ora admitindo que perdeu a apólice (razão pela qual só chegou a requerer o pagamento do seguro quando já prescrito) ora sustentando que a responsabilidade pelo não pagamento da verba securitária é da seguradora (STJ on-line).

Percebe-se que o autor, em face de um descuido, perde o direito de receber o dinheiro da apólice, uma vez que o pedido de pagamento de verba securitária nos contratos de seguro de vida em grupo tem prazo exíguo, e o autor, como só veio a encontrar a apólice após quatro anos contados da data de falecimento de sua esposa, não requereu em juízo a exibição da mesma por parte da seguradora.

Sendo assim, observa-se que o autor perdeu a chance de receber o *quantum* assecuratório por agir com negligência, e que essa perda teve seu reflexo no âmbito processual, já que o autor teve o seu direito de ação negado, ferindo a prestação jurisdicional (STJ on-line).

Em recente caso, julgado em março deste ano, esse tribunal, na Apelação Cível nº. 71001474584, deu parcial provimento ao recurso interposto contra a desídia na prestação de serviços advocatícios. Segue a ementa:

EMENTA: REPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DA CHANCE. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. OMISSÃO NA APRESENTAÇÃO DE CONTRA-RAZÕES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.

1. O fato de não ter o advogado constituído pelo autor apresentado recurso, visando elevar valor da indenização por danos morais obtida em decisão de primeiro grau, quando inclusive pediu a reabertura de prazo para tal finalidade e de tampouco ter ofertado contra-razões ao recurso da parte demandada na indenizatória, tendo como desfecho do processo o provimento do recurso e a improcedência da pretensão. 2. Como a verificação do dano envolve a teoria da perda da chance, já que há de se apurar a expectativa de benefício incerto ou de prejuízo que poderia ser evitado, há de se avaliar a responsabilidade civil do causídico, não só mercê da investigação da conduta culposa, mas também a partir da realidade e seriedade da possibilidade de interferir na decisão judicial do órgão recursal, ou seja, na probabilidade de que a decisão fosse diversa daquela tomada no julgamento em que houve a negligente atuação. 3. Considerando tal critério, há de se estabelecer a indenização no montante equivalente a 75% do valor da indenização perdida com a reforma da sentença. 4. Não há, entretanto, em situação que envolve ilícito contratual e em que não evidenciada ofensa a atributo de personalidade, como impor indenização por danos morais. Recurso parcialmente provido. (TJRS, Apelação Cível nº.71001474584, Rel. Des. Ricardo Torres Hermann, julgado em 23/03/08).

Em linhas rápidas pode-se registrar que o mencionado entrave diz respeito a uma ação de indenização proposta pelo autor contra advogado que atuou como procurador em uma demanda de indenização por danos morais. O autor, no primeiro processo, logra êxito, vendo reconhecido seu pedido de indenização por danos morais no valor de R\$ 3.069,00 (três mil e sessenta e nove reais). O causídico, então, demonstrou interesse em interpor recurso em favor do seu constituinte, no intuito de ampliar o valor obtido a título de ressarcimento moral, requerendo inclusive abertura de prazo. Porém, deixa o lapso temporal previsto à interposição de recurso transcorrer *in albis*, sequer apresentando contra-razões ao recurso inominado, ofertado em contrapartida pelo réu. (Macedo, 2008, p. 48).

Na Turma Recursal, deu-se provimento ao recurso do réu, reformando a sentença dantes benigna ao autor e sendo julgado improcedente o seu pedido exordial. Tem-se no voto do relator Ministro Ricardo Torres Hermann (STJ, on-line):

No caso dos autos, a probabilidade era, de fato, grande de se obter êxito na ação, tanto assim que contou com decisão de primeiro grau favorável e o desfecho da Turma Recursal só não foi melhor, seja pela indenização fixada, seja pela falta de oferecimento de contra-razões, seja ainda por sequer ter sido acompanhado o julgamento, o que revela de fato a perda de chance real e séria de êxito na demanda.

Considerando que o advogado deixou de propor o recurso no prazo estipulado, o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que houve evidente prejuízo ao demandante (poderia ter sido evitado) em decorrência da grande probabilidade de que a decisão fosse diversa daquela tomada no julgamento em que houve a negligente atuação do patrono do autor.

Peteffi (2007, pág. 202) descreveu semelhante julgado, também oriundo deste colegiado, com desfecho diferente:

Em uma situação de responsabilidade de advogado pela interposição de recurso intempestivo, o Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em decisão de 17 de setembro de 2003, realizou coerente análise da seriedade das chances perdidas. Diante da pouquíssima probabilidade de o recurso obter provimento de mérito, considerou que o não-conhecimento do recurso, devido à intempestividade, não representava uma chance digna de reparação.

Na decisão em análise o advogado deixa de apresentar recurso contra sentença que lhe foi desfavorável. Só que neste exemplo, o tribunal entendeu que não se tratava de chance, séria e real, para ensejar uma reparação.

A Apelação Cível de nº. 0416840-9, julgada em 13 de setembro de 2007, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, também é clara em reconhecer a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance quando este apresenta recurso deserto:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO - RECURSO NÃO CONHECIDO EM VIRTUDE DA DESERÇÃO - CULPA CARACTERIZADA - DANOS MORAIS PELA "PERDA DE UMA CHANCE" - DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES NÃO CARACTERIZADOS - OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO - MEROS ABORRECIMENTOS PELA FALTA DE INFORMAÇÕES QUE NÃO JUSTIFICAM A INDENIZAÇÃO. 1. A obrigação assumida no exercício da advocacia é de meio e não de resultado, razão pela qual não pode ser responsabilizado pelo simples fato de não ter obtido o sucesso na demanda proposta. Danos materiais e lucros cessantes não caracterizados. 2. A falta de informações e frustração das perspectivas da autora não gera, por si só, o direito à indenização por danos morais, haja vista tratar-se de mero aborrecimento, presente rotineiramente e que decorreu, principalmente, da escolha desacertada da própria apelante. 3. Reconhecida. (TJPR, Apelação Cível nº. 0416840-9, Rel.Des. Rosana Amara Girardi Fachin, julgado em: 13/09/2007).

O referido tribunal deixa claro que, apesar de a obrigação do advogado não ser de resultado e sim de meio, cabe a este no exercício de sua profissão ser cuidadoso e sempre agir com cautela, sob pena de ser responsabilizado civilmente pelo cliente prejudicado. Ao interpor o recurso sem o devido preparo, resta provado e autorizado o dever de indenizar, apenas pela perda da chance de ver o recurso examinado pelo tribunal. (Macedo, 2008, p. 53). Logo, o tribunal reconheceu a indenização por danos morais decorrente da perda da chance.

O Tribunal de Justiça de Sergipe, por sua vez, reconheceu a responsabilidade pela perda de uma chance ao julgar a Apelação Cível nº. 1552/2004:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL – ADVOGADO - PRESCRIÇÃO DA AÇÃO A QUE SE OBRIGOU A INTERPOR – AJUIZAMENTO TARDIO – CULPA RECONHECIDA EM CONCURSO COM A CULPA DO CLIENTE, QUE NÃO OUTORGOU A PROCURAÇÃO DEVIDA E NÃO COMUNICOU A MUDANÇA DE ENDEREÇO – INDENIZAÇÃO HAVIDA POR PERDA DA OPORTUNIDADE EM SAGRAR-SE VENCEDOR, E NÃO A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS PELO VALOR PRETENDIDO NA AÇÃO DE COBRANÇA – REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS E MATERIAIS ARBITRADOS – APELO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE – DECISÃO UNÂNIME. O advogado que, embora não munido do instrumento do mandato deixa prescrever o direito de ação a que se obrigara a interpor, responde pelo dano ao cliente, em concurso de culpa com este que não outorgou a procuração e mudou de endereço sem comunicar, até mesmo porque o art. 37 do Código de Processo Civil autoriza o ajuizamento de ações desnudas de mandato em hipóteses que tais: - A culpa do causídico em casos deste jaez, é cristalina, e se insere no art. 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº. 8.906, de 04/07/1994) e no art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 11/09/90), devendo o cliente ser indenizado pela perda da oportunidade em sagrar-se vencedor na demanda, cuja ação prescreveu, e não pelo total do quantum ali pleiteado, porque não se tem certeza da outorga do direito, muito embora, mesmo modificada a causa, possa a reparação ser consignada no mesmo valor. (TJSE, Apelação Cível nº. 2004204755, Rel. Des. José Artêmio Barreto, julgado em: 29/08/2005).

O apelado sustenta, pois, que o apelante não propôs a ação no prazo legal e que o seu direito de acionar o Poder Judiciário prescreveu; enquanto o recorrente afirma que o recorrido não providenciou o instrumento de mandato que lhe autorizaria ajuizar a demanda.

No caso em análise, o tribunal entendeu haver culpa concorrente das partes, reconhecendo a conduta culposa do advogado e o dever de indenizar a perda da oportunidade de buscar o direito, sendo necessário também uma invasão no suposto direito cuja ação prescreveu.

Por fim, houve a manutenção da condenação, sob o fundamento de que na perda da chance por culpa do advogado o que se indeniza é a negativa de possibilidade de o constituinte ter o seu processo apreciado pelo Poder Judiciário, e não o valor que eventualmente esse processo poderia lhe propiciar a final. (Macedo, 2008, p. 56).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte também adota a teoria da perda da chance, que passou a ser reconhecida após a análise da responsabilidade civil pela falha de um sindicato que deixou de incluir nomes de filiados em uma demanda trabalhista. A Apelação Cível nº. 2003.001640-1, julgada em 08/04/2008 é conferida pelo relator Saraiva Sobrinho (Macedo, 2008, p. 53) que escreve:

[...] Cabe ao ente sindical tomar todos os cuidados ao prestar seus serviços de assessoria jurídica aos seus filiados evitando omissões ao não incluí-los devidamente como beneficiários em demanda judicial, devendo arcar com os ônus decorrentes dessa falha, ou seja, reparação material, a fim de manter o equilíbrio, bem como moral, com dois vieses, um reparatório e outro punitivo [...].

No acórdão sobredito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte bem motiva que houve perda salarial decorrente da conduta ilícita do sindicato que deixa de inserir nomes de filiados em pleito trabalhista, o que provoca a perda da oportunidade de participarem de reclamação judicial exitosa. Conceitua este tribunal a perda da chance como “[...] uma terceira modalidade de dano patrimonial, vista como um intermediário entre o conceito de dano emergente e o de lucro cessante”.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também se mostrou favorável à responsabilidade pela teoria da perda de uma chance, quando julgou a Apelação Cível nº. 1.0040.05.037125-7/001, reconhecendo a integral reparação. Segue a ementa:

EMENTA: APELAÇÃO – PERDAS E DANOS - SEGURO DE VIDA EM GRUPO – SINISTRO – NEGATIVA PELA SEGURADORA – EXCLUSÃO INDEVIDA DO SEGURADO – REGULARIZAÇÃO PELA ESTIPULANTE REALIZADA A DESTEMPO – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – INSS – PRESUNÇÃO IURIS TANTUM – PERDA DE UMA CHANCE – RESPONSABILIDADE DA ESTIPULANTE – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] Evidenciada a prática de um ato ilícito e injusto por parte da estipulante, que exclui o nome do funcionário do quadro de segurados, provando-o da oportunidade de receber a indenização securitária contratada, exsurge a aplicação do princípio da responsabilidade civil. Nos termos da Constituição da República no seu art.

5º, V, evidencia-se uma cláusula geral de responsabilidade, a qual dá amplo amparo a aplicação da teoria da perda de uma chance, ao dizer que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem, o que vem sendo corroborado na redação dos arts. 186 e 927, do Código Civil de 2002. Aquele que causar dano a outrem deve repará-lo na exata proporção do agravo sofrido, concluindo-se pelo art. 402, do Código Civil de 2002, que "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar". Aplicação da teoria da perda de uma chance implica no dever indenizatório pela privação da teoria da perda da possibilidade de obtenção do resultado esperado, o qual será proporcional ao montante integral, considerando-se a maior ou menor probabilidade em obtê-los. (TJMG, Apelação Cível nº. 1.0040.05.037125-07/2001, Rel.Des. Marcelo Rodrigues).

Como se vê, o autor desta interpelação anuiu a um seguro de vida em grupo, que, dentre as coberturas previstas, continha a de invalidez permanente por doença, e quando requereu junto à seguradora o pagamento da respectiva indenização de direito, esta lhe foi indevidamente negada. Constatou-se que houve um erro no sistema de informática da seguradora, ocasionando, assim, a exclusão do nome do apelante do quadro de seus segurados e dificultando-lhe a prova de que preenchia os requisitos exigidos no contrato para o recebimento do seguro pleiteado, ocasionando a perda da chance.

Conforme demonstrado, não há como negar, em determinados casos de perda da chance, a existência de um dano jurídico passível de indenização, uma vez que haja uma chance séria e real de possibilidade de lucro antes da ocorrência do fato danoso, pois as simples esperanças aleatórias não fundamentam a responsabilidade pelas chances perdidas.

O Brasil possui uma cláusula geral de responsabilidade civil que prevê a reparação de qualquer dano sofrido pela vítima, incluindo-se o dano pela perda de uma chance, desde que preenchidos os requisitos necessários para gerar o dever de indenizar, mostrando-se provado que o ordenamento pátrio deve admitir a teoria da responsabilidade civil pelas chances perdidas.

É inconcebível, pela própria evolução da responsabilidade civil e do princípio da plena reparação dos danos, não acolher a teoria da perda de uma chance, ainda mais quando esta ofende a prestação jurisdicional, uma vez que reconhecida a existência de uma vítima de dano injusto que perdeu uma chance séria de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, devendo ser, por este motivo, indenizada a contento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na pesquisa realizada procedeu-se aos estudo da teoria da perda da chance no âmbito processual, visando acercar-se dos efeitos produzidos pela aplicação dessa teoria quando há afronta à prestação jurisdicional. Assim, foram analisados os danos oriundos dessa ofensa, bem como a aplicabilidade da perda da chance no âmbito processual e a indenização cabível quando reconhecida a aplicabilidade da teoria no caso concreto.

Atualmente, a busca pela reparação integral dos danos sofridos pela vítima incitou a doutrina e a jurisprudência pátria a criarem mecanismos e artifícios, juridicamente respaldados, para aumentar as possibilidades de reparação efetiva dos danos.

É nesse sentido que caminha a responsabilidade pela perda de uma chance, corrente inovadora, que trata do reconhecimento de indenização nos casos em que há privação da oportunidade de se auferir uma vantagem ou evitar uma perda, desde que séria e real.

A responsabilidade pela perda de uma chance é tema bastante relevante, pois amplia a área de atuação da responsabilidade civil, uma vez que possibilita a indenização da vítima, independente de ser qualificada como dano emergente, lucro cessante ou nova espécie de dano.

Em se verificando os requisitos imprescindíveis e em se tratando de chance, a melhor doutrina e a maioria da jurisprudência, não de forma sistemática, têm se posicionado favoráveis à indenização das chances perdidas quando ofendida a prestação jurisdicional.

Cabe, pois, ao julgador, em cada caso concreto, avaliar o dano ocorrido constatando se realmente a chance subtraída era séria e se, a partir de cálculos de probabilidades, a mesma detinha condições de ser auferida.

Percebeu-se que a maioria dos pedidos feitos pelas vítimas ao Poder Judiciário são concernentes ao dano moral e material, uma vez que a atuação do dano processual é restrita à comprovação da quebra no regular procedimento, afetando a garantia da prestação jurisdicional.

Registre-se que não há previsão legal expressa sobre esta responsabilidade no direito brasileiro. Ademais, o tema não está solidificado na doutrina e a jurisprudência ainda o trata de forma tímida.

Quanto a sua aplicabilidade no âmbito processual, vê-se que é uniforme seu reconhecimento pelos tribunais pátrios, nos quais, foram encontrados vários julgados com aplicação dessa tese quando se afronta a prestação jurisdicional, o que denota que sua aceitação está em fase de ebulição no ordenamento jurídico brasileiro.

Verificou-se, ainda, que ao cabimento da indenização é imprescindível que as chances perdidas apontem-se sérias e reais, e que a reparação seja concernente à perda da possibilidade de se conseguir alguma vantagem, não se indenizando a própria vantagem.

Por fim, o que se deve ter em mente é que o assunto não comporta um estudo generalizado, com abrangência de todos os pontos dessa teoria contudo, pretendeu-se demonstrar a sua aplicabilidade no âmbito processualístico brasileiro, com base na doutrina e nas jurisprudências encontradas até o momento, como forma de contribuição à sociedade e comunidade científica, trazendo mais informações sobre o assunto e admoestando os estudiosos para a real necessidade do seu exame, de modo infinitamente mais profícuo e aprofundado.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Laudiana Andriola. *Responsabilidade Civil do Advogado por Perda de Uma Chance*. Sousa: UFCG, 2007.

BARBOSA, Hélio de Oliveira. *Princípios Constitucionais do Processo Civil*. Canal de Direito- PUC Minas. Novembro 2006. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/41799.html>>. Acesso em: 07 out. 2008.

BARROS, Humberto Gomes de. *O que é prestação jurisdicional? Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n.8, Nov./dez. p. 65 – 67, 2000. Disponível em :<<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8500>>. Acesso em : 09 out. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 out. 2008.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2008.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina: 2007.

CARVALHO, Luciano Lúcio. *Prestação Jurisdicional efetiva: Um Direito Fundamental*. Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/luciano%20lucio%20de%20carvalho.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2008

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. In *Coletâneas de Leis sobre os Direitos da Criança e do Adolescente*. UNICEF. Brasília: Inesc, 2004.

DELGADO, José Augusto. *A Supremacia dos Princípios nas Garantias Constitucionais do Cidadão*. Disponível em: <http://www.bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/3232/4/A_supremacia_dos_principios_nas_garantias.pdf>. Acesso em: 15 nov 2008.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. *Breves Reflexões Sobre a Prestação Jurisdicional*, 23/02/2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1995>>. Acesso em: 09 out. 2008..

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HÉLIO, João. *A Reforma do Judiciário e os Direitos e Garantias Fundamentais - 1ª parte*. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/colunas/olharjuridico/524606.html>>. Acesso em: 15 nov. 2008..

JERÔNIMO, Ellen Maciel. *O Devido Processo Legal e a Relevância do seu Aspecto Material*. Sousa: UFCG, 2006.

KRUSCHEWSKY, Eugenio. *Direito de Acesso ao Judiciário*. Disponível em: <<http://www.facs.br/revistajuridica/edicao-agosto2004/docente/doc.3.doc>>. Acesso em; 11 nov. 2008.

MACEDO. Luiza Alves. *Responsabilidade Civil pela perda de um chance no Direito Brasileiro*. João Pessoa: UNIPÉ, 2008.

MAGNO, Alexandre. *Princípios do Direito Constitucional*. Disponível em: <<http://www.alexandremagno.com/read.php?nid=82>> Acesso em: 15 nov. 2008.

MAIA FILHO. Napoleão Nunes. *Estudos temáticos de Direito Constitucional*. Fortaleza: UFC, 2000.

MARINONE, Luis Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. V.1. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição Brasileira*. v.1. São Paulo: Manole, 2005.

MELO, Raimundo Simão, *Repertório de Jurisprudência IOB*, n.º 8. 2007. Vol. 3. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, *Apelação Cível nº1.0040.05.037125-7/2001. Vicente de Paulo de Assis x Transcol Transp Cosntruções Ltda . Reator: Marcelo Rodrigues*. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br/juridico>>. Acesso em: 02 ago. 2008.

NAVIGANDI, Site Jus. Fórum. Disponível: <<http://forum.jus.uol.com.br/discussao/83592/cabe-pedido-indenizacao-do-estado-pela-morosidade-da-justica/>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

NEVES, Clarice. *Ação: conceito, teorias, condições e pressupostos da ação processual civil*. Disponível em: <<http://www.professoramorim.com.br/amorim/texto.asp?id=2004>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

PARANÁ, Tribunal de Justiça, *APC nº. 0416840-9. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Maria Helena Torres Pincelli x Sérgio Roberto Giatti Rodruigues. Julgado em: 13/09/2007.* Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/Jurisprudenciadetalhes.asp?Sequencial=12&TotalAcordaos=31&Historico=1>>. Acesso em: 05 jul. 2008.

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

RIO GRANDE DO NORTE, Tribunal de Justiça. *APC. Nº. 2003.001640-1. Relator: Saraiva Sobrinho. Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Mossoró e Região x Francisco Henrique Beserra da Fé e outros. Julgado em: 08/04/04.* Disponível em: <<http://www2.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0>>. Acesso em 30 abr. 2008.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. *Ap. Nº. 70004247219. Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. Luis Carlos da Silveira x Sasse CIA Nacional de Seguros Gérias. DJ 03/04/2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/prude/ementa.php>. Acesso em: 04 nov. 2008.*

_____, Tribunal de Justiça. *APC.Nº. 71001474584. Relator: Ricardo Torres Hermann. André Luis Brito Tellier x André Luiz Lopes Scalzilli. Julgado em: 23/03/2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 08 ago. 2008.*

SAVI, Sérgio, *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SERGIPE, Tribunal de Justiça. *APC.nº. 2004204755. Relator: Des. José Artêmio Barreto. José Fernandes Rodrigues x Ebenezer Construções Ltda. Julgado em : 29/08/2005. Disponível em: <<http://www.tj.se.gov.br/tjnet/jurisprudencia/processo.wsp>>. Acesso em 10 nov. 2008.*

SILVA, Rafael Peteffi, *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo. Atlas, 2007.

SILVA, Roberto de Abreu. *A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil*. Revista EMERJ, v.9, n.36. Rio de Janeiro, 2006.

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº.2007/0167882-9, Terceira Turma, Rel.Ministra Nancy Andrigui, julgado em 06/12/2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp.?livre=perda+da+chance+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 04 nov.2008.*

TOLEDO, Regina. *Justiça em prestações*. 2000. Disponível em: <<http://retoledo.sites.uol.com.br/palestra1.htm>>. Acesso em: 13 out. 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. Vol. 4. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VETTORATO, Gustavo. *Garantias Constitucionais no processo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº. 364, 6. Julho. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5371>>. Acesso em: 07 out. 2008

VIEIRA, Walber Siqueira. *A Prestação Jurisdicional*. Disponível em; <<http://WWW.universojuridico.com.br/publicações/doutinas/default.asp?action=doutrina&coddou=651>>. Acesso em: 09 out. 2008.