

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

LIGIA CAVASSANA SILVA

RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL:

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO SEGURO DE E&O

São Paulo

2020

LIGIA CAVASSANA SILVA

RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL:

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO SEGURO DE E&O

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção
do título de Bacharel no Curso de Direito
da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Orientadora: Professora Doutora Márcia Maria de Barros Correa

São Paulo

2020

LIGIA CAVASSANA SILVA

RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL:

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO SEGURO DE E&O

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção
do título de Bacharel no Curso de Direito
da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em: / /

BANCA EXAMINADORA:

Professora Márcia Maria de Barros Correa
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professora Andrea Boari Caraciola
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professora Lia Felberg
Universidade Presbiteriana Mackenzie

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Aldemar Silva, por me inspirar diariamente e me auxiliar em toda a minha caminhada no meio jurídico.

À minha mãe, Sueli Cavassana, e meu irmão, Aldemar Silva Filho, por me darem força e incentivo durante toda a minha trajetória na faculdade de direito.

Aos meus amigos, Letícia Furtado, Juliana Pozzi, Lorena Caldeira, Bernardo Battestin, Marília Bassi e Kalyne Neme, por me acolherem tão bem, me apoiarem e compreenderem os meus finais de semana dedicados aos estudos.

Aos meus chefes, Camila Prado, Laura Pelegrini, Marcia Cicarelli, Juliana Piolla, Thais Muchiuti, Thomas Togni, Valéria Januário e André Perez, por colaborarem ativamente para o meu crescimento profissional e permitirem que eu me apaixonasse pelo direito civil, em especial, o ramo de seguros e resseguros.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, em especial a Faculdade de Direito, por me proporcionar cinco anos de intenso aprendizado jurídico e pessoal. A todos os mestres e mestras, representados pela professora Márcia Maria de Barros Correa, que me orientou tão bem durante a elaboração do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre o instituto da responsabilidade civil profissional, além do surgimento e aplicação do dano indenizável pela perda de uma chance, que, se aplicado aos casos de responsabilização de profissionais liberais que exercem obrigações de meio, ocasiona impactos também no seguro de responsabilidade civil profissional, denominado seguro de E&O. Utilizou-se como metodologia pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, com o intuito de expor o tema e analisar as hipóteses de sua aplicação.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Profissional. Obrigações de meio. Teoria da Perda de uma Chance. Seguro de E&O.

ABSTRACT

The present study deals with professional civil liability, as well as the appearance and application of the damage arising from the loss of a chance, which, if applied to cases of liability of professionals who exercise obligations of means, also impacts the professional civil liability insurance, also known as E&O insurance. Doctrinal and jurisprudential research was used as a methodology in order to expose the theme and analyze the hypotheses of its application.

Keywords: Professional Civil Liability. Obligations of means. Theory of the Loss of Chance. E&O insurance.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1. RESPONSABILIDADE CIVIL | 10 |
| 1.1. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA | 10 |
| 1.2. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL..... | 14 |
| 1.3. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 15 |
| 2. RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL | 17 |
| 2.1. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO | 17 |
| 3. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE | 22 |
| 3.1. COMO SURTIU A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE..... | 22 |
| 3.2. ACEITAÇÃO DA TEORIA PELO DIREITO BRASILEIRO | 23 |
| 3.3. NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE..... | 26 |
| 3.4. CHANCES SÉRIAS E REAIS | 29 |
| 3.5. QUANTIFICAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE | 30 |
| 3.6. A PERDA DE UMA CHANCE OCACIONADA PELOS PROFISSIONAIS LIBERAIS QUE EXECUTAM OBRIGAÇÕES DE MEIO | 34 |
| 4. SEGURO DE E&O | 38 |
| 4.1. CONTRATO DE SEGURO | 38 |
| 4.2. OBJETIVO DO SEGURO DE E&O | 39 |
| 4.3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NAS REGULAÇÕES DE SINISTROS DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL..... | 45 |
| CONCLUSÃO | 49 |
| REFERÊNCIAS | 51 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar o surgimento da Teoria da Perda de uma Chance, importada do direito francês, e, especialmente, os desdobramentos de sua aplicação em casos envolvendo a responsabilidade civil profissional dentro da seara de análise do seguro de E&O.

Para o desenvolvimento dessa monografia foi utilizada uma metodologia em análise qualitativa, visando incluir uma revisão bibliográfica de doutrinas e artigos científicos devidamente publicados no âmbito eletrônico, bem como será feita uma revisão documental, consultando a legislação no ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência, a fim de trazer um melhor amparo sobre a tratativa do tema na prática nacional.

Como se sabe, a constante evolução da sociedade acabou por ensejar a modificação do paradigma da reponsabilidade civil ao longo dos anos, o que, conseqüentemente, ampliou significativamente a noção de dano indenizável.

A responsabilidade civil, que em determinado tempo dependia necessariamente do elemento da culpa, acabou se adaptando às imperatividades da população moderna, e se modificou a fim de trazer mais segurança às vítimas de atos ilícitos.

Assim, percebeu-se um distanciamento do entendimento de que só poderia ocorrer a responsabilidade caso estivesse presente o elemento da culpa, e se passou a admitir, também, a responsabilização de agentes independentemente de restar configurada a sua culpa pelo evento, surgindo a chamada responsabilidade civil objetiva.

Porém, analisar-se-á no presente trabalho uma espécie de dano indenizável que difere completamente das outras modalidades conhecidas, o dano pela perda de uma chance.

Essa modalidade de dano, ao contrário dos danos materiais ou morais, não depende de um resultado final para restar caracterizada. Isto porque, o dano indenizável pela perda de uma chance necessita, somente, da configuração da perda da possibilidade de se auferir uma vantagem ou se de evitar um prejuízo.

Se explanado, também, acerca do surgimento crescente de demandas judiciais ajuizadas em face de profissionais liberais que durante o exercício de suas

atividades laborais remuneradas e contratualmente avençadas podem cometer erros e ocasionam prejuízos aos seus clientes.

Além disso, conforme será analisado, em se tratando de uma obrigação de meio, em que o serviço contratualmente avençado traz riscos inerentes à atividade e não se pode garantir um resultado final positivo ao cliente, o profissional pode ser demandado judicialmente pela perda da chance de seu cliente obter um resultado proveitoso.

Não obstante, no interior deste estudo serão feitas algumas considerações relacionadas ao contrato de seguro, bem como passam a ser elencados os objetivos, condições e usuais cláusulas de exclusão de cobertura relacionadas ao seguro de E&O, aquele que garante prejuízos ocasionados por erros profissionais destes prestadores durante o exercício de suas funções.

Por fim, considerando que o seguro de E&O visa garantir as perdas e danos ocasionados pela própria responsabilidade civil desses profissionais, será apresentado como os seguradores fazem uso dessa teoria durante as regulações de sinistros e suas defesas em demandas judiciais ajuizadas pelos segurados.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A responsabilidade civil, como é usualmente conhecida, é um instituto de diversas mudanças sensíveis ocorridas ao longo da história, conforme será observado a seguir.

Em um estágio mais avançado da sociedade em que já se verificava a existência de Estados soberanos, o governo começou a se preocupar em encontrar uma forma de combater a prática de atos ilícitos pelos cidadãos que não envolvesse reações diretas e violentas provenientes das vítimas aos causadores do dano.

Assim, o Estado, que por vezes se mantinha inerte frente à vingança privada utilizada contra os agentes agressores, passou a vedar tal prática, substituindo o direito de retaliação da vítima pelo direito à compensação econômica do dano sofrido.

Ao praticar um ato ilícito, o ofensor passou a ser obrigado a neutralizar os efeitos de sua conduta com o pagamento de uma quantia predeterminada para a modalidade de infração cometida. É nesse momento que surgiram as tariffações para diversas formas de dano, como as previstas no Código de Ur-Nammu, no Código de Manu e na Lei das XII Tábuas.

As distinções iniciais entre “pena” e “reparação” foram estabelecidas pelos romanos, diante da diferenciação entre delitos públicos e privados. Os delitos públicos eram aqueles que possuíam implicações mais graves na sociedade, nos quais havia a violação de dispositivos considerados de relevante importância social, enquanto os delitos privados eram aqueles em que a conduta do ofensor causava danos à pessoa da vítima ou a seus bens.

Deste modo, o agente que praticava um delito deveria compensar o dano com seu patrimônio aos cofres públicos, nos casos dos delitos públicos, e à própria vítima, nos casos de delitos privados.

Diante disso, “o Estado assumiu assim, ele próprio, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal”¹.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 46.

É por este motivo que a obrigação de reparar um dano surgiu em uma época mais recente da história, visto que, anteriormente, a responsabilidade civil e a penal confundiam-se. Neste momento histórico, começam a ser adotadas, então, sanções diversas ao agente de delitos civis e penais, sendo aplicada com relação à primeira a indenização e, com relação à segunda, a pena.

Contudo, um importante marco na história da responsabilidade civil foi a criação da Lei Aquiliana, que instituiu a figura da responsabilidade extracontratual – ou aquiliana –, que era fundada na culpa. Com o referido diploma, que possuía caráter geral, qualquer indivíduo que agisse com culpa, ainda que levíssima, e causasse um dano, era obrigado a repará-lo.

De acordo com Venosa:

O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquiliana* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustificadamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade, embora exista hoje um abismo considerável entre a compreensão dessa lei e a responsabilidade civil atual. A *Lex Aquiliana* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens².

Posteriormente, com o advento da Revolução Industrial no Século XVIII, houve uma transferência do enfoque da responsabilidade civil, que passou da culpa, elemento central da indenização, para o dano. Tal mudança se deu em virtude do surgimento de diversas teorias dentro do estudo da responsabilidade civil, que visavam propiciar uma maior segurança jurídica às vítimas de condutas ilícitas.

Naquela época, era crescente o número de lesões aos direitos de indivíduos, que resultavam, especialmente, do aumento exponencial da população; da diversidade de atividades de exploração de solo e riquezas; da industrialização; do aumento das causas produtoras de danos; e da luta desigual entre as empresas ricas e as vítimas desprovidas de recursos.

Conforme leciona Noronha:

No que interessa à responsabilidade civil, a revolução industrial agravou enormemente os riscos a que as pessoas antigamente

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 463.

estavam sujeitas, fazendo crescer as demandas no sentido de eficaz reparação deles. Por outro lado, ao proporcionar melhores condições médias de vida e de cultura, aquela pela disponibilidade maior de bens, esta graças essencialmente ao estabelecimento de escolas postas ao alcance das grandes massas, impulsionou a valorização do ser humano, fazendo com que este, como observa Jourdain³, passasse a aceitar ainda menos os golpes do destino, recusando a desgraça e exigindo a reparação de todo o dano sofrido. A exigência de uma conduta culposa como pressuposto da responsabilidade, não se coaduna com a aspiração social no sentido da reparação de todos os danos causados por outrem³.

Surge nesse momento, como observa Noronha⁴, o triplo fenômeno da responsabilidade civil, consistente na expansão dos danos suscetíveis de reparação, na coletivização da responsabilidade, e na sua objetivação.

A expansão dos danos suscetíveis de reparação, como vimos, é consequência das mudanças históricas sofridas com a Revolução Industrial, e se traduz no anseio da população de uma reparação que abranja o maior número de pessoas possível, trazendo mais segurança às vítimas de atos ilícitos.

No tocante a coletivização, de acordo com Noronha, percebeu-se:

[...] o declínio da responsabilidade individual, perante o desenvolvimento de processos comunitários para indenização de diversos danos, especialmente os que atingem a integridade física ou psíquica das pessoas; tais danos são postos a cargo de todo um grupo social, ou mesmo de toda a sociedade⁵.

Quanto à objetivação da responsabilidade civil, a mais notória consequência da Revolução Industrial, verificou-se um distanciamento do entendimento de que só poderia haver responsabilidade caso presente o elemento da culpa. Dito isto, competia à vítima demonstrar, somente, a relação de causa e efeito entre a conduta do ofensor e o dano sofrido, para que lhe fosse devida à reparação⁶.

Consequentemente, surge a conhecida Teoria do Risco, por meio da qual se pune o autor de uma atividade de risco pelos danos dela advindos, independentemente da existência de culpa. Nota-se que o enfoque na capacidade de diligência do causador do dano, fator que constituía a análise de sua culpa, foi

³ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. Florianópolis: Sequência, Estudos Jurídicos e Políticos., UFSC, vol. 19, n. 37, 1998, p. 27. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>. Acesso em 07 jun. 2020.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem, p. 26.

⁶ FRANÇA, Rodrigo Dumans. *A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Dissertação de Mestrado, 2009, p. 25.

substituído pela análise objetiva da reparação do dano causado à vítima. Deste modo, os donos de empresas poderosas da época que auferiam bônus com os lucros da atividade, eram obrigados a responder pelos ônus dela advindos.

O atual ordenamento jurídico brasileiro utiliza como regra geral em seus diplomas a responsabilidade subjetiva, ou com culpa, consagrada pelo *caput* do artigo 927 do Código Civil, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002⁷.

Nesta modalidade de responsabilidade, para que surja o dever de indenizar, faz-se necessária a efetiva comprovação do ato danoso, do dano, do nexo causal deste com a conduta do ofensor e, imprescindivelmente, da culpa do agente pelo evento.

Nesse sentido, a responsabilidade do agente somente é afastada caso reste comprovada ausência de culpa do agente, ou que os danos sofridos decorrem exclusivamente de culpa da vítima, de fato de terceiro, de caso fortuito ou de força maior. São essas as situações que rompem o nexo causal entre o dano e a conduta do agente, fazendo com o que o dever de indenizar seja mitigado ou até excluído por completo.

Apesar da responsabilidade subjetiva ser regra ordenamento jurídico brasileiro, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil⁸ traz as hipóteses de aplicação da responsabilidade objetiva, ou sem culpa, ao direito brasileiro. Verificando, nesta seara, que há uma subsistência entre esses dois institutos e que serão aplicados a depender dos casos concretos e do entendimento que a própria jurisprudência ou o Código Civil passam a inserir nas situações ocorridas.

Assim, tal modalidade de responsabilidade poderá ser utilizada quando alguma lei expressamente a autorizar, nos casos em que a atividade desenvolvida seja considerada como de risco, ou ainda, ao arbítrio do magistrado durante o julgamento do caso concreto.

⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 927, parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

No próximo subitem será analisada especificamente o instituto da responsabilidade civil contratual e extracontratual, correlacionando-se, inclusive, com essas iniciais menções que foram retratadas neste primeiro momento.

1.2. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Além da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, o direito pátrio consagrou duas outras modalidades de responsabilidade: a contratual e a extracontratual. Para realizar essa distinção, é preciso, neste momento, identificar da atividade que deriva o ato danoso que se pretende indenizar.

Como se pode deduzir, a responsabilidade civil contratual é aquela que advém do descumprimento de um contrato, de uma obrigação preexistente ou de um negócio jurídico unilateral.

Nessa modalidade, haviam sido pactuados determinados direitos e obrigações, os quais, contudo, foram descumpridos pelo agente que, diante da ocasião, se tornou inadimplente. Assim, o inadimplemento ou a mora no cumprimento de tal obrigação gera um ilícito contratual e o dever de indenizar.

Essa reponsabilidade está baseada no dever de resultado, o que ocasionará na presunção de culpa pela inexecução da obrigação avençada.

Percebe-se, assim, com o inadimplemento do quanto foi estipulado em contrato, surgirá uma nova obrigação, a de reparar os prejuízos decorrentes do descumprimento contratual.

Já a responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana, é aquela que não deriva de um contrato, mas de um dever de conduta ou de uma transgressão de comportamento do agente⁹.

Assim, inexistente vínculo prévio entre o causador do dano e a vítima, porquanto estes não estavam conectados por qualquer relação anterior, seja ela obrigacional ou contratual.

Conforme leciona Gonçalves, na responsabilidade extranegocial, há violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão pertinentes aos direitos reais, de personalidade ou do autor¹⁰.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 470.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 61.

No que consiste a obra de Polido, o autor faz uma clara distinção entre essas modalidades ao definir que:

Na responsabilidade civil contratual, antes mesmo de surgir a obrigação de indenizar por parte do inadimplente, existe um contrato, um vínculo jurídico de convenção entre as partes envolvidas, ao passo que na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana (o termo se origina da *Lex Aquiliana* do direito romano) nenhum liame jurídico existe entre o causador do dano e a vítima, até que a ação ou omissão daquele desperte o mecanismo obrigacional reparatório (grifo nosso)¹¹.

Portanto, conclui-se que, na responsabilidade contratual, o dano advém do descumprimento da obrigação contratual avençada, enquanto que, na responsabilidade extracontratual, o dano é decorrente de uma transgressão a um dever legal.

1.3. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Visto anteriormente a consolidação das espécies de responsabilidade civil, cumpre esclarecer neste momento quais são, de acordo com a doutrina e jurisprudência, os elementos fundamentais que ensejam a responsabilização.

Como é cediço, para que surja o dever de indenizar não basta que alguém simplesmente alegue ter sofrido eventual dano, sendo imprescindível a efetiva demonstração da existência dos elementos basilares da responsabilidade civil: a conduta culposa, o ato danoso, o dano e o nexo de causalidade entre ambos.

A conduta culposa poderá ser realizada mediante uma ação ou uma omissão do agente, devendo, contudo, ser voluntária e antijurídica, ou seja, ser contrária ao disposto no ordenamento jurídico. Conforme destacado anteriormente, o elemento da culpa não se faz necessário nos casos de responsabilidade objetiva.

O segundo elemento é o dano, que consiste no prejuízo causado à vítima do ato ilícito. Tal elemento é imprescindível para a análise de responsabilização de um agente, uma vez que a obrigação de ressarcir é diretamente decorrente do prejuízo a ser reparado.

O conceito de dano abrange as lesões de natureza patrimonial, extrapatrimonial, material, moral, individual ou coletiva.

¹¹ POLIDO, Walter Antônio. *Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil & aspectos internacionais*. São Paulo: Ed. Manuais Técnicos de Seguros Ltda., 1997, p. 44.

Para se verificar o amparo jurídico, o dano deverá ser necessariamente contrário ao que prevê o ordenamento jurídico, e “certo”, visto que é inadmissível a reparação de um dano hipotético, como será apreciado no decorrer do presente trabalho.

Ainda, para ser indenizável, o dano deverá também ser atual, isto é, deve efetivamente já ter ocorrido e tal conduta consumada deve ter trazido consequência nocivas ao direito da vítima.

O nexo de causalidade, por sua vez, possibilita a imputação do dever de indenizar, haja vista ser a “ponte” que interliga a conduta do ofensor e o dano sofrido.

Nas palavras de Venosa, o nexo causal:

É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável [...]. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida (grifo nosso)¹².

Nesse sentido também é o entendimento do jurista Rodrigues:

[...] é necessária a existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima; em caso de não de evidenciar que resultou do comportamento ou atitude do ofensor, o pedido de indenização deverá ser julgado improcedente¹³.

Embora a definição de nexo causal não suscite grandes desavenças entre os doutrinadores brasileiros, é certo que sua configuração pelo autor de uma demanda judicial se faz imprescindível para a responsabilização do ofensor, seja qual for a modalidade de dano ocorrida.

¹² POLIDO, Walter Antônio. *Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil & aspectos internacionais*. São Paulo: Ed. Manuais Técnicos de Seguros Ltda., 1997, p. 506-507.

¹³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

No Brasil, a responsabilidade civil dos profissionais é caracterizada como contratual, uma vez que advém do descumprimento do contrato de prestação de serviços avençado entre o profissional e seu cliente. Por essa razão, havendo erro do prestador de serviço durante a execução de sua atividade profissional, este será obrigado a indenizar o dano causado ao cliente.

As principais normas que regulam a matéria estão previstas no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, e em normativos específicos de cada profissão, como, por exemplo, o Código de Ética Médica e o Estatuto da Advocacia.

Nesse sentido, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, § 4º, estipula que a responsabilidade do profissional liberal será sempre subjetiva, isto é, dependerá da demonstração do erro profissional, do dano, do nexo causal e, especialmente, da comprovação de culpa do prestador: “[...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”¹⁴.

Entretanto, não serão em todas as hipóteses de responsabilidade civil profissional que são regidas pelo regime de responsabilidade subjetiva, uma vez que também não são todas geridas pela legislação consumerista, além de que a natureza da obrigação exercida – de meio ou de resultado –, pode ser o fator decisivo para a apuração da modalidade de responsabilidade civil aplicável.

2.1. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Como se sabe, em qualquer que seja a profissão, o profissional deverá sempre agir de forma prudente e diligente durante a execução de sua atividade laboral.

Em se tratando de uma obrigação de meio, o profissional é obrigado a empreender técnica, diligência e prudência durante o exercício de suas funções a fim de obter o resultado esperado que fora avençado com seu cliente. Contudo, considerando a natureza do serviço prestado, não há garantias de que o resultado esperado de fato irá ocorrer.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

Assim, nos casos de inadimplemento de profissionais que executam obrigações de meio, deve-se verificar se o resultado não foi atingido por alguma conduta do profissional, ou se por outros fatores, uma vez que a culpa não é presumida.

São obrigações de meio, por exemplo, as dos advogados, que devem empregar todas as técnicas possíveis a fim de obter um resultado final favorável ao seu cliente na demanda, sem, contudo, poder garantir que aquele resultado será alcançado, já que ele depende de diversos outros fatores, como as provas produzidas nos autos e o posicionamento do magistrado.

As obrigações dos médicos são também obrigações de meio, haja vista que, embora se espere que o procedimento médico seja exitoso ou o tratamento resulte em cura, sabe-se que o resultado final favorável pode não ser atingido em virtude de o próprio paciente não reagir aos medicamentos prescritos, ou então, de seu estado ser tão crítico que o tratamento acabe não surtindo efeitos.

Assim, aplicam-se a essas obrigações o regime de responsabilidade civil subjetiva que necessita da demonstração de culpa do agente.

Em contrapartida, nas obrigações de resultado, além do emprego de diligência durante a prestação de serviços, o profissional deve necessariamente auferir o resultado avençado no contrato para que a obrigação seja cumprida. Ou seja, somente haverá adimplemento da obrigação quando o resultado esperado for alcançado pelo prestador.

Nessas obrigações, não sendo alcançado o resultado esperado, a culpa do profissional pela falha contratual é presumida, “ou melhor, a culpa é irrelevante na presença do descumprimento contratual”¹⁵.

Como exemplo de obrigação de resultado está a do engenheiro, visto que só o cumprimento da obrigação pactuada, nos exatos termos avençados, resultará em adimplemento por parte do profissional.

Dias ensina que:

A fórmula é de Demogue, que considera obrigação de meios as que encerram a promessa do emprego de certa diligência reputada, em princípio, como capaz de proporcionar um dado resultado, não, porém, a promessa desse resultado. A obrigação de meios implica, pois, em dever de atenção e diligência, visando a um fim que, todavia, não entra necessária e imperativamente nesse dever, podendo deixar de

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 61.

verificar-se, não obstante desempenhados satisfatoriamente os deveres do devedor. Isto é, na obrigação de meios, faz-se a abstração do resultado, embora não se compreenda um contrato sem resultado, para só considerar a diligência e atenção com que se perseguiu esse resultado; na obrigação de resultado, abstrai-se, ao contrário, dos meios: o que ao devedor toca é a prestação final, não obstante ser claro que dificilmente se poderá obter o resultado se não foram empregados os meios necessários¹⁶.

Nesta mesma linha, Araújo explica que essa diferenciação entre as obrigações objetivas e subjetivas determina qual será a natureza da culpa contratual caso haja inadimplemento e que, no caso das obrigações de meio, “a álea inerente ao negócio jurídico não permite que o devedor garanta o resultado objetivado pelo credor”¹⁷.

Percebe-se, assim, que as obrigações de meio ocorrem em situações em que os contratos envolvem riscos inerentes à atividade profissional do prestador, razão pela qual este não pode garantir ao cliente que o resultado esperado será auferido ao final.

Deste modo, a autora Araújo ainda dispõe que:

A distinção das obrigações da maneira ora estudada tem grande aplicabilidade no plano da prova, já que o credor de uma obrigação de resultado deve, simplesmente, provar que o resultado não foi atingido. A realização de tal resultado é encargo do devedor e pressuposto para que possa dela liberar-se. O credor de uma obrigação de meio deve, no entanto, comprovar que o dano que lhe foi impingido advém da atuação negligente do profissional, o que pode ser uma tarefa árdua¹⁸.

Feitas estas considerações, surge uma questão: seria possível que o mesmo profissional, exercendo a mesma profissão, tenha obrigações ora de meio, ora de resultado?

A resposta é sim. Veja-se que, a despeito da atuação contenciosa de um advogado ser predominantemente uma obrigação de meio, se este for, por exemplo, contratado para elaborar um parecer, o resultado final da obrigação depende exclusivamente de sua conduta, de modo que sua inexecução resultará em inadimplemento contratual. Assim, nesta hipótese, a obrigação não será de meio, mas de resultado.

¹⁶ DIAS, José de. Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 307-308.

¹⁷ ARAÚJO, Vaneska Donato de. *A responsabilidade civil profissional e a reparação de danos*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Dissertação de mestrado, 2011, p. 152-154.

¹⁸ *Ibidem*, p. 155.

Da mesma maneira, um médico exerce profissão que depende não somente de sua atuação e *expertise* no assunto, mas de diversas variáveis e fatores inerentes à sua vontade. Contudo, em se tratando de vacinação, transfusão de sangue, exames biológicos ou radiológicos, e consultas, os resultados dependem apenas da conduta do profissional, razão pela qual a obrigação também será de resultado¹⁹.

Assim, percebe-se que nada impede que o prestador tenha obrigações de meio e de resultado durante a execução de suas atividades laborais, sendo que incumbe apenas verificar se o trabalho contratado envolve riscos inerentes à atividade, a caracterizar uma obrigação de meio ou se o resultado avençado depende somente da conduta do profissional, configurando uma obrigação de resultado.

Além disso, destaca-se que a obrigação de resultado não pode ser confundida com a responsabilidade civil objetiva, tendo em vista que, ainda que o credor não necessite comprovar a culpa do prestador nessa modalidade de obrigação, é certo que o profissional poderá discutir essa questão em sua defesa, demonstrando que utilizou todos os meios possíveis para atingir o resultado desejado.

Isto significa que, nestas obrigações, a responsabilidade civil será subjetiva, mas haverá presunção de culpa do profissional.

Já na responsabilidade civil objetiva, todavia, sabe-se que a discussão acerca da culpa não é admitida, já que, presentes o dano, o ato danoso e o nexo causal, emerge o dever de indenizar.

A diferença, assim, reside no fato de que o profissional que exercer uma obrigação de resultado, além de poder suscitar a presença de excludentes de ilicitude – como pode ser feito nos casos de responsabilização civil objetiva –, poderá também demonstrar que não possuiu culpa pelo não atingimento do resultado pretendido, haja vista ter empregado toda a cautela e técnica necessárias para obter um resultado proveitoso.

Ressalte-se que também é possível que o profissional suscite, em sede de defesa, a aplicação de cláusulas contratuais que limitem ou exonerem sua obrigação de indenizar. Porém, tais cláusulas não serão aplicáveis em casos de responsabilidade por negligência grave ou conduta dolosa, bem como em se tratando de contratos de adesão ou acordos de consumo.

¹⁹ Ibidem, p. 199-200.

Portanto, conclui-se que nas obrigações de resultado a responsabilidade do profissional permanece sendo subjetiva, cumprindo a este demonstrar, em sede de defesa, sua ausência de culpa pelo não atingimento do resultado pretendido, bem como comprovar que este não ocorreu por fatores externos e alheios à sua vontade.

Por fim, é importante mencionar ainda caso o profissional for empregado de alguma companhia e cometer algum erro durante o exercício de sua atividade laboral, o empregador também será responsabilizado, de forma objetiva, pelos danos causados ao cliente, conforme estipula o artigo 932, inciso III, do Código Civil²⁰.

Todavia, a responsabilidade da companhia somente emergirá na hipótese de restar configurada a culpa do empregado pelo erro profissional, de acordo com a modalidade de obrigação por este exercida, seja de meio ou de resultado.

Nada impede, contudo, que o empregador proponha ação autônoma de ressarcimento em face do empregado, pleiteando os valores pagos pelos prejuízos incorridos em virtude de sua conduta, na forma do artigo 934 do Código Civil.

²⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 932 – São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (...). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

3. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Dentre as inúmeras alterações permanentes sofridas no âmbito da responsabilidade civil que visaram, especialmente, propiciar maior gama de danos passíveis de indenização, tratar-se-á nesse momento de uma relevante criação dos juristas contemporâneos: o dano indenizável pela perda de uma chance.

3.1. COMO SURTIU A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

O dano oriundo da perda da oportunidade de se auferir uma vantagem ou de mitigar ou evitar um prejuízo foi por muito tempo ignorado pelos estudiosos da responsabilidade civil.

De acordo com Peteffi, alguns doutrinadores acreditam que o surgimento desta espécie de responsabilidade civil está associado ao momento em que utilização do nexos causal se tornou menos rigorosa no direito, “ora em forma de causalidade parcial, ora em forma de presunção de causalidade, nos moldes da responsabilidade coletiva ou grupal”²¹. Em contrapartida, outros autores creem que o seu surgimento se deu em razão da ampliação dos danos passíveis de reparação.

O que se sabe é que os estudiosos do direito relutaram para aplicar esta teoria em virtude da incerteza que possuíam quanto ao seu nexos causal, o que os levava a ignorar o fato de que poderia existir um dano diverso do resultado final (vantagem esperada), que seria o dano decorrente da impossibilidade de se obter uma vantagem.

Contudo, no ano de 1889, durante um julgamento da Corte de Cassação Francesa, foi noticiada pela primeira vez a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance no direito mundial. Naquela ocasião, a Corte francesa concedeu a indenização pela perda de uma chance à uma vítima que acabou sendo impedida de obter êxito em uma demanda judicial por culpa de um oficial ministerial que impediu que o procedimento transcorresse normalmente.

Tal decisão, além de se tornar precedente para diversos casos similares julgados pela Corte de Cassação Francesa, foi a base para o surgimento da

²¹ PETEFFI, Rafael da Silva. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

indenização por um dano que não fosse o próprio dano final, mas aquele decorrente da perda de uma oportunidade.

No direito da *common law*, a primeira aplicação da Teoria da Perda de uma Chance ocorreu já no século XX, no emblemático caso inglês *Chaplin vs. Hicks*, o qual a autora havia participado de um concurso de beleza patrocinado pelo réu e se viu impedida por este de participar da fase final do concurso, que era composta de uma apresentação perante um júri.

Naquela oportunidade, a Corte inglesa entendeu que, dentre as 50 finalistas do concurso, que disputavam por 12 diferentes prêmios, cada uma tinha uma chance dentre quatro de receber um prêmio. Um dos magistrados afirmou que a impossibilidade de se obter uma certeza no caso não poderia fazer com que os danos oriundos da violação do contrato se tornassem inalcançáveis.

Assim, entendeu-se que, ao tirar da participante a oportunidade de competir por um dos 12 prêmios, esta foi privada de obter uma vantagem econômica, ao passo que deveria ser proporcionalmente indenizada pelo prejuízo sofrido, no percentual de chances que tinha de auferir êxito (25%)²².

3.2. ACEITAÇÃO DA TEORIA PELO DIREITO BRASILEIRO

No Direito brasileiro, a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance é bem mais recente, e se deu, pela primeira vez, em duas decisões proferidas nos anos de 1990 e 1991 pelo magistrado Ruy Rosado de Aguiar Júnior, integrante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

A primeira aplicação foi em uma ação indenizatória por erro médico, a autora realizou cirurgia para corrigir uma miopia, no entanto, após o procedimento acabou adquirindo hipermetropia no olho operado. Na fundamentação do acórdão, embora tenha fixado alguns pressupostos da Teoria da Perda de uma Chance, o desembargador entendeu não ser passível a sua aplicação ao caso:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORRECAO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NAO SE TRATAR, NO CASO, DE

²² INGLATERRA. *Court of Appeal of England and Wales*. Julgado em 16 mai. 1911. Disponível em https://www.trans-lex.org/382400/_chaplin-v-hicks-%5B1911%5D-2-kb-786/. Acesso em 07 jun. 2020.

OBRIGACAO DE RESULTADO E DE INDENIZACAO POR PERDA DE UMA CHANCE²³.

Posteriormente, em 1991, o mesmo magistrado foi designado para julgar uma ação de indenização por erro profissional de um advogado, o qual, tendo ciência do extravio dos autos de um processo judicial, não informou tal fato à sua cliente, tampouco utilizou a medida judicial cabível para tais situações, o que lhe acarretou prejuízos.

Diferentemente do caso anterior, o desembargador Ruy Rosado Aguiar Júnior entendeu que o caso trazido era patente caso de dano pela perda de uma chance, tendo em vista que a conduta negligente do advogado acabou por impedir que a vítima pudesse ter seu processo julgado em segunda instância.

Em seu voto, o magistrado aplicou, pela primeira vez no direito nacional, a Teoria da Perda de uma Chance, sob o fundamento de que:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO À SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR À MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE (grifo nosso)²⁴.

Com o advento dessa decisão, a aceitação da teoria foi crescendo mais e mais no ordenamento brasileiro com o passar dos anos, até que, em 2006, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do emblemático Recurso Especial nº 788.459/BA, definitivamente firmou o entendimento pela aceitação da indenização pela perda de uma chance.

O processo, também conhecido como “Caso do Show do Milhão”, foi ajuizado pela autora Ana Lúcia Matos, ex-participante do programa “Show do Milhão”, um concurso de perguntas e respostas cujo prêmio máximo pode chegar até R\$ 1.000.000,00, a depender do desempenho do participante na série de questões de conhecimentos gerais que lhe é apresentada.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 589069996. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 12 jun. 1990. Publicado em Diário da Justiça do dia. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5309479/apelacao-civel-ac-589069996-rs-tjrs>. Acesso em 07 jun. 2020.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 591064837. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 29 ago. 1991. Publicado em Diário da Justiça do dia. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5434026/apelacao-civel-ac-591064837-rs-tjrs>. Acesso em 07 jun. 2020.

Ana Lúcia participou do concurso no ano de 2000 e chegou até a sua fase final, conhecida como “pergunta do milhão”, tendo, no entanto, optado por não responder à questão premiada e receber a quantia já acumulada de R\$ 500.000,00, uma vez que, em caso de erro, receberia apenas R\$ 300.000,00.

Posteriormente, ao ingressar com a demanda, a participante alegou que a pergunta que lhe foi apresentada, "a Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?", não possuía resposta correta. Assim, pleiteou a condenação da empresa ao pagamento de R\$ 500.000,00 a título de indenização por danos materiais e morais, referentes ao saldo entre o prêmio recebido, e o prêmio que deixou de auferir em razão da pergunta mal formulada.

Em primeira instância, o juízo julgou a demanda procedente, condenando a ré ao pagamento de R\$ 500.000,00, sob o fundamento de que a questão, da maneira em que foi formulada, não possuía resposta correta. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça da Bahia manteve a sentença tal como lançada.

Contudo, a empresa ré interpôs recurso ao Superior Tribunal de Justiça, alegando que a condenação era completamente descabida em razão da própria autora ter optado por não responder à pergunta formulada, e que, ainda que Ana Lúcia optasse por responder à pergunta, teria apenas um quarto de chance de acerto, de modo que a indenização deveria ser minorada para a quantia equivalente à sua probabilidade de êxito, de R\$ 125.000,00.

No julgamento do referido Recurso Especial nº 788.459/BA, a Corte acolheu parcialmente os argumentos apresentados pela empresa e reconheceu a responsabilidade civil pela perda da oportunidade, minorando o valor da condenação à quantia de R\$ 125.000,00, referente ao montante que a participante razoavelmente deixou de lucrar.

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido (grifo nosso)²⁵.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 788.459/BA 2005/0172410-9. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 8 nov. 2005. Publicado em 13 mar. 2006. Disponível

Após o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça favorável à responsabilidade civil perda de uma chance, a aceitação da teoria pela doutrina e jurisprudência nacionais cresceu de forma exponencial.

3.3. NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE

Até os dias atuais, muito se discute acerca da verdadeira natureza jurídica do dano indenizável pela perda da chance. Alguns doutrinadores asseveram que se trata de espécie de dano equiparável ao moral, enquanto outros afirmam que o dano pode ser comparado aos danos emergentes ou lucros cessantes.

Apesar dessas comparações com outras espécies de danos, há quem afirme que o dano pela perda da chance não seria equiparável a nenhum outro, por se tratar de dano autônomo.

De todo modo, sabe-se que a responsabilidade civil pela perda da chance advém de um ato ilícito que priva a vítima da oportunidade de obter um benefício, ou de mitigar/evitar um prejuízo. Assim, a perda dessa chance é o que faz emergir o direito à indenização.

Por conseguinte, ao contrário das outras espécies de dano elencadas acima, o dano pela perda da chance é indenizável independentemente de seu resultado final, já que o prejuízo decorre justamente da frustração da obtenção de um resultado final proveitoso.

O doutrinador Venosa em sua obra assevera que tal dano consiste em modalidade de dano patrimonial, decorrente do lucro cessante. Nesse sentido, explica que “quando se concede um lucro cessante, há um juízo de probabilidade, que desemboca na perda de chance ou oportunidade”²⁶.

Deste modo, Venosa entende que a presença de diversas probabilidades e de variáveis que são inerentes à chance faz com que esse dano seja comparável ao lucro cessante, no qual ocorre a “perda de possibilidade de um aumento patrimonial”²⁷.

em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>. Acesso em 07 jun. 2020.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 801.

²⁷ *Ibidem*, p. 87.

Para corroborar seu posicionamento, declara que existem diversas decisões judiciais que reconhecem o dano perda de uma chance como espécie de lucro cessante, ante sua grande semelhança.

Por outro lado, doutrinadores como Savi entendem que tal dano se assemelha mais ao dano emergente, porquanto a oportunidade já estava presente no patrimônio do ofendido no momento da ocorrência do dano²⁸.

Sob essa óptica, é possível vislumbrar a chance como algo já pertencente ao patrimônio da vítima, sendo que, ao perde-la, esta acaba sofrendo uma redução patrimonial.

Nesta circunstância, o dano é tido como certo, e pode ser considerado como um dano emergente, razão pela qual tal perda é enxergada como uma perda patrimonial.

Ao analisar o dano sob essa perspectiva, acaba-se eliminando os problemas relacionados à incerteza do dano pela perda da chance, já que a chance passa a ser vista como um direito adquirido e integrante do patrimônio da vítima.

Entretanto, esse enquadramento do dano como emergente também suscita alguns problemas, como a própria configuração da chance como integrante do patrimônio da vítima. Isto porque, embora a chance seja séria e real, não se pode auferir ao certo se esta ocasionaria um aumento no patrimônio da vítima caso não tivesse sido perdida.

A mais conceituada doutrina a tratar do tema é a de Peteffi, que compartilha do posicionamento de que o dano pela perda da oportunidade consiste em espécie de dano autônomo, ou de causalidade parcial do dano final.

O autor explica que, em casos onde o processo aleatório da vítima foi completamente interrompido por conduta do agente, e se verificou a perda total da vantagem pretendida e a frustração de todas as chances da pessoa ofendida, estaremos diante de uma espécie independente de dano.

Por outro lado, nos casos em que:

[...] o processo aleatório chegou até o final, como costuma acontecer na seara médica, a noção de causalidade parcial é chamada a depor. Neste último caso a conduta do agente apenas retira algumas chances

²⁸ SAVI, Sérgio. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 11.

de a vítima auferir a vantagem esperada, fazendo com que esta ainda possa ser alcançada²⁹.

A título elucidativo, ressalte-se que, na chamada causalidade parcial, criada pelos autores Jacque Boré e John Makdisi, em não havendo comprovação de que a conduta do agente se relaciona inteiramente com o prejuízo final ocorrido, a reparação do dano deverá ser quantificada na proporção de causalidade que restar comprovada.

Por esse motivo, Peteffi assevera que nas hipóteses de perda de uma chance em que o processo aleatório da vítima chegou ao final esse dano consiste em causalidade parcial do dano final.

Cumprido destacar, por fim, que alguns autores caracterizam o dano pela perda de uma chance como agregadora do dano moral, já que são diversos os casos em que a conduta do agente resulta na perda da chance de se obter um ganho patrimonial e, concomitantemente, em prejuízo de natureza moral.

Todavia, não se pode olvidar que o dano moral é ocasionado por uma violação aos direitos da personalidade da vítima, ao passo que a perda da chance decorre de frustração das expectativas da vítima de auferir um ganho futuro, seja esse de natureza patrimonial ou extrapatrimonial.

Assim, de acordo com Savi, nesses casos em que se verifica a presença de ambos os danos, deve-se arbitrar duas indenizações distintas ao ofendido, uma que se refere à perda de uma chance, e outra referente ao dano moral experimentado.

De todo modo, seja qual for a modalidade da chance perdida, o que não se pode admitir é que esta acabe não sendo indenizada, já que a próprio ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio da reparação integral do dano no artigo 402 do Código Civil³⁰.

Assim sendo, o fato de que a chance perdida não se configurar como um dano emergente, moral ou um lucro cessante, esta não poderá ser suscitada como fundamento para não se indenizar esse dano, porquanto se a chance for séria e real, ela deverá ser indenizada.

²⁹ PETEFFI, Rafael da Silva. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 106.

³⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 402 – 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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

3.4. CHANCES SÉRIAS E REAIS

Consolidados alguns dos posicionamentos atuais da doutrina acerca da natureza jurídica da chance perdida, passa-se a analisar agora quais chances são passíveis de indenização, e como se deve proceder para quantificar o valor da indenização.

Rosário explica que:

A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; trata-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos, de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos; se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impediria de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades³¹.

Por conseguinte, a mera existência da perda de uma oportunidade não caracteriza um dano concreto passível de indenização, uma vez que não há certeza de que o resultado pretendido seria de fato alcançado. Ou seja, o dano meramente hipotético não justifica o dever de indenizar.

Deste modo, para se verificar a procedência de uma ação fundada no dano pela perda de uma chance, é imprescindível que a chance narrada seja real e provável, e não eventual ou puramente hipotética.

O Enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal corrobora tal entendimento ao estabelecer que:

Enunciado nº 444. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos (grifo nosso)³².

Parte da doutrina pátria entende como chance séria e real aquela em que a probabilidade de ocorrência é superior a 50%, ao passo que percentuais inferiores demonstram que a chance é remota e, por isso, não caracteriza dano.

³¹ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, vol. 11, n. 43, 2008, p. 169. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16041154.pdf>. Acesso em 07 jun. 2020.

³² CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil, Enunciado nº 444. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>. Acesso em 08 jun. 2020.

Savi compartilha desse entendimento, afirmando que:

Não é qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração [...] 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% de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que poderá falar em reparação da perda de uma chance como dano material emergente (grifo nosso)³³.

No mesmo sentido, Peteffi explica que o padrão “*more likely than not*”, criado pelo sistema causal norte-americano, utiliza este percentual de 50% de probabilidade para a aplicação da teoria da perda de uma chance:

Interessante recordar as particularidades do sistema causal norte-americano, que, principalmente nos casos de responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica, aplicam o padrão ‘*more likely than not*’. Pela aplicação do referido padrão de causalidade, caso um procedimento médico retire 51% das chances de um paciente sobreviver, estaria identificada a existência do nexos de causalidade entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada) sofrido pela vítima, tornando inaplicável, portanto, a utilização da teoria da perda de uma chance. Assim, somente são verificadas ações julgadas de acordo com o modelo da teoria da perda de uma chance quando o ato do agente retira menos de 50% das chances da vítima auferir a vantagem esperada (grifo nosso)³⁴.

Portanto, conclui-se que, primeiro, é necessário verificar se a vítima dispunha de chance séria e real de alcançar o objetivo desejado, ou de evitar o prejuízo incorrido, para que, posteriormente, se passe a quantificar o dano de acordo com essa probabilidade, questão que será analisada no tópico seguinte.

3.5. A QUANTIFICAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE

A quantificação da indenização pela perda da oportunidade é uma questão bastante controversa no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que inexistem parâmetros ou procedimentos para se quantificar o dano sofrido, ficando à cargo do magistrado arbitrar a indenização de acordo com as características específicas de cada caso.

³³ SAVI, Sérgio. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 80.

³⁴ PETEFFI, Rafael da Silva. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 141.

Aliado a isso, o magistrado deve se atentar ao fato de que, nessa espécie de dano, o que se indeniza não é o resultado final perdido, mas somente a chance de auferi-lo que restou frustrada.

Assim, o valor da compensação é calculado com base na real possibilidade de que o resultado fosse atingido, nunca podendo se equiparar ao valor final da própria vantagem.

Sobre o tema, Savi adota o posicionamento de que o que deve ser indenizado é o valor econômico da chance perdida, ainda que este seja de difícil quantificação.

De todo modo, é certo que a indenização por tal dano nunca será integral, pois não há certeza de que a vítima obterá êxito caso o processo aleatório não tivesse sido interrompido pela conduta do agente.

Savi explica que:

A indenização da perda da chance jamais poderá ser igual ao benefício que a vítima obterá se não tivesse perdido a chance e tivesse conseguido o resultado útil esperado. Ou seja, no caso avaliado (caso de perda de prazo recursal pelo advogado) a quantificação da indenização da perda da chance não poderia equivaler ao benefício que o cliente auferiria com o provimento do recurso que deveria ter sido interposto pelo advogado negligente. Por não haver certeza da vitória no recurso, a indenização da chance perdida será sempre inferior ao resultado útil esperado. [...] Quanto à quantificação do dano, a mesma deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada (grifo nosso)³⁵.

Tal posicionamento também é adotado por Diniz, que assevera que:

O *quantum* indenizatório a ser pago pelo lesante não aparece como sendo a real correspondência equivalente, qualitativa ou quantitativa, aos bens do lesado, que sofreram um gravame em razão da chance perdida. A indenização pecuniária não será equiparável à vantagem esperada ou ao prejuízo que não pôde ser evitado, mas terá por base a chance perdida, ou seja, a frustração da obtenção do objetivo almejado (grifo nosso)³⁶.

Oportuna, ainda, a lição de Fajngold sobre o tema:

³⁵ SAVI, Sérgio. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 63.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: breve análise*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 107, n. 997, 2019, p. RR-12.1.

Assim, a vítima deverá ser integralmente reparada no limite da oportunidade perdida, até porque 'a indenização mede-se pela extensão do dano (art. 994, *caput*, do Código Civil) ', por dano patrimonial ou extrapatrimonial³⁷.

Percebe-se, portanto, que, apesar de inexistir uma padronização acerca da quantificação da indenização, a doutrina já se firmou no sentido de que somente devem ser reconhecidas as chances sérias e reais para acolhimento da indenização, entendimento que atualmente é compartilhado também pela jurisprudência nacional.

Confira-se alguns julgados sobre o tema:

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA DE ADVOGADO, QUE SERIA RESPONSÁVEL PELA REVELIA E INTERPOSIÇÃO INTEPESTIVA DE APELAÇÃO. PROVA QUE SÓ PERMITE COCLUIR PELA CULPA DO PROFISSIONAL NA ÚLTIMA HIPÓTESE. PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE, PORÉM, DA SERIEDADE E VIABILIDADE DA CHANCE PERDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO PRESENTES NA ESPÉCIE. ACOLHIMENTO DO PEDIDO APENAS PARA CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL AO RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS PAGOS PELOS AUTORES E PREPARO DO RECURSO INTEMPESTIVO. APELO EM PARTE PROVIDO (grifo nosso)³⁸.

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA PARTE ADVERSA. INSURGÊNCIA DO AUTOR. 1. A reavaliação jurídica dos fatos e das provas muito bem delineados no decisum recorrido, como ocorre na hipótese, é admitida no âmbito do recurso especial e possui condão de afastar a incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes. 1.1. Na hipótese, da análise do que consta do acórdão e da sentença, não se vislumbra a prática de ato ilícito por parte do Sindicato, porquanto restou incontroverso que sua conduta limitou-se a indicar advogado para defesa dos interesses do autor em juízo, cujo ato não pode ser equiparado a ato ilícito capaz de ensejar na responsabilidade civil. Inexistentes, no caso, s requisitos do artigo 186 do Código Civil. 1.2. A teoria da perda de uma chance incide em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança

³⁷ FAJNGOLD, Leonardo. Premissas para aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Revista de Direito Privado, vol. 69, set. 2016, p. 69. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.69.04.PDF. Acesso em 07 jun. 2020.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (6ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70005635750. Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Julgado em 17 nov, 2003. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/73919947/djpa-04-08-2014-pg-224>. Acesso em 07 jun. 2020.

subjetiva ou mera expectativa aleatória, como na hipótese. Precedentes. 2. Agravo interno desprovido (grifo nosso)³⁹.

Embora inexista quantificação padronizada de indenização, a doutrinadora Diniz estabeleceu alguns interessantes critérios a serem utilizados no momento da quantificação da chance perdida. Dentre eles, destacam-se os seguintes:

[...] b) averiguar a possibilidade de sucesso que a vítima teria por ocasião do dano (patrimonial ou extrapatrimonial) sofrido, que lhe retirou a chance de obter ou de evitar algo danoso; c) diferenciar o montante indenizatório segundo o grau de culpabilidade do lesante e da vítima, a gravidade, natureza e extensão da lesão (CC, art. 944, caput); [...] e) considerar, como ensina Jeová Santos, a situação do lesado se a oportunidade invocada como perdida tivesse se realizado; a chance em si mesma, a ser avaliada em função do interesse prejudicado, do grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provoque sua frustração; e o montante indenizatório que adviria da realização da chance; [...] g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima e do lucro cessante, fazendo uso do juízo de probabilidade para averiguar se houve perda de chance ou de oportunidade, ou frustração de uma expectativa. Indeniza-se a chance e não o ganho perdido. A perda da chance deve ser avaliada pelo magistrado segundo o maior ou menor grau de probabilidade de sua existência (por ex., se um grande pugilista ficar incapacitado, por ato culposo de alguém, deverá ser indenizado pela probabilidade das vitórias que deixará de obter); [...] l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes; [...] n) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa. O quantum indenizatório deverá abranger a totalidade da chance perdida, que poderá, para uma razoável reparação, ser reduzido equitativamente em relação ao resultado final esperado, que deverá ser o “limite” da indenização, assegurando o equilíbrio entre o lesado e o lesante, pois este não retirou a vantagem pretendida da vítima, mas a chance de alcançá-la. (grifo nosso)⁴⁰.

Por conseguinte, nota-se que, qualquer que seja o caso de indenização por perda da chance, é de suma importância que o magistrado, no momento do arbitramento, se atente à probabilidade daquela chance se concretizar, e, assim, arbitre um valor que esteja de acordo com a proporção encontrada - se limitando ao valor do resultado final esperado.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1145118/SP. Rel. Min. Humberto Martins. Julgado em 22 ago. 2018. Publicado em 22 ago. 2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617599328/agravo-interno-no-recurso-extraordinario-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agint-no-re-nos-edcl-no-agint-nos-edcl-no-resp-1145118-sp-2009-0184568-1/certidao-de-julgamento-617599349?ref=serp>. Acesso em 07 nov. 2020.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: breve análise. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 107, n. 997, 2019, p. RR-12.1.

3.6. A PERDA DE UMA CHANCE OCASIONADA PELOS PROFISSIONAIS LIBERAIS QUE EXECUTAM OBRIGAÇÕES DE MEIO

Conforme foi tratado anteriormente, determinados profissionais liberais exercem obrigações denominadas como de meio, pois possuem o dever de agir de forma diligente e cautelosa na condução de sua prática, porém, não se comprometem com a ocorrência do resultado final avençado.

Nesta circunstância, a forma encontrada pela doutrina e pela jurisprudência para mensurar a ocorrência e a extensão de um prejuízo causado por ato danoso em obrigação de meio é a análise da seriedade e viabilidade da chance perdida, aplicando a Teoria da Perda de uma Chance.

Assim, na falha profissional em casos de obrigação de meio em que o resultado era incerto, a indenização da perda da chance suprimida pelo erro do profissional deve ser medida sob a proporção de sucesso que teria a chance, se exercida.

A título exemplificativo, pode-se supor que um advogado, durante o patrocínio da defesa de seu cliente em uma reclamação trabalhista, deixe de se manifestar sobre um laudo elaborado por perito judicial, perdendo o prazo processual para apresentar tal manifestação. Em consequência, referido ato acarretou a consequente condenação de seu cliente ao pagamento de R\$ 50.000,00.

Inconformado com a condenação e certo da negligência do advogado, o cliente ajuíza uma demanda judicial, onde requer a condenação do antigo patrono ao pagamento de danos pela perda da chance de auferir um resultado positivo na reclamação trabalhista em virtude do erro profissional.

Se o cliente pleiteasse o total de R\$ 100.000,00 naquela reclamação trabalhista, aplicando-se a Teoria da Perda de uma Chance, o demandante não seria indenizado pela integralidade do ganho efetivamente perdido, mas sim pela perda da possibilidade de auferir aquela vantagem.

Isto porque, a procedência da demanda perdida não pode ser tida como absoluta, porquanto se fosse possível auferir que o resultado teria sido exitoso, passar-se-á estar diante de hipótese de lucros cessantes, e não de perda de uma chance⁴¹.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 400-403.

Assim, embora não seja um entendimento uníssono, a jurisprudência vem aplicando a Teoria da Perda de uma Chance nestes casos, visando mensurar o dano causado ao cliente em virtude da falha profissional. Este dano, contudo, deve ser proporcionalizado de acordo com as chances de êxito que este teria na demanda caso a conduta do advogado não lhe tivesse retirado essa oportunidade.

Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais abaixo elencados:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE (...) 1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. O que diz o Judiciário? 2 8 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é só o fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. (grifo nosso)⁴².

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDADO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSOESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICOPROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. Ao perder, de forma negligente, o

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 1190180/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 16 nov. 2010. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2010-11-16;1190180-1066323>. Acesso em 07 jun. 2020.

prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de “conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance (grifo nosso)⁴³.

O mesmo critério pode ser utilizado, ainda, em casos de médicos, consultores, jornalistas, dentre outros, que atuam no mercado em funções que possuem riscos inerentes à própria atividade, não possuindo o dever de garantir que o resultado final pretendido por seus clientes será de fato obtido.

No tocante à responsabilidade civil dos profissionais da medicina, Gonçalves ensina que:

A imperfeição técnica profissional do médico ou a perfeição, mas com dedicação insatisfatória, e desde que não se configure erro médico, aduz, ‘poderá levar malefícios à saúde do paciente pela perda da chance de debelar prontamente a doença ou de simplesmente deixar de evitar sofrimento desnecessário. Ou, ainda, deixar de retardar a morte do paciente, com alguma qualidade de vida, pela ausência de boa execução da correta terapia. Tudo isso é evitável pelo correto diagnóstico e adequada terapia, ou seja, exato cumprimento do contrato de empenho (grifo nosso)⁴⁴.

Nesse sentido, deve-se analisar, primeiramente, se o ato praticado pelo médico consiste em erro médico, isto é, se sua conduta contribuiu ou causou integralmente o resultado final do paciente, ou se sua conduta apenas retirou as chances de o paciente obter um resultado final proveitoso.

Sebastião faz uma clara distinção de tais condutas ao explicar que: “Enquanto o *erro profissional* envolve uma conduta com *ausência* de boa medicina, a perda de uma chance envolve a presença de má atuação profissional” (grifo nosso)⁴⁵.

Desta forma, ao invés de indenizar o paciente no valor integral do prejuízo final suportado, a aplicação desta teoria viabiliza que o profissional seja condenado apenas na proporção que sua conduta teve de frustrar as chances de cura do

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1079185/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 11 nov. 2008. Publicado em 04 ago. 2009. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5>. Acesso em 07 jun. 2020.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 370.

⁴⁵ SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 70-72.

paciente, ou da preservação de uma razoável qualidade de vida, ou de retardar a sua morte, por exemplo.

Por esta razão, a jurisprudência vem aceitando sua aplicação em tais casos, fazendo, contudo, a ressalva de que não basta a simples comprovação da não ocorrência do resultado final, pois a chance passível de indenização deve ser séria e real.

4. SEGURO DE E&O

4.1. CONTRATO DE SEGURO

No contrato de seguro, o segurador é credor do prêmio e devedor condicional da indenização securitária, uma vez que sua prestação depende da ocorrência de um evento futuro e incerto.

O contrato de seguro é operado por sociedades seguradoras autorizadas para tanto e fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados, autarquia relacionada ao mercado securitário. Todas as cláusulas e condições da apólice de seguro são submetidas ao crivo do Poder Público e devem ser por ele aprovadas, desde que sejam obedecidas as diretrizes estabelecidas no Código Civil, no Decreto-Lei nº 73/66 (Lei de Seguros) e na regulamentação infra legal editada pela SUSEP e pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), órgão normativo do mercado de seguros.

Nesse sentido, o artigo 757 do Código Civil dispõe acerca do contrato de seguro:

Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada⁴⁶.

Tais contratos são formados por três elementos, quais sejam: o prêmio, o risco e a boa-fé.

O prêmio é a contraprestação pecuniária paga pelo segurado, por meio da qual este contribui em valor menor ao do eventual prejuízo resultante do sinistro. Em síntese, é a garantia dada pelo segurado ao segurador pela garantia que este lhe dará pela cobertura de um risco.

Consoante o entendimento fixado pelo artigo 763 do Código Civil⁴⁷, o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio não fará jus a eventual

⁴⁶ BRASIL. 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 07 jun. 2020.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 763 – Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

indenização securitária proveniente de sinistro ocorrido antes da quitação da dívida. Percebe-se, com tal dispositivo, que o contrato de seguro não abarca a inadimplência.

No tocante ao risco do contrato de seguro, a Superintendência de Seguros Privados entende que este consiste em: “[...] acontecimento incerto, ou de data incerta, potencialmente danoso, que, segurado, provocará o acionamento da apólice de seguro por ocasião de sua eventual ocorrência”⁴⁸.

Desta forma, o risco deverá estar bem definido e delimitado na apólice para que, conseqüentemente, a seguradora consiga calcular as taxas que serão cobradas a título de prêmio.

De acordo com Alvim: “Juridicamente, o seguro é a transferência do risco do segurado para o segurador; tecnicamente, é a divisão, entre muitos segurados, dos danos que deveriam ser suportados por um deles”⁴⁹.

Assim, objetivo principal do seguro é justamente o de socializar o risco, ou seja, pulverizar os danos a fim de que não seja apenas um indivíduo que arque integralmente com o prejuízo do sinistro.

Por fim, a boa-fé, princípio norteador de todas as espécies de contratos, também está presente no contrato de seguro, na medida em que o segurador calcula o risco e o valor do prêmio baseado exclusivamente nas declarações dadas pelos segurados. Verifica-se uma troca de informações entre as partes, que requer a ampla confiança de ambas.

Portanto, tudo dependerá da veracidade e exatidão das declarações e informações prestadas pelo segurado, sendo certo que a boa-fé é de suma importância em todas as instâncias dessa relação.

4.2. OBJETIVO DO SEGURO DE E&O

Como foi visto ao longo do estudo, muitos profissionais são expostos a diversos riscos durante a execução de suas funções, porém são apenas poucos deles que realmente se resguardam de tais riscos.

No mercado atual, percebe-se que a maioria dos clientes e consumidores está cada vez mais ciente de seus direitos, e não mede esforços para responsabilizar um

⁴⁸ SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. *Seguro de Transportes. Condições Gerais*. Disponível em <http://www.susep.gov.br/download/menubiblioteca/SegTransp2.1.pdf>

⁴⁹ ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 59.

profissional por seus erros e omissões durante a prestação de serviços, o que pode levar, muitas vezes, a liquidação do patrimônio de um trabalhador ou de uma companhia.

Visando resguardar o patrimônio tanto dos profissionais liberais, quanto das empresas com que estes estão vinculados contratualmente, foi criado o seguro E&O (*Errors and Omissions* – Erros e Omissões).

Essa modalidade de seguro tem como objetivo indenizar o segurado contra perdas e danos resultantes de reclamações judiciais ou extrajudiciais propostas por terceiros, ajuizadas em virtude de danos causados pelo profissional no exercício de sua atividade laboral.

Consideram-se “danos” os danos corporais, materiais e morais pelo quais o segurado seja responsabilizado por haver prejudicado terceiro no exercício de sua atividade profissional.

Polido ensina que, em se tratando de apólice de Riscos Profissionais, as seguradoras somente oferecessem esse tipo de cobertura para determinadas categorias de profissionais, tais como aquelas “devidamente organizadas e normatizadas, de modo que possam ser melhor avaliadas e projetadas sob o fator *Risco* para fins de concessão de cobertura securitária”⁵⁰.

Isto porque, o seguro de E&O é considerado como de alta exposição, tendo em vista sua grande sinistralidade, que já culminou em enorme prejuízo financeiro para seguradores na década de 1970, ante os crescentes casos de erro médico notificados naquela época.

Além de ser contratado por profissionais liberais de vários segmentos, tal seguro também é contratado pelas empresas prestadoras de serviços e hospitais, que possuem responsabilidade objetiva pelos danos advindos da prestação de serviço de seus funcionários. Com esta contratação, as companhias também se resguardam no direito de pleitear o pagamento de indenização securitária à seguradora, caso seja ajuizada uma demanda judicial ou extrajudicial por terceiro em virtude de erro na prestação de serviços cometido por um de seus empregados.

O fato gerador deste dano, portanto, consiste na falha profissional comissiva ou omissiva do segurado, durante o exercício de serviços remunerados e contratualmente pactuados com seu cliente.

⁵⁰ POLIDO, Walter Antônio. *Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil & aspectos internacionais*. São Paulo: Ed. Manuais Técnicos de Seguros Ltda., 1997, p. 344.

Atualmente, os principais segmentos do mercado que contratam o seguro de E&O são: os profissionais da saúde e hospitais; clínicas médicas, de estética e cirurgia plástica; engenheiros, arquitetos e projetistas; advogados e sociedades de advocacia; contadores e contabilistas; corretores de imóveis e seguros; agências de viagem ou de publicidade e propaganda; além de cartórios, notários e/ou registradores, dentre outros.

Na maioria das coberturas básicas disponibilizadas pelas seguradoras em território nacional, são garantidas as eventuais despesas judiciais ou extrajudiciais incorridas durante a defesa dos interesses do segurado em uma reclamação ajuizada por terceiro.

Assim, há cobertura para despesas com honorários advocatícios, honorários periciais, custas judiciais, com investigações ou decorrentes de procedimentos arbitrais ou extrajudiciais, dentre outras.

As coberturas básicas também abrangem todas as perdas financeiras do segurado decorrentes de atos ocorridos no âmbito de sua função. Referidas perdas dizem respeito aos custos e as indenizações por lucros cessantes, danos morais, materiais ou corporais que forem arbitradas em face do segurado em decisão judicial ou arbitral, além daquelas decorrentes de acordos judiciais ou extrajudiciais, desde que realizados com a anuência da seguradora.

No entanto, para que tais indenizações e custos fixados sejam ressarcidos pela seguradora, estes devem necessariamente decorrer de uma falha profissional deste empregado e esta, por sua vez, deve ter ocorrido durante a prestação de serviços.

Deste modo, indenizam-se os danos pelos quais esse empregado for legalmente responsabilizado que forem ocasionados por erro comissivo ou omissivo durante a prestação de serviços profissionais. Tais despesas são pagas ao segurado em forma de indenização securitária, ou, posteriormente, em forma de reembolso.

Para o seguro de E&O, existem diversas coberturas disponíveis no mercado atualmente, além das elencadas acima. Uma cobertura muito comum é a de “Atos Desonestos dos Empregados”, que indeniza eventual conduta de má-fé de um empregado, sem a anuência da companhia em que labora, e que resulte em sua responsabilização pessoal.

Para a configuração desse ato desonesto, não basta a sua simples alegação por um terceiro, sendo necessário que este seja caracterizado por meio de decisão judicial para que possa ser pleiteada uma indenização securitária sob tal cobertura.

Ainda, outra cobertura comumente contratada é a de “Difamação, Calúnia ou Injúria”, que visa indenizar a prática desses atos pelo empregado contra um terceiro. Assim como na cobertura anterior, sua configuração carece de uma decisão judicial.

Ao contratar um seguro, é importante que o segurado tenha em mente que o contrato imporá determinados limites de cobertura, de modo que se houver incidência de algum dos riscos excluídos predeterminados na apólice, não haverá pagamento de indenização securitária.

Isto porque, nenhum seguro se presta a indenizar toda e qualquer situação, de forma ilimitada. Pelo contrário, todos os contratos de seguro comportam regras, limites e riscos previamente excluídos.

As hipóteses de delimitação do risco coberto, bem como as exclusões de risco e de perda de direito à indenização nada tem de ilegais ou abusivas, representando, tão-somente, limitações aos riscos assumidos pela seguradora e que refletem diretamente no valor do prêmio pago pelo segurado.

A seguradora somente responderá por riscos predeterminados no contrato, premissa que é fundamental para garantir sua estabilidade econômico-financeira.

Sobre o tema, ensina Bechara:

Extrapolar desse marco contratual é ingressar no terreno dos casos não cobertos e, pretender conferir a eles o selo de garantia de seguro, importa na quebra de sua base atuarial, ou seja, de seu pilar. Por isso é que, a liquidação dos sinistros não pode ter como base o espírito de comiseração, tampouco as interpretações largas, extensivas, generosas, que ao fim e ao cabo acabem onerando a massa de segurados injustamente e, por conseguinte, comprometendo o mutualismo, pondo em perigo as verdadeiras coberturas, ou seja, aquelas que realmente devem ser pagas, sem rebuscos de dúvidas⁵¹.

Desta forma, a obrigação da seguradora está adstrita aos riscos consignados na apólice e assumidos por esta, não comportando, as cláusulas do contrato de seguro, interpretação extensiva⁵².

⁵¹ BECHARA, Ricardo. Revista do IRB, nº 59, p. 12. In. BRASIL. Comarca de Redenção do Gurguéia/PI. Processo nº 0000170-30.30.2015.8.18.0111. Partes: Bradesco Vida e Previdência S/A e Salvador Pereira Dias. Contestação apresentada em 07 nov. 2014. Disponível em <http://www.tjpi.jus.br/themisconsulta/pdf/9688663>. Acesso em 07 jun. 2020.

⁵² WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Brasileiro: Obrigações e Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Sugestões Literárias, 1974, p. 387.

Tendo isto consolidado, passa-se a tratar agora das principais limitações de cobertura presentes atualmente no mercado securitário no âmbito de apólices de seguro E&O.

A primeira hipótese de exclusão é a de “Concorrência Desleal”, que veda garantia securitária para todas as reclamações resultantes ou baseadas na violação à ordem econômica ou no descumprimento de políticas antitruste.

Além desta exclusão, diversas apólices ainda vedam cobertura para reclamações que resultem ou sejam baseadas em atos de “Corrupção, Fraude e Desonestidade” praticados pelo segurado em benefício próprio, para assegurar ganho de lucro ou vantagem indevida.

Ainda, outro importante risco excluído é o de reclamações advindas de atos de “Discriminação ou Assédio”, ou seja, baseadas em assédio voluntário ou sistemático por raça, crença, cor, religião, sexo, orientação sexual, deficiência, além de represálias indevidas no âmbito das relações trabalhistas.

Por último, mas não menos importante, deve ser ressaltada a conhecida exclusão de “Atos Dolosos”, que veda cobertura securitária para demandas judiciais ou extrajudiciais baseadas em atos ilícitos dolosos, ou em culpa grave equiparada ao dolo. Tal exclusão, comumente é utilizada por seguradoras, depende de reconhecimento do ato por decisão final judicial ou arbitral, ou, então, por confissão do próprio segurado.

Com relação a esta exclusão, Alvim observa que:

A ação dolosa é contrária aos bons costumes e à ordem pública. Recompensá-la com a indenização do seguro, além de ser um ato imoral, constituiria um estímulo à criminalidade. Mas há outras razões para justificar sua proibição como fundamento do risco segurável. Lembrem Picard et Besson que a exclusão do dolo em matéria de seguro encontra justificativa também na teoria geral das obrigações. Sabe-se que a legislação civil divide as condições em casuais, potestativas e mistas. A condição meramente potestativa, isto é, que depende exclusivamente da vontade do devedor, destrói a eficácia da relação jurídica: não se permite submeter a execução de uma obrigação à vontade exclusiva de uma das partes, porque seria contrário à essência mesmo da obrigação⁵³.

Nesse sentido, se a seguradora já realizou o adiantamento de valores referentes ao custo de defesa do segurado em alguma demanda judicial, mas, posteriormente foi reconhecida, por meio de decisão judicial, a prática de um ato

⁵³ ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 227-228.

doloso pelo empregado, a seguradora se resguarda no direito de requerer a devolução dos valores adiantados, suscitando tal cláusula de exclusão.

Tal possibilidade de veicular ação autônoma para ressarcir os valores pagos a título de indenização securitária se aplica nos casos de incidência de todos os riscos excluídos estipulados na apólice, mas não somente da exclusão para atos dolosos.

Isto porque, as apólices estipulam cláusula na qual a seguradora se reserva no direito de aplicar todos os termos, condições, exclusões, ou provisões do contrato durante e após o processo de regulação de sinistro.

Deste modo, se a companhia tiver ciência posterior de fatos relacionados ao sinistro que culminariam na aplicação de uma exclusão de cobertura, nada impede que seja ajuizada ação autônoma a fim de obter o ressarcimento dos valores despendidos com o sinistro.

Outro aspecto importante do seguro de responsabilidade civil profissional é o tipo de apólice que será acionada no momento da ocorrência do sinistro. Dentre as modalidades disponíveis, duas se destacam no mercado: a Apólice a Base de Ocorrência – ou *Occurrence Basis* –, que é utilizada como padrão para os seguros de responsabilidade civil no Brasil, e a Apólice a Base de Reclamações – também denominada *Claims Made*.

Nas palavras de Polido⁵⁴, na Apólice de Ocorrências:

Somente estarão cobertos os sinistros ocorridos durante a sua vigência, embora possam ser reclamados posteriormente, pelos terceiros prejudicados, de acordo com os prazos prescricionais da lei. Tais sinistros, posteriormente reclamados, ficarão sujeitos aos exatos termos do clausulado vigente na data do sinistro, inclusive em relação à importância segurada. [...] A principal vantagem da apólice a base de ocorrências refere-se à garantia de que existirá a cobertura do seguro para os danos ocorridos durante a sua vigência, mesmo que sejam reclamados futuramente, de acordo com os prazos prescricionais legais, independentemente de existir ou não seguro vigente na época da reclamação do terceiro prejudicado.

Já na Apólice de Reclamações, a cobertura é limitada aos sinistros efetivamente avisados à seguradora durante o período de vigência estipulado no contrato, durante o período adicional – se contratado – ou no período de retroatividade, quando este for quando contratualmente previsto.

⁵⁴ POLIDO, Walter Antônio. *Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil & aspectos internacionais*. São Paulo: Ed. Manuais Técnicos de Seguros Ltda., 1997, p. 135.

Portanto, nessa modalidade de apólice, os danos que se pretende indenizar devem necessariamente ter ocorrido no período de vigência da apólice ou em período retroativo, bem como a reclamação deve ser proposta durante a vigência ou nos prazos complementar ou suplementar – quando previstos contratualmente⁵⁵.

Todos os produtos de E&O disponíveis no mercado devem necessariamente utilizar a Apólice a Base de Reclamação, ou a Base de Reclamação com Cláusula de Notificação, na qual se permite que o segurado notifique a companhia seguradora, durante a vigência da apólice, informando determinados fatos ou circunstâncias que eventualmente podem ocasionar a propositura de uma reclamação por um terceiro.

Assim, havendo Cláusula de Notificação no seguro E&O, e sendo a seguradora notificada dentro do prazo de vigência da apólice, esta será sempre responsável por eventual sinistro futuro relacionado àquele fato comunicado tempestivamente, ainda que a reclamação seja proposta após o término da vigência daquela apólice ou dos prazos complementar e suplementar contratados.

4.3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NAS REGULATÓRIAS DE SINISTROS DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

A regulação de um sinistro nada mais é do que uma detalhada análise de todas as circunstâncias fáticas, contratuais e legais que permeiam o caso, que se iniciará com o aviso de sinistro notificado pelo segurado à seguradora.

Após receber o aviso de sinistro, a seguradora passará a analisar todos os documentos relacionados ao evento, além da apólice contratada pelo segurado, verificando se existem eventuais riscos excluídos que possam ser aplicáveis ao caso, ou se haverá cobertura.

De acordo com Prahal, a regulação de sinistro: “[...] significa o processo de apurar o montante dos prejuízos indenizáveis e chegar a um acordo com a pessoa que sofreu prejuízos”⁵⁶.

⁵⁵ A Superintendência de Seguros Privados, por meio da Circular nº 336 de 2007, estipulou as diretrizes relativas às apólices à Base de Reclamações em seguros de responsabilidade civil.

⁵⁶ PRAHAL, Robert. *Introdução a sinistros*. Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Seguros, 1997, p. 70.

Durante essa detalhada apuração de todos os fatores relacionados ao evento, pode ser identificada a figura do regulador de sinistros, que deverá, especialmente em casos envolvendo seguros de responsabilidade civil, possuir extenso conhecimento técnico de seguros, além das coberturas oferecidas e clausulados das apólices.

Dentre a equipe de regulação, Polido diz ser necessária a presença do advogado, tendo em vista que:

De cunho jurídico, o ramo RCG requer pareceres concisos a respeito de cada reclamação de sinistro apresentada. Se não houver essa assistência jurídica, certamente o Segurador incorrerá em erros, liquidando mau ou criando situações futuras de litígios, as quais poderiam ser evitadas se o Departamento Jurídico da Companhia tivesse sido acionado⁵⁷.

Finalizada a análise pelo regulador, a seguradora informará, de forma fundamentada, se haverá cobertura securitária para o evento, se há incidência de alguma cláusula de exclusão de cobertura, ou se houve perda de direito à cobertura ou prescrição da pretensão do segurado.

De todo modo, nas regulações de sinistros de responsabilidade civil profissional (E&O), foi visto que a seguradora será acionada a fim de indenizar eventual prejuízo ocasionado por profissional liberal a terceiro durante a execução de suas funções.

Conforme visto no tópico anterior, essa cobertura não poderá ser contratada para toda e qualquer profissão, de forma ilimitada, o que poderia ocasionar severos danos aos seguradores ante a alta sinistralidade que poderia ocorrer. Pelo contrário, são usualmente contratadas apólices de E&O para profissões que são normatizadas e fiscalizadas por Conselhos Regionais ou Federais, a fim de viabilizar uma melhor análise do risco e da incidência de cobertura pela seguradora.

Por conseguinte, ao regular um sinistro dessa natureza, o regulador deverá analisar todos os normativos regulamentadores da profissão e verificar se, de fato, aquele prejuízo causado a um terceiro se enquadra como um risco segurável pela apólice contratada.

Além disso, o profissional do direito deve também verificar todos os aspectos legais da reclamação judicial proposta pelo terceiro em face do segurado, e estimar qual seria o possível prejuízo total que a seguradora necessitaria arcar caso a ação

⁵⁷ POLIDO, Walter Antônio. *Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil & aspectos internacionais*. São Paulo: Ed. Manuais Técnicos de Seguros Ltda., 1997, p. 573.

fosse julgada totalmente procedente, a fim de que esta possa constituir a chamada “reserva técnica” de capital para aquele sinistro.

Não obstante, deve-se verificar se está demonstrada a efetiva existência de um dano ao terceiro decorrente de um ato danoso cometido pelo segurado.

Isto porque, o artigo 944 do Código Civil estabelece que a indenização se mede pela extensão do dano⁵⁸, decorrendo daí a imprescindibilidade da análise da existência de dano efetivo e concreto que decorra do ato danoso cometido pelo segurado.

Portanto, percebe-se que a análise deve ser minuciosa e devem ser considerados todos os aspectos fáticos, contratuais e jurídicos que envolvem o sinistro.

É por este motivo que ao regular sinistros que envolvam erros profissionais resultantes de obrigações de meio, a seguradora, em consonância com os entendimentos jurisprudenciais atuais, aplica aos casos a Teoria da Perda de uma Chance.

Deste modo, se na demanda judicial ou extrajudicial ajuizada em face do segurado o terceiro pleitear o ressarcimento de todo o prejuízo final incorrido em virtude da falha profissional, a análise e estimativa da reserva que será constituída para o caso não serão feitas considerando tal valor integral, mas somente o valor proporcional da chance perdida e das probabilidades de atingimento do resultado final esperado.

Isto porque, conforme tratado anteriormente, a Teoria da Perda de uma Chance viabiliza que o profissional que exerce obrigação de meio seja condenado, apenas, a indenizar o valor equivalente à perda da oportunidade que ocasionou ao seu cliente, e não ao prejuízo final integral.

A aplicação da teoria se mostra extremamente pertinente a tais casos, tendo em vista que, nas obrigações de meio, o profissional sequer possui o dever de garantir o resultado final ao seu cliente, uma vez que, embora este tenha que empregar toda a cautela e diligência durante a prestação de serviços, não se pode negar que existem

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

diversas variáveis e fatores inerentes à própria atividade que podem influenciar no resultado final⁵⁹.

Assim, considerando que a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance é amplamente utilizada por todos os Tribunais do país, em busca de analisar os sinistros envolvendo obrigações de meio por essa óptica permite à seguradora proporcionalizar o valor da indenização securitária devida ao segurado, sob a proporção de sucesso que teria a chance, se exercida.

A título de exemplo, considera-se que um advogado, durante o patrocínio dos interesses de uma empresa em reclamação trabalhista, acaba não interpondo Recurso Ordinário em face da sentença de procedência proferida na demanda. Tal falha ocasiona no trânsito em julgado da sentença desfavorável e na perda das chances de seu cliente ter o recurso apreciado pela segunda instância e, possivelmente, ter o valor da condenação mitigado ou até excluído.

Resta claro que a negligência do advogado ocasionou danos ao inviabilizar a apreciação do direito material do seu cliente, mas é necessário apurar minuciosamente quais seriam as chances de êxito do cliente do segurado na demanda, já que ainda assim persistiria a possibilidade de que a sentença fosse mantida ou apenas parcialmente revertida.

Por essa razão, ao proporcionalizar o dano causado pelo profissional na medida real do impacto que este teve sobre a perda da chance do cliente, possibilita-se que a seguradora responda pelo exato risco precificado e avençado no contrato de seguro, e não pelo resultado final que poderia, ou não, ser atingido.

Evitam-se, assim, pagamentos indevidos por parte da seguradora, na medida em que essa não é responsabilizada por riscos que não haviam sido analisados no momento da precificação do prêmio.

Não obstante, assim como a teoria é aplicada durante as regulações de sinistros, nada impede que os patronos da seguradora, ao defender seus interesses em ação judicial proposta pelo segurado, suscitem a sua aplicação ao caso concreto, a fim de resguardar a seguradora de eventuais pagamentos indevidos na demanda.

⁵⁹ AFFONSO, Caroline Oger. *Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos seguros de RC ADVOGADOS*. São Paulo: Editora Roncarati. Publicado em 25 jan. 2015. Disponível em <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/aplicabilidade-da-teoria-da-perda-de-uma-chance-nos-seguros-de-rc-advogados.html#:~:text=%C3%89%20nesse%20contexto%20que%20se,exerc%C3%ADcio%20de%20sua%20atividade%20profissional>. Acesso em 07 jun. 2020.

É por esse motivo que, caso o profissional que executa obrigação de meio seja responsabilizado pelo prejuízo integral do resultado não alcançado e ajuíze ação de regresso em face da seguradora, a defesa deverá suscitar a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, a fim de que a fixação da indenização devida seja feita de acordo a proporção de sucesso que teria aquela chance, se exercida.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebeu-se a enorme abrangência do tema de responsabilidade civil, cujas mudanças sentidas ao longo dos anos viabilizaram uma maior gama de danos passíveis de indenização, propiciando mais segurança às vítimas de atos ilícitos.

Além disso, foi possível vislumbrar que as mudanças ocasionadas ao instituto da responsabilidade civil acabaram culminando na aceitação da indenização pela perda da chance nos Tribunais nacionais, o que resultou em sensíveis mudanças na responsabilidade civil profissional, bem como no próprio seguro garantidor de tal responsabilização.

Sem o advento da perda da chance, os profissionais que exerciam obrigações de meio, como advogados e médicos, acabavam não sendo responsabilizados por erros profissionais incorridos durante a prestação de serviços, porquanto não possuíam dever de garantir o resultado final avençado.

Todavia, tal medida não se mostrava adequada, visto que, muitas vezes, a negligência desses profissionais acabava frustrando chances sérias de seus clientes auferirem um resultado proveitoso em uma demanda judicial, por exemplo.

Com a criação do dano indenizável pela perda de uma chance, foi possível não só estender os danos passíveis de indenização às vítimas de atos ilícitos, como também viabilizar que estas sejam ressarcidas pela frustração de oportunidade séria e real de obtenção de um resultado proveitoso.

Ademais, percebeu-se que a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance se mostra extremamente adequada e correta em casos de erros profissionais envolvendo obrigações de meio, haja vista que o resultado não atingido em virtude da conduta do profissional é indenizado apenas parcialmente, já que este sequer poderia ser exigido.

Seus efeitos puderam ser sentidos até no âmbito do seguro de E&O, que objetiva indenizar o segurado contra perdas e danos resultantes de reclamações judiciais ou extrajudiciais propostas por terceiros, ajuizadas em virtude de danos causados pelo profissional no exercício de sua atividade laboral.

Isto porque, a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance é comumente suscitada pelas seguradoras em demandas judiciais propostas pelos segurados que

pleiteiam a indenização securitária, além de durante a própria regulação dos sinistros de responsabilidade civil profissional.

Caso o judiciário entendesse pela não aplicação da teoria à demanda envolvendo a seguradora, haveria um desvirtuamento do escopo do próprio seguro e, pior, seriam favorecidos conluíus entre os profissionais que exercem obrigação de meio e seus clientes, na medida em que se imporá à seguradora o pagamento integral de um prejuízo que poderia, ou não, ser evitado se a chance do terceiro não fosse frustrada.

Tal prática acarretaria o enriquecimento ilícito das partes em detrimento da seguradora, que não precificou referido risco e seria responsabilizada por pagamentos indevidos.

Ainda, sua utilização durante as regulações de sinistros possibilita que a seguradora, ao proporcionalizar o dano causado pelo profissional na medida real do impacto que este teve sobre a perda da chance do cliente, responda pelo exato risco precificado e avençado no contrato de seguro, e não pelo resultado final que poderia, ou não, ser atingido.

Conclui-se, portanto, que a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance beneficia não só as vítimas de atos ilícitos, como também as próprias companhias seguradoras que assumem riscos envolvendo a responsabilidade civil de profissionais liberais.

REFERÊNCIAS

- AFFONSO, Caroline Oger. *Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos seguros de RC ADVOGADOS*. São Paulo: Editora Roncarati. Publicado em 25 jan. 2015. Disponível em <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/aplicabilidade-da-teoria-da-perda-de-uma-chance-nos-seguros-de-rc-advogados.html#:~:text=%C3%89%20nesse%20contexto%20que%20se,exerc%C3%ADcio%20de%20sua%20atividade%20profissional>. Acesso em 07 jun. 2020.
- ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ARAÚJO, Vaneska Donato de. *A responsabilidade civil profissional e a reparação de danos*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Dissertação de mestrado, 2011.
- BECHARA, Ricardo. Revista do IRB, nº 59, p. 12. In. BRASIL. Comarca de Redenção do Gurguéia/PI. Processo nº 0000170-30.30.2015.8.18.0111. Partes: Bradesco Vida e Previdência S/A e Salvador Pereira Dias. Contestação apresentada em 07 nov. 2014. Disponível em <http://www.tjpi.jus.br/themisconsulta/pdf/9688663>. Acesso em 07 jun. 2020.
- BRASIL. 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 07 jun. 2020.
- Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm. Acesso em 08 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 07 jun. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 589069996. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 12 jun. 1990. Publicado em Diário da Justiça do Dia. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5309479/apelacao-civel-ac-589069996-rs-tjrs>. Acesso em 07 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 788.459/BA 2005/0172410-9. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 8 nov. 2005. Publicado em 13 mar. 2006. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>. Acesso em 07 jun. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (6ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70005635750. Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Julgado em 17 nov, 2003. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/73919947/djpa-04-08-2014-pg-224>. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1145118/SP. Rel. Min. Humberto Martins. Julgado em 22 ago. 2018. Publicado em 22 ago. 2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617599328/agravo-interno-no-recurso-extraordinario-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agint-no-re-nos-edcl-no-agint-nos-edcl-no-resp-1145118-sp-2009-0184568-1/certidao-de-julgamento-617599349?ref=serp>. Acesso em 07 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 1190180/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 16 nov. 2010. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2010-11-16;1190180-1066323>. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1079185/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 11 nov. 2008. Publicado em 04 ago. 2009. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5>. Acesso em 07 jun. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil, Enunciado nº 444. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>. Acesso em 08 jun. 2020.

DIAS, José de. Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: breve análise. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 107, n. 997, 2019.

FAJNGOLD, Leonardo. Premissas para aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Revista de Direito Privado, vol. 69, set. 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.69.04.PDF. Acesso em 07 jun. 2020.

FRANÇA, Rodrigo Dumans. *A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Dissertação de Mestrado, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

INGLATERRA. *Court of Appeal of England and Wales*. Julgado em 16 mai. 1911. Disponível em https://www.trans-lex.org/382400/_/chaplin-v-hicks-%5B1911%5D-2-kb-786/. Acesso em 07 jun. 2020.

NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. Florianópolis: Sequência, Estudos Jurídicos e Políticos., UFSC, vol. 19, n. 37, 1998. Disponível em

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>. Acesso em 07 jun. 2020.

PETEFFI, Rafael da Silva. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

POLIDO, Walter Antônio. *Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil & aspectos internacionais*. São Paulo: Ed. Manuais Técnicos de Seguros Ltda., 1997.

PRAHAL, Robert. *Introdução a sinistros*. Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Seguros, 1997.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, vol. 11, n. 43, 2008. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16041154.pdf>. Acesso em 07 jun. 2020.

SAVI, Sérgio. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2006.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. *Seguro de Transportes. Condições Gerais*. Disponível em <http://www.susep.gov.br/download/menubiblioteca/SegTransp2.1.pdf>

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Brasileiro: Obrigações e Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Sugestões Literárias, 1974.



COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu,

Ligia Cavassana Silva, regularmente matriculada, no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 41515730, Período 10, Turma A,

tendo realizado o TCC com o título: Responsabilidade Civil Profissional: A aplicação da Teoria da Perda de uma Chance no Seguro de E&O

sob a orientação da professora: Márcia Maria de Barros Correa

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

Assinatura do discente