



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LIS GONÇALVES REIS**

**A PERDA DE UMA CHANCE E A PROVA DIABÓLICA: SOB  
ANÁLISE DA CONFIGURAÇÃO DA (IM) POSSIBILIDADE DO  
DANO MORAL.**

Salvador

2021

**LIS GONÇALVES REIS**

**A PERDA DE UMA CHANCE E A PROVA DIABÓLICA: SOB  
ANÁLISE DA CONFIGURAÇÃO DA (IM) POSSIBILIDADE DO  
DANO MORAL.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves.

Salvador

2021

## TERMO DE APROVAÇÃO

**LIS GONÇALVES REIS**

### **A PERDA DE UMA CHANCE E A PROVA DIABÓLICA: SOB ANÁLISE DA CONFIGURAÇÃO DA (IM) POSSIBILIDADE DO DANO MORAL.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_  
Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_  
Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_  
Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2021.

À Deus, por sempre me amparar.

**“Quando a ansiedade já me dominava no íntimo, o teu consolo trouxe alívio à minha alma. ”** (Salmo 91:19)

À minha família, pelo amor, incentivo, paciência e confiança incondicional durante toda a minha vida estudantil.

## AGRADECIMENTOS

Gratidão ao Altíssimo por poder ter chegado até aqui, Ele sabe o quanto sonhei e o quão árduo foi o trabalho para que esse sonho se tornasse realidade. Agradecer porque sem a fé que tenho n'Ele e sem o amor que Ele tem por mim jamais isso seria possível, afinal, todas as vezes que pensei e senti que estava difícil foi a crença n'Ele que me impulsionou e me fez acreditar.

Gostaria de agradecer, fundamentalmente, aos meus pais e à minha mãe e madrinha Rose, por tanto amor, por me apoiarem sempre e por serem a melhor família que eu poderia ter. Obrigada por antes mesmo de eu sonhar vocês estarem ao meu lado me ajudando a realizar, sem vocês isso aqui não seria possível.

À minha irmã, que é o meu símbolo de amor e fraternidade, sua confiança em mim me faz acreditar no meu potencial bem mais. Obrigada por me fazer muito maior do que o que eu acredito ser, por me admirar e por me apoiar tanto, você é a minha pessoa.

Ao meu noivo, Arthur, por me apoiar de todos os modos e independente de qualquer situação. Maravilha poder contar com o teu auxílio e o teu ombro amigo que é suporte desde os momentos felizes até os momentos mais complicados.

Aos meus amigos, em especial, Milena, Helisa, Gileno e Marcelo, fica a minha gratidão pela presença e cuidado, pelo impulso e por me mostrar que a gente pode chegar aonde a gente quiser. Alçar voos com vocês faz tudo ficar muito melhor.

Ao professor e mestre Cristiano Chaves, o qual tive o prazer de ter como orientador. Essa sorte não é para todos, reconheço, e aqui fica minha imensa gratidão por poder contar com o nobre e ilustre ser humano que você é.

Por fim, minha gratidão ao meu primo e irmão, Matheus Augusto, que faz as minhas conquistas, mesmo que mínimas, serem ainda mais comemoradas, me mostrando que tudo é possível para aquele que crê, quer e corre atrás.

“Seja fiel nas pequenas coisas porque é nelas que mora a sua força. ”

Madre Teresa de Calcutá

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar o instituto da perda de uma chance juntamente com o instituto do dano moral perante a jurisdição brasileira. Possui a pesquisa, como principal objetivo estudar a importância da prova para ambos os institutos, demonstrando a relação existente entre eles e a prova diabólica. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, de caráter exploratório, utilizando os métodos dedutivo e indutivo, respaldando-se em pesquisa bibliográfica, na análise da legislação brasileira e também na análise da sua jurisprudência. O segundo capítulo traz a ideia da responsabilidade civil do dano moral, demonstrando a sua fundamentabilidade para o direito, estudando o instituto desde a sua primeira aparição nos ordenamentos do mundo. No terceiro capítulo, é apresentada a figura da perda de uma chance, demonstrando o dano que dela decorre e a dificuldade existente na elaboração da sua prova, requisito necessário para a sua aplicação. No quarto capítulo, estuda-se a prova diabólica, comprovando-se a relação dessa situação com a ilicitude da perda de uma chance. E por fim, no quinto capítulo, estuda-se a impossibilidade de aplicar o dano moral e a perda de uma chance sem a existência da prova, mesmo em casos de inesclarecimento, os quais são identificados e combatidos pelos meios trazidos no presente trabalho, como forma de promover a justiça de maneira íntegra e não automatizada, respeitando os princípios e normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro. Vale dizer, que é evidenciado no trabalho uma crítica à justiça do Brasil, a qual, muitas vezes, abandona a norma, de modo injustificado, e promove, conseqüentemente, a violação ao devido processo legal.

**Palavras-chave:** Dano moral; Perda de uma chance; Prova diabólica; Impossibilidade.

## ABSTRACT

The present work aims to analyze the institute of loss of a chance together with the institute of moral damages before the Brazilian jurisdiction. The main objective of the research is to study the importance of proof for both institutes, demonstrating the relationship between them and diabolic proof. This is a qualitative, exploratory research, using deductive and inductive methods, supported by bibliographical research, in the analysis of Brazilian legislation and also in the analysis of its jurisprudence. The second chapter brings the idea of civil liability for moral damage, demonstrating its foundation for law, studying the institute since its first appearance in the world's legal systems. In the third chapter, the figure of the loss of a chance is presented, demonstrating the damage that results from it and the difficulty existing in the elaboration of the test, a necessary requirement for its application. In the fourth chapter, the diabolical test is studied, proving the relationship of this situation with the illegality of losing a chance. And finally, in the fifth chapter, the impossibility of applying moral damage and the loss of a chance without the existence of proof is studied, even in cases of unclarity, which are identified and fought by the means brought in this work, such as way of promoting justice in an integral and non-automated way, respecting the principles and norms that govern the Brazilian legal system. It is worth mentioning that the work shows a criticism of justice in Brazil, which often abandons the norm, unjustifiably, and consequently promotes the violation of due process.

**Keywords:** Moral damage; Missing a chance; Diabolic proof; Impossibility.

## LISTA DE TABELAS

<b>Tabela nº 1:</b> Parâmetros para uniformizar valores dos danos morais.....	27
---	----

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 O DANO MORAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	14
2.1 A criação do dano moral e a sua evolução no ordenamento jurídico.....	15
2.2 A tríplice função do reconhecimento do dano moral.....	19
2.3 A necessidade e a formação da prova no dano moral.....	22
<b>3 A PERDA DE UMA CHANCE E AS SITUAÇÕES DE INESCLARECIMENTO</b> ....	28
3.1 Teoria da perda de uma chance.....	28
3.2 Perda de uma chance: o tratamento do ordenamento jurídico brasileiro e do ordenamento jurídico internacional.....	34
3.3 A perda de uma chance como situação de inesclarecimento.....	41
<b>4 <i>PROBATIO DIABOLICA</i></b> .....	45
4.1 Conceito.....	46
4.2 O tratamento dos antigos códigos de processo civil e no novo código de processo civil em relação a prova diabólica.....	48
4.3 A perda de uma chance e a prova diabólica.....	53
<b>5 A (IM) POSSIBILIDADE DO DANO MORAL NA PERDA DE UMA CHANCE COMO SITUAÇÃO DE INESCLARECIMENTO</b> .....	59
5.1 A quantificação da perda de uma chance de maneira errônea.....	61
5.2 A importância do dano moral na perda de uma chance.....	65
5.3 A aplicação dos institutos de maneira legítima e coerente: o dano moral e a perda de uma chance.....	68

<b>6- CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>74</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho de conclusão de curso, considerou-se, preliminarmente, que o direito surge, para a sociedade, como uma forma de regular e harmonizar a vida em sociedade, ou seja, é a partir dessa ideia central que surgem as lides, o processo, os princípios processuais, a prova, a figura do juiz, as sentenças, os recursos, e entre outros, que funcionam como meio de efetivação da justiça.

A partir, disso, constatou-se que, desde os primórdios da humanidade, vários danos ocorreram até que eles realmente fossem reconhecidos e pensados como ilicitude, sendo variadas formas pensadas e que eles se apenavam, de modo que, devido à importância concedida a pecúnia por séculos, o acolhimento dos danos materiais ocorreu primeiramente.

Durante muito tempo se pensava nos danos materiais e morais como únicos, na realidade, não era dada ênfase aos direitos extrapatrimoniais, contudo, foi com o passar do tempo que houve uma ruptura dessa ideia, fazendo com que os danos morais passassem a ser identificados e admitidos como espécie de ilegalidade, afinal, começou a se entender os direitos inatos à figura humano, destacando-se a partir daí, três principais funções inerentes ao reconhecimento do dano moral, são eles: a reparatória, a punitiva e a precaucional.

Pensar no reconhecimento dessa ilicitude, foi pensar, conseqüentemente em sua reparação, de modo que, surgiu assim, a responsabilidade civil, meio que se demonstra eficaz até os dias atuais, promovendo, de determinada forma, a minimização dessa antijuricidade e a conscientização da importância dos direitos fundamentais do cidadão. Falar nessa responsabilização, significa falar em imputar o fato ilícito ao sujeito, atribuindo a ele, as conseqüências previstas em lei.

Vale dizer ainda, que a responsabilidade sofre constantes evoluções como forma de ampliar a reparação ao dano, ganhando destaque a teoria da perda de uma chance, criação da jurisprudência francesa, baseada no prejuízo da possibilidade ceifada de obter vantagem.

Esse trabalho justifica-se pela importância da temática trazida pela questão, pretendendo defender a necessidade de prova da possível chance perdida, mesmo que indireta, para que a teoria seja reconhecida, nessa situação, o ônus probatório se torna diabólico, devendo ser desmistificado através da presente pesquisa, essa adversidade, sendo assim, sinteticamente, vale dizer que, falar em prova diabólica,

significa falar em ônus probatório que se torna difícil de ser produzido por alguma das partes ou para ambas.

Pensar em superar essa prova diabólica, é pensar em meios alternativos de prova, como forma de promover uma aplicação precisa e correta do direito. Vale evidenciar que esses institutos já existem no ordenamento jurídico brasileiro, os quais serão destacados no decorrer do trabalho, cabendo às autoridades investidas do poder do estado aplicá-los, de maneira concisa, justificada e fundamentada, para que se promova e efetive princípios importantíssimos para a justiça, tal como o devido processo legal.

É defeso, durante essa produção acadêmica, que recorrer a outros meios que não seja a literal prova é uma exceção, devendo a subsidiariedade ser levada a sério por quem está investido do poder de decidir, afinal, a regra é que, o juiz, deve julgar, com base no que ver no processo.

O objetivo principal desta monografia refere-se ao esclarecimento da prova, demonstrando que existem variadas formas dela, que são de grande valia para o reconhecimento da perda de uma chance, e conseqüentemente, para a concessão do dano moral, de forma que, a ausência da prova acarreta a impossibilidade da aplicação de ambos os institutos.

A metodologia utilizada para elaboração desta monografia foi a pesquisa bibliográfica que, de acordo com Alyrio (2009) ela tem a sua atividade básica na investigação em material teórico sobre o assunto de interesse, precedendo do reconhecimento do problema ou do questionamento que funcionará como delimitador do tema de estudo, ou seja, antes mesmo de delimitar o objeto de estudo, com a pesquisa bibliográfica, já se ler acerca do assunto, ajudando também na delimitação do tema, sendo utilizados renomados autores do Direito, Legislação, Jurisprudências acerca do assunto proposto.

O problema deste estudo gira em torno da seguinte pergunta: Existe a impossibilidade de aplicar a perda de uma chance e o dano moral, sem prova?

A monografia se divide em alguns capítulos, o primeiro deles fala sobre o dano moral e a responsabilidade civil, passando pela criação do dano moral e a sua evolução no ordenamento jurídico, será falado ainda sobre a tríplice função do reconhecimento do dano moral, a necessidade e a formação da prova no dano moral.

No segundo capítulo, será trazido a perda de uma chance e as situações de inesclarecimento, a teoria da perda de uma chance e o tratamento do ordenamento jurídico brasileiro e do ordenamento jurídico internacional e a perda de uma chance como situação de inesclarecimento.

O capítulo seguinte falará sobre a *Probatio Diabolica*, onde serão apresentados o conceito, o tratamento dos antigos Códigos de Processo Civil e no novo código de processo civil em relação a prova diabólica e a perda de uma chance e a prova diabólica.

No último capítulo, tratar-se-á da a (im) possibilidade do dano moral na perda de uma chance como situação de inesclarecimento, assim como a quantificação da perda de uma chance de maneira errônea, a importância do dano moral na perda de uma chance, e por fim a aplicação dos institutos de maneira legítima e coerente: o dano moral e a perda de uma chance.

## 2 - O DANO MORAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, é imprescindível destacar a diferenciação existente entre as duas principais tipificações do direito, que se resume a dicotomia: direito patrimonial x direito extrapatrimonial.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012), o dano extrapatrimonial acontece quando este alcança o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio, diz o autor que se trata de uma lesão de bem que integra os direitos da personalidade, a exemplo da honra, dignidade, intimidade, imagem, bom nome, acarretando ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

No que tange aos patrimoniais, descreve o relator Ministro Amaral Santos (1969), que, será patrimonial o dano cujo efeito repercute no patrimônio da vítima, a exemplo, uma notícia alarmante como a de divulgar que há uma bomba em um cinema, o que afasta a sua freguesia, acarreta um dano ao patrimônio, o que difere de um dano extrapatrimonial.

Assim, diz-se que a prática de um dano enseja para o praticante a responsabilidade civil, de modo que Ricoeur (1995) determina que, o fato de imputar uma ação a alguém é atribuir ao mesmo a verdadeira autoria, lançando, por assim dizer, à sua conta e tornando-o responsável por ela, ou seja, pretende-se com a responsabilização civil culpabilizar o réu e fazê-lo recompor a coisa atingida numa lógica reparatória, lógica essa que move o ordenamento jurídico civil brasileiro, se resumindo no fato de, ao surgir o ilícito nasce o direito de reparação como forma de ressarcir o dano causado.

Por sua vez, destaca Stolze (2012), que a responsabilidade, para o Direito, nada mais é, do que uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, de assumir as consequências jurídicas de um fato, o autor destaca que essas consequências poderão variar em conformidade com os interesses lesados e nível de dano ocasionado.

O autor ainda continua determinando que, na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, devendo ele restaurar o status quo ante, obrigação esta que, se não for mais possível, deverá ser convertida no pagamento de uma indenização ou de uma compensação enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, o agente deve

sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser desde a privativa de liberdade até a restritiva de direitos ou até mesmo a pecuniária.

Outro autor que fala sobre o tema é Richard Soares (2015), para ele, a responsabilidade civil possui elementos que estão previstos explicitamente no artigo 186 do Código Civil (2002), são eles: a conduta humana, positiva ou negativa, dano ou prejuízo, o nexo de causalidade e por fim, o elemento accidental, a culpa.

Para Chaves e Rosenvald (2017), toda essa lógica de reparo encontra respaldo e base nos princípios que regem a justiça brasileira, que possuem destaque e servem como diretrizes dos principais institutos jurídicos do país, tais como, a dignidade da pessoa humana, através do artigo 1º inciso III da Constituição Federal (1988), pois tal norma defende a autonomia privada pessoal, e ao mesmo tempo, a proteção dela quando atingida ou fragilizada, promovendo então uma determinada segurança jurídica quando se tem um direito lesionado.

Os autores acrescentam que possui também apoio no princípio da solidariedade, artigo 3º inciso I da Constituição Federal (1988), já que se pretende através da cooperação exigir uma responsabilização para o ofensor da tutela, eles destacam também o princípio da reparação integral, presente no artigo 944 do Código Civil (2002), visto que havendo um dano ele deve ser reparado integralmente, como forma de preencher a totalidade das consequências problemáticas causadas; e por fim, o princípio da prevenção, que é, para os doutrinadores, é o cerne da responsabilização contemporânea, afinal, evitar e mitigar um dano se converte em questão central e maior desafio para esse instituto.

Assim, observa-se que o dano moral é um elemento da responsabilidade civil e pressuposto para que a reparação ocorra, assim, a reparação do dano moral é de interesse da responsabilidade civil, afinal, a ideia de responsabilização surge quando o dano ocorre, violando prerrogativas e direito do indivíduo.

## 2.1 A criação do dano moral e a sua evolução no ordenamento jurídico

Desde os primórdios, o homem tinha como preocupação o conhecimento do seu mundo material, ou seja, das coisas tangíveis que faziam parte da sua realidade, esse é um dos principais motivos para justificar o excesso de cuidado social que sempre se deu as causas materiais e patrimoniais, se comparadas com as extrapatrimoniais.

Nesse mesmo sentido, pode-se relatar o tratamento jurídico brasileiro concedido aos danos causados às pessoas, visto que, muito se demorou para que se pensasse e se considerasse válido o ressarcimento ao dano moral, se comparado ao tratamento concedido ao dano material, devido aos resquícios patrimonialistas que tomavam e ainda tomam conta do pensamento da sociedade.

No Brasil, mesmo com o Código Civil em 1916, foi apenas com a Constituição Federal de 1988, à luz do seu princípio norteador, que teve o surgimento do princípio da dignidade humana, surgindo tratamento jurídico para o dano moral, passando a partir daí a valorizar o ser humano e as suas atribuições, já, no ano de 2002, o Código Civil, passou a respeitar as normas constitucionais vigentes, dando assim uma real proteção ao direito extrapatrimonial, o que permitiu a sua reparabilidade caso algum dano lhe fosse causado.

Com esse novo tratamento, acredita-se que surgiu uma grande problemática, a mercantilização desse direito, se é que também não podemos falar em patrimonialização do direito extrapatrimonial, visto que o objeto integrante desse leque são bens infungíveis, intangíveis, que ao serem violados trazem consigo inúmeros problemas como, o dano psicossomático, o dano biológico e até mesmo o dano à saúde.

Ao falar em reparação, tem-se a ideia, oriunda da nossa normatividade vigente, de que ela deve ocorrer de maneira integral, podendo assim afirmar a incoerência existente no modelo de tratamento adotado para com o direito moral sob essa perspectiva, já que com ele se pretende reparar o imaterial com pecúnia, promovendo uma compensação à metade, que origina, conseqüentemente, a responsabilizar a vítima por todo resto de seqüela ocasionado pela lesão que lhe foi causada.

É fundamental saber o tratamento concedido à responsabilidade civil para os casos dos danos morais desde o início dos ordenamentos jurídicos, sendo válido trazer panorama histórico dessa realidade.

Cristiano Chaves e Rosenvald (2017) alegam que na pré-história da responsabilização, a solução cerne concedida era a vingança, sendo ela a primeira forma de resposta contra comportamentos lesivos, mostrando ainda a alguns ordenamentos jurídicos mais primitivos, o Código de Hamurabi (1792-1750 a. C.), o qual tinha como ideia principal a Lei de Talião, resumida no princípio de “olho por olho e dente por dente”, ou seja, para esse instituto normativo o dano causado à

vítima deveria ser reparado de maneira igual, procurava-se uma reparação para além da proporcionalidade, procurava-se uma reparação com total equivalência.

É óbvio que, tal tutela repressiva, se analisada de acordo com o ordenamento atual, traz total irregularidade e ilicitude, visto que viola diretamente os princípios fundamentais existentes na nossa Constituição Federal e até mesmo na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Outro ordenamento surgido a posteriori, o Código de Manu, ordenamento do povo indiano que estabelecia o sistema de castas, trazia uma incrível diferença do de Hamurabi, a lesão deixa de ser reparada por outra de igual potencial e passa a ser permitida reparação através da pecúnia.

Por conseguinte, pode-se citar o conjunto de normas que deu início a era da codificação mundial, o Código de Napoleão Bonaparte, uma das grandes provas do quão impregnado foi e é o patrimonialismo, trazia em suas normas a proteção ao patrimônio de maneira extensa e minuciosa, suscitando a responsabilidade civil através do direito à reparação em casos que se tivesse culpa, ou seja, era necessária uma análise subjetiva da responsabilidade, o presente Código embasou-se no princípio aquiliano, o qual era: *“in lege aquilia et levissima culpa venit”*, que significa dizer a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.

Até mesmo na Bíblia, consoante Stolze (2012), pode-se retirar essa ideia de responsabilização, tendo em vista que, no livro sagrado dos cristãos, mais precisamente em seu Antigo Testamento, é encontrada ao método de reparação, a exemplo da passagem de Deuteronômio, 22:13-19, que trata do desprezo do homem pela sua esposa, seguido da imputação falsa de coisas escandalosas, sendo este castigado pelos anciãos, multando-o em cem ciclos de prata, os dando ao pai da moça.

Há, desde aquele período, uma preocupação com a tendo em vista que motivo para a aplicação do castigo era a divulgação de uma notícia que “manchasse” a reputação de uma mulher inocente, destaca este mesmo autor em outra passagem bíblica em Deuteronômio, 22:28-29, onde, no caso de um homem encontrar uma moça virgem não desposada e, pegando nela, deitar-se com ela, e forem apanhados, o homem que dela abusou deverá dar ao pai da jovem cinquenta ciclos de prata, devendo ela ser a sua mulher, não podendo a repudiar por todos os dias da sua vida.

Então, há que falar na preocupação exacerbada, até mesmo antes do direito positivo pensar em existir, na responsabilização por lesão causada a honra do ser humano.

Partindo para a história brasileira, em conformidade com André Barreto Lima (2018), mesmo com o Código Civil de 1916, instrumento de grande perfeição técnica, o qual concedeu o primeiro passo para a garantia dos direitos privados, o direito extrapatrimonial e o seu dano não foram considerados, visto que ainda não se buscava a visualização de direitos voltados para a dignidade humana.

Isso não significa que tal faculdade não era tema do pensamento jurídico mundial, segundo Pontes de Miranda (1974) na Alemanha sempre esteve em discussão a doutrina do dano moral, do elemento não-patrimonial no direito, para esse povo o interesse econômico não era o único interesse.

Porém, foi com a Constituição Federal de 1988 que emergiu o reconhecimento do dano moral e de seu caráter reparatório, justamente por seu viés valorativo no que tange à dignidade, através do artigo 5º, conforme os incisos V e X:

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL 1988).

Vale mensurar que esse tratamento “justo” para com a moralidade foi bastante tardio, contudo, antes da Constituição de 1988, algumas decisões permitiam a sua reparação, a exemplo de um recurso extraordinário, julgado pelo Supremo entre 1979 e 1980, tendo como relator o Ministro Aliomar Baleeiro.

No caso, deu-se provimento e foi reconhecido o dano moral como reparável em uma ação proposta pelos pais devido ao falecimento de duas crianças, seus respectivos filhos, em um acidente de ônibus, a contrariedade da questão se mantém no fato de que a fundamentação da decisão se embasou num dado material, os custos dos pais pelos filhos até o dia da morte, devido ao fato de que os ideais e normas da época não consideravam válidos ressarcir única e exclusivamente um dano moral, devendo ele ser acompanhado por um dano material para que houvesse a possibilidade da reparação.

Para findar o panorama, atualmente, o dano moral no Código Civil vigente (2002) traz nos seus artigos, citados abaixo, o reconhecimento expresso da reparabilidade ao dano extrapatrimonial, admitindo sua reparação mesmo que exclusiva, são eles:

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Sinteticamente, ao interpretar os respectivos artigos, percebe-se que para a configuração da responsabilidade civil é necessário que existam ações ou omissões delituosas, ou seja, deve haver algum objeto central que cause prejuízo a outrem, que é o dano e, por fim, o nexos causal que está entre a conduta praticada e o dano sofrido pela vítima.

Ao observar todo esse tratamento, é perfeitamente nítido visualizar a sua evolução nos ordenamentos jurídicos, contudo, a nível de Brasil, percebe-se que houve estudos e considerações tardias que ocasionaram em postulações incrivelmente precipitadas e rasas sobre o tratamento para com o direito extrapatrimonial.

## 2.2 A tríplice função do reconhecimento do dano moral

De acordo com ilustríssimo Cristiano Chaves (2017), ao se analisar o direito brasileiro do alvorecer do século XXI, nota-se o estabelecimento de três funções da responsabilidade civil, a primeira é a função reparatória, conjugando a mais clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial, a segunda é a função punitiva, em que a sanção consiste na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis, e, por fim, a função precaucional, a qual detém o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas.

Falar da responsabilidade civil, implica em falar no reconhecimento dos danos, justificando-se assim, a nomenclatura do presente capítulo.

Pelo fato da divisão das funções ser uma forma de evitar o rompimento de fronteiras, acredita-se ser essencial um estudo mais aprofundado dessas

atribuições, onde aborda Cristiano (2017) essa tríplice função de um modo didático e preciso, evidenciando primeiramente a função reparatória, a qual é configurada como uma função clássica e dominante da responsabilidade civil, ele julga como essencial para o estudo dessa função, tendo em vista que a responsabilidade civil se colocou de forma residual aos pilares institucionais do sistema de direito privado: os contratos e a propriedade, como forma de atender as situações por eles não reguladas, basicamente com a função de disciplinar a alocação das perdas que derivavam das atividades humanas econômicas, com a proteção do status a quo dos indivíduos atingidos por ilícitos por elas desencadeados.

Destaca Chaves (2017), que a responsabilidade civil se desenvolve pelo fato de o processo apenas intervir quando a violação que já havia sido consumada, ao modo que o processo poderia impedir que a violação prosseguisse, mas não o fato de que ela ocorra, assim sendo, surge o ressarcimento, se convertendo na consequência negativa, que é a sanção do accertamento da responsabilidade, por isso a ideia da lesão está no centro da responsabilidade civil e a sua função, conseqüentemente, é o restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico desfeito por conta do dano ocasionado.

Ainda sobre a função reparatória, vale dizer que, pode ser ela também chamada de compensatória, é de extrema importância, tanto é que é caracterizada como a clássica função do dano moral.

Assim, destaca-se que, a reparação deve abranger todos os danos impostos pelo agente à vítima, sejam estes materiais ou morais, sendo possível a cumulação das modalidades, uma vez que, para Cavalieri (2015), o dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima e assim há a necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio.

Falar em função reparatória/compensatória, significa falar numa posição que possui compatibilidade com a Carta Magna de 1988 e com o Código Civil de 2002, por meio de seus artigos 186 e 927, que possuem como objetivo principal a proteção do ser humano no que tange a sua dignidade e aos demais direitos fundamentais.

Em se tratando da função punitiva, Cristiano (2017) alega que a compensação de danos pelo instrumento ressarcitório assume uma posição de prioridade, tendo em vista que a reparação do dano consiste na sanção que segue ao accertamento da responsabilidade.

Ou seja, a função punitiva surge como consequência da função reparatória, estando elas intimamente ligadas, surgindo essa obrigação com intuito de punir o agente mediante pagamento de valor indenizatório capaz de demonstrar que o ilícito praticado não será suportado pela sociedade e pelas autoridades judiciárias.

Pensar em não aplicar essa função, é consentir com um estímulo à prática de infrações futuras, afinal, houve de algum modo, a obtenção de vantagem pela parte que praticou a ilicitude.

Cavaliere (2015), afirma que:

Não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima (CAVALIERI, 2015, p. 87).

Nesse sentido, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar e a natureza compensatória para a vítima (Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello, Agravo de Instrumento 455.846), ficando determinado por parte da ementa, demonstrando a duplicidade da função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção), a primeira dela com caráter punitivo ou inibitório (*exemplary or punitive damages*) e a segunda com a sua natureza compensatória ou reparatória.

Quanto à função precaucional o autor destaca que a precaução - dentro de parâmetros objetivos de razoabilidade - tem o intuito de gerar determinadas sanções em face do empreendedor que exerce atividade ou crie produtos hábeis potencialmente a causar futuros danos. Ou seja, essa função surge como uma técnica de controle social, consistindo desde as proibições de exercício de atividade até as restrições ao exercício de empreendimentos.

Sinteticamente, trata-se de uma forma de evitar a reincidência, ou até mesmo evitar que a pessoa pratique ilícito semelhante, conforme alega Noronha (2003):

Esta função da responsabilidade civil é paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando, como esta, funções de prevenção geral e especial: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras. Isto é importante especialmente no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos) (NORONHA, 2003, p. 21).

Cristiano e Nelson (2017), por fim, defendem a multidisciplinariedade da responsabilidade civil, acreditando ser a prevenção o cerne do mundo

contemporâneo, tendo em vista que, ao efetuar a tripartição funcional da responsabilidade civil em reparatória, punitiva e precaucional, será abnegado de conferir a qualquer uma delas, com exclusividade, a qualificação de função preventiva, estando essa englobada em todas supracitadas.

Ao englobar a prevenção, Cristiano (2019) alega que percebe as três funções como perfeitamente compatíveis e não excludentes entre si, destacando precisamente que, ao se observar a função reparatória, a indenização é acrescida a uma prevenção de danos; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma prevenção de ilícitos; enquanto na função precaucional a sanção é acrescida a uma prevenção de riscos.

Assim, vale postular que tanto a jurisprudência, bem como os autores citados defendem a ideia de que a reparação, para ocorrer de modo completo e integral, devem ter como base, as funções apontadas, como forma de respeitar os princípios e normas da Constituição Federal Brasileira (1988), o Código Civil (2002) e mais que isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual determina, em seu artigo 8º que: “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

### 2.3 A necessidade da prova no dano moral

Do mais, no que tange a necessidade de prova para a aplicação do dano moral, diz-se que a jurisprudência não tem mais considerado ela um caráter absoluto. Prova-se isso a partir da seguinte análise jurisprudencial.

Há 13 anos atrás, em 2008, ao decidir sobre a responsabilidade do estado por suposto dano moral a uma pessoa denunciada por um crime e posteriormente inocentada, no Recurso Especial 969.097, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que, para que se viabilizasse o pedido de reparação, era necessário que o dano moral fosse comprovado mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada, e de má-fé.

Vale afirmar, que o mesmo órgão judiciário, em outra oportunidade, através do Agravo de Instrumento 794.051, decidiu que:

A simples comprovação do fato não é a única condição *sine qua non* para que seja devida a indenização por dano moral, devendo também ser

comprovados, salvo hipóteses específicas, a ocorrência de dor ou sofrimento por parte da vítima.(STJ. AgRg no Ag 794.051/M. Terceira Turma. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 21/02/2008.)

Observa-se que a partir daí, que o órgão superior judiciário deixa a população e a doutrina totalmente em dúvida, tendo em vista a inexistência de entendimento pacificado, afinal, de acordo com a súmula 403, a qual descreve que independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

O precedente foi retirado de um caso de imagem divulgado sem autorização de imagens de modelo profissional, em que, em sede de embargos fora provido a indenização para a profissional, essa questão refere-se nitidamente a um dano moral, tendo em vista que houve o comprometimento da moralidade e da extrapatrimonialidade do indivíduo, consoante o determinado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Assim, não há como trazer uma confiança no que fora julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a multiplicidade de posicionamentos, cabendo então essa questão ser ainda mais analisada pelos estudiosos e doutrinadores.

Há que se falar, que há danos extrapatrimoniais abarcados pelo instituto do dano moral *in re ipsa*, em outras palavras, trata-se de dano moral presumido, o qual não necessita de prova para a sua concessão, tendo em vista a sua fácil constatação, onde o Superior Tribunal de Justiça aplica essa ideia a alguns casos específicos, sendo analisado caso a caso, de modo que, nem todo dano moral é considerado dano presumido pelo órgão judiciário.

Carlos Roberto Gonçalves (2012) defende a necessidade de uma análise minuciosa do dano moral, porque, para ele, não há como se falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não existir dano, afinal, ação de indenização sem dano significa dizer, pretensão sem objeto, deste modo, acrescenta que, nenhuma indenização poderá ser devida se o dano não for “atual” e “certo”.

Afinal, para o autor, nem todo dano é ressarcível, apenas os danos que preencherem os requisitos de certeza e atualidade, esse fundamento justifica a ideia que o presente trabalho pretende defender, que diz respeito a necessidade de provar a veracidade da ilicitude extrapatrimonial.

Acrescenta-se ainda a comprovação dessa necessidade com o estudo de Cristiano Chaves e Rosenvald (2017), os quais alegam que “o nexa causal é a “esfinge” da responsabilidade civil”, sendo necessário e suficiente a relação de

causalidade entre uma o fato que ensejou o risco e o dano injusto, onde verifica-se que é necessário que exista uma prova dessa relação, a exemplo, dado fato “A” possui relação com o ilícito “B”.

Segundo Lara Amaro (2018), o direito à prova é entendido como configuração substancial de um dos eixos do devido processo legal, que compreende, mais do que o respeito à lei, a autora descreve que, o direito fundamental a um processo justo e adequado, deve observar os direitos fundamentais processuais, materiais e as peculiaridades do caso concreto.

Assim, para a estudiosa, o direito à prova e, ademais, a importância de dispor quanto à distribuição do ônus probatório, em especial nos casos em que configurada a prova diabólica, parte dos direitos fundamentais processuais, a exemplo do acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, ou seja, defende-se, bem como foi defendido na decisão acima citada, que a prova é requisito primordial para o processo justo e igualitário.

Nesse sentido, percebe-se que muitas são as dificuldades que os juristas encontram ao julgar e conseqüentemente, analisar o dano moral, justamente pela dificuldade existente no aferimento desse ilícito.

Consoante Romualdo Baptista (2019), a primeira dificuldade que se apresenta é que um mesmo episódio produz impactos diferentes em cada pessoa, para ele há pessoas que são mais caledadas pela vida, tendo em vista que cada pessoa possui um temperamento, assim há pessoas são mais sensíveis outras mais românticas ou idealistas.

Assim, defende-se que cada pessoa recebe de um modo o impacto oriundo de uma lesão aos direitos da personalidade tendo em vista que a estrutura psíquica e emocional são critérios subjetivos, não sendo possível o magistrado julgar qual o impacto que uma conduta lesiva produziu na vítima, sem que esta ofereça qualquer elemento para abalzar uma tal conclusão, fazendo-se assim necessário aqui uma análise pessoal dos valores e características carregadas pela pessoa vitimada.

O autor ainda continua destacando que se deve levar em consideração lesividade da conduta, tomando como ideia até mesmo a intenção de que o autor praticou o fato delitivo.

Além disso, considera-se que para fixar o montante indenizatório, o juiz deve considerar também a repercussão do fato no círculo social da vítima e na sociedade em geral.

Outro fator que também deve ser analisado pelo juiz é o prisma financeiro, nomeando a problemática por Baptista como a significação econômica da indenização, tendo em vista que deve ser considerado dois grandes fatores, o nível econômico da parte que ocasionou a lesão, e da parte que foi lesada, não podendo ser absurdamente dispendioso para uma parte e extremamente insignificante para outra, sob pena de nulidade, tendo em vista que a máxima da indenização é a função reparatória desta.

Destacam-se como parâmetros necessários para o juiz analisar no dano moral, fatores previstos nos determinados artigos do Código Civil (2002):

Artigo 944: A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Artigo. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Dado esses fatos é que se defende a imensa necessidade da parte autora de uma ação não se resumir nos anexos de um processo apenas aos fatos que ensejaram a lesão, devendo ela, no pedido de indenização por danos morais, fornecer ao juiz o máximo de elementos para um julgamento válido e eficiente da ação, tendo em vista que o juiz não possui condições de adivinhar os critérios se o autor não lhe oferecer munção para apreciação.

Ou seja, como se pode ver, grandes são as preocupações que cabe ao juiz, e é com base nesses fatores também que se defende a necessidade de prova do nexo causal do dano moral com o patrimonial, diante de tantos requisitos a serem apreciados e analisados, de modo que, a simples aplicação do dano moral, ocasiona a falta de eficácia de um instituto fundamental para o funcionamento do direito, tendo em vista que possui como centro o ser humano, indivíduo para o qual nasceu o ordenamento e os órgãos jurídicos.

Ao pensar na atividade do juiz e nessas barreiras que ele encontra ao aferir essa modalidade de dano, surge a necessidade de alegar, como forma de defender a necessidade da prova, que o destinatário dela é o magistrado, afinal, é ele que decide juridicamente o que deve ser aplicado, assim, se a prova é critério basilar para os julgamentos, não há porque consideramos ela indispensável nos casos de danos extrapatrimoniais, visto que, é a modalidade de ilícito que cresce diariamente no Brasil e no mundo, objeto de inúmeras lides processuais, de modo que, o

abandono acarreta a aplicação errônea e desmedida desse instituto tão importante.

Um grande exemplo dessa aplicabilidade do dano moral exacerbada e de forma errônea é mostrada na Tabela 1 abaixo, a qual foi publicada no site do Superior Tribunal de Justiça, em 2009, com o intuito de buscar parâmetros para uniformizar valores de danos morais, demonstrando o pensamento automático da Corte quando assunto é o ilícito extrapatrimonial:

**Tabela I - Parâmetros para uniformizar valores dos danos morais**

<b>Evento</b>	<b>2º grau</b>	<b>Superior Tribunal de Justiça</b>	<b>Processo</b>
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem danos à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	REsp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem danos à saúde)	R\$ 100 mil	10 SM	REsp 801181
Cancelamento injustificado de voo	100 SM	R\$ 8 mil	REsp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	não há dano	REsp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM	R\$ 10 mil	REsp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	50 SM	REsp 856360

Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	mantida	REsp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	REsp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	mantida	REsp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	mantida	REsp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	REsp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	REsp 872630

Fonte: Schreiber (2011, p. 333).

Com esses dados, ficam evidentes uma aplicação automática do dano moral, de modo que já é enquadrado a existência do dano com a medida pecuniária a ser tomada.

A crítica se embasa justamente no fato de um assunto tão sério ser padronizado de modo tão supérfluo e raso. Mais um motivo que justifica a necessidade de uma análise mais rebuscada dessa modalidade de ilegalidade.

Essa análise se assemelha ao estudo de Cristiano e Nelson (2017), os quais determinam que magistrados aderem teses opostas como forma de justificar a investigação do nexa e a existência de uma obrigação de reparar com base no "bom senso", abandonando a busca de juridicidade ou cientificidade. Teorias são citadas nas decisões não pelo seu conteúdo intrínseco, mas para conferir uma aparência de legitimidade às escolhas emocionais presunções dos julgadores, comumente destinadas ao favorecimento de vítimas incapazes de demonstrar a existência do nexa causal.

### 3 A PERDA DE UMA CHANCE E AS SITUAÇÕES DE INESCLARECIMENTO

#### 3.1 Teoria da Perda de uma chance

De acordo com Cavalieri Filho (2012), a perda de uma chance caracteriza-se quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como por exemplo, progredir na carreira artística ou militar, ou arrumar um melhor emprego.

Nesse sentido, Rafael Peteffi (2013) diz que teoria da perda de uma chance origina-se no Direito Francês, onde surgiu a expressão *perte d'une chance*, alega o autor que o caso mais antigo ocorreu o final do século XIX, quando a Corte de Cassação Francesa, em 17 de julho de 1889, indenizou um demandante pela perda da chance de obter decisão jurisdicional favorável, em razão da atuação culposa do auxiliar da justiça, que por mau procedimento, obliterou todas as suas possibilidades de lograr êxito na demanda.

Foi com base nesse caso, que pôde se falar em perda de uma chance, atestando-se então que ela surgiu de uma jurisprudência, e não da lei em sentido estrito.

Santos Leitão (2016) afirma que, a teoria da perda de uma chance teve os horizontes da sua aplicação alargados a uma multiplicidade de casos, sendo utilizada até em casos de responsabilidade civil da Administração, tendo o seu marco inicial uma decisão do *Conseil D'État*, em 03 de agosto de 1928, sendo reconhecido a um funcionário a indenização por perda de uma chance de progressão de carreira.

Rafael (2013) ainda alega que, foi no ano de 1911 que a teoria da perda de uma chance apareceu pela primeira vez no sistema da Common Law, como foi o caso *Chaplin v. Hicks*, na Inglaterra, que tratou de um concurso de beleza em que uma das candidatas foi impedida pelos organizadores de participar da etapa final, perdendo assim a possibilidade de ganhar o concurso e receber o prêmio.

Em 1940, a aplicação da teoria teve início na Itália, segundo Sérgio Savi (2009 *apud* Pacchioni, 1940), fora uma aplicação complicada, devido à dificuldade de afirmar com certeza se as partes lesadas teriam interesse em propor uma ação indenizatória, visto que a lesão sofrida não fora totalmente certa, assim, ele desconsiderava o interesse jurídico de as vítimas em receber uma indenização.

Savi (2009) alega que a perda de uma chance só começou a ser aceita na Itália por meio das ideias de Adriano de Cupis, o qual afirmava que o dano derivado

da perda de uma chance poderia ser aceito como dano emergente, a partir disso, ele deixou de considerar o dano da responsabilidade civil pela perda de uma chance como sendo lucros cessantes, possuindo, portanto, a teoria, sua correspondente autonomia.

Ressalta-se, conforme Leitão (2016), os primórdios da aplicação da teoria da perda nos Estados Unidos da América que ocorreu em 1966 através do *leading case* Hicks v. United States, onde a lesada faleceu devido a uma hemorragia interna. Restou provado que o médico que observou a autora não utilizou os melhores métodos de diagnóstico para perceber qual o problema que a afetava, e que o comportamento negligente do médico, devido a abstenção de o fazer, provocou não a morte, mas a perda de chance da autora sobreviver ao mal de que padecia.

Por fim, o doutrinador demonstra a aparição da teoria na Austrália, através de uma decisão da High Court (Sellars v Adelaide Petroleum, 1996) que concedeu à autora ('A') indenização por perda de chance. A contraparte ('B') propôs-lhe um negócio mais vantajoso que aquele que estava na mesa com uma terceira empresa ('C'). A autora finalizou as negociações com a empresa 'C', para negociar com a empresa 'B', a qual, após celebrar contrato, recusou-se a cumpri-lo. A empresa 'A' tentou novamente negociações com a empresa 'C', porém esta última retirou sua oferta. Julgou o tribunal que a autora ('A') sofreu a perda de uma chance comercial, e concedeu-lhe uma indenização.

Rafael Peteffi (2013), alega que uma corrente numerosa acredita que a teoria da perda de uma chance constitui perfeito exemplo de ampliação do conceito de dano reparável, essa comprovação é dada depois de se analisar que a teoria da perda, a partir do momento que solidificada e aplicada traz uma relativização em relação ao dano, de modo que se torna mais uma modalidade de ilícito a ser reparado, através da presunção de resultado futuro possível, que não se efetivou devido a chance ceifada por outrem.

Analisando o instituto, convém mostrar que a sua natureza jurídica é de dano material ressarcível, não sendo ele inserido entre os danos emergentes e os lucros cessantes.

João Afonso Neto (2009) determina que a perda de uma chance versa na ideia da junção de dois elementos opostos, numa figura bifacetada em que em uma das faces se tem um elemento de certeza e na outra um elemento de incerteza, por sua vez, em se tratando do elemento certeza, acredite-se que é certa a ocorrência

de um fato antijurídico, impeditivo do desenvolvimento do processo aleatório em curso, de forma a obstar a fruição de uma oportunidade ou impedir a possibilidade de se afastar um prejuízo.

Por outro lado, o elemento incerteza decorre da incapacidade humana em afirmar que, se não ocorresse o fato interruptivo do processo em curso, haveria com absoluta precisão a obtenção da vantagem ou o afastamento da perda, ou seja, nunca se poderia afirmar que a chance perdida conduziria ao objetivo pretendido, uma vez que outros fatores exerceriam influência na produção do resultado.

O autor diz que a perda de uma chance é teoria jurídica que equaciona elementos polarizados, quer dizer que, a certeza de que houve ruptura no desenrolar os eventos aleatórios em progressão e incerteza quanto à probabilidade de que o resultado fosse concretizado mesmo que não houvesse essa ruptura.

O que mais traz indagações no presente trabalho diz respeito justamente ao fato que o evento futuro, ao qual se perdeu a chance, se trata de possibilidade suficiente ou de certeza. Como determina Unidroit (2010), a compensação é devida somente por danos, incluindo danos futuros, se verificado razoável grau de certeza, ou seja, ela pode ser em razão da perda de uma chance na proporção da probabilidade de sua ocorrência.

Ocorre que, por ser um instituto de grande valia, como forma de defender os direitos violados dos indivíduos em situações pertinentes, acaba que é aplicado baseado na presunção, na maioria das vezes, sem analisar de fato se o fato futuro poderia ocorrer. Assim, muitas das vezes, não há, nem sequer o estudo da mínima probabilidade que deve existir entre o fato que se perdeu e entre a vantagem que poderia se obter.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance traz consigo uma análise de requisitos básicos, tais quais: a conduta, onexo causal, o dano, resumido entre a chance perdida de auferir o benefício.

Decifra-se como principal o nexo de causalidade, que não se baseará somente entre a conduta e o dano, mas também entre o fato impedido e o benefício que poderia ter sido atingido, se a situação de fato ocorresse.

Ressalta-se que, há aqueles que defendem existir na perda de uma chance, que não se indeniza a perda de um resultado favorável, mas uma coisa completamente diversa, isto é, se indeniza apenas a perda daquela possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem.

Não há como se falar em indenizar perda de chance que provoque prejuízo, porque, se assim fosse, não haveria como falar em reparação ao agente que perdeu a sua oportunidade. Então, preserva-se a ideia, de que a indenização diz respeito tanto a chance extinta, quanto à possibilidade do dano que deve ser analisada e estudada, não cabendo aqui falar em mera presunção, sob pena de mitigação desse instituto.

Acertou o juiz, no julgamento a seguir, quando, não reconheceu a aplicação da teoria da perda de uma chance quando não restou comprovado o dano:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE.

1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição.

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 detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes.

3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida.

4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se deduz da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior.

5. Recurso especial não provido.(STJ. REsp 993.936/RJ. Quarta Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 27/03/2012.)

Difere totalmente de jurisprudência a ser citada abaixo, em que foi acolhida a pretensão da perda de uma chance, por acreditar o juiz em um nexo de causalidade que se quer foi estudado profundamente, entre a dependência da mãe em relação a um filho maior e especial, observa-se abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA- TEORIA DO RISCO - ACIDENTE NA LINHA FÉRREA - MORTE DA VÍTIMA - FILHO ÚNICO - MAIOR - DEFICIENTE AUDITIVO - CULPA CONCORRENTE - AUSÊNCIA DE OFENDÍCULOS E SINALIZAÇÃO PARA PEDESTRES - DANOS MATERIAIS - LUCROS CESSANTES - PERDA DE UMA CHANCE - DANOS MORAIS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Nexo de causalidade entre o dano e o ato omissivo da companhia caracterizado. Teoria do Risco. 2- Os fatos ainda demonstram a existência de culpa concorrente, elisiva da culpa exclusiva da vítima. 3- Deficiência auditiva da vítima não é suficiente para excluir a responsabilidade de manutenção de cercas, passarelas e sinalização adequada. 4- Filho único de família de baixa renda, em idade produtiva, presunção de dependência em relação ao filho. Dano material por lucros cessantes, pela perda de uma chance. Dano moral configurado. 5 - Honorários deve obedecer a condenação. 6- Recurso parcialmente provido. (TJES - Apelação Cível nº14050013482.Segunda Câmara Cível – Rel. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Julgado em 24/03/2006.)

Essa ideia de um estudo mais aprofundado sobre a perda de uma chance e o benefício que poderia ter sido auferido dela, é defendido por Agostinho Alvim (1965), alega este autor que o grau de probabilidade entre esses elementos deve ser apreciado por peritos técnicos para que não ocorra uma conclusão exagerada e uma aplicação errônea do instituto, seguindo a mesma linha, a Relatora Mara Larsen Checi (1999 – Apelação Cível 598460244), que determinou que a perda de uma chance é uma expressão que simboliza o critério de liquidação do dano provocado.

No caso por exemplo, em que um advogado perde o prazo, não promovendo a ação no prazo correto, o cliente, na verdade, perde a oportunidade de obter, no Judiciário, o reconhecimento e a satisfação integral ou completa dos seus direitos, como determina o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal 1988, sendo assim, o cliente não perdeu uma causa certa; perdeu um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso.

Assim, na ação de responsabilidade ajuizada por esse prejuízo causado pelo profissional do direito, deverá o juiz, no caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável.

Com isso, pretende-se defender que é necessário uma análise e avaliação séria da chance perdida, cabendo o juiz reexaminar os fatos, verificando se é o caso de chance precisa, real e séria, que cause violação aos direitos do indivíduo autor da lide.

É imperioso salientar, mesmo diante das decisões do Superior Tribunal de Justiça trazidas, o tratamento concedido por esse órgão às situações jurídicas que

envolvem a perda de uma chance, afinal, se trata de uma entidade que muito auxilia na aplicabilidade do direito em nosso país.

Analisando as sentenças concedidas pelo Colendo Tribunal, pode-se concluir, que diversos são os posicionamentos e aplicações quanto a teoria, sendo necessário analisarmos a peculiaridade de cada caso para chegarmos a uma conclusão.

Ressalta-se que, diante do estudo de algumas decisões do órgão, observa-se principalmente, fundamentações voltadas a necessidade da existência de certeza de dano, sendo rechaçadas meras expectativas, a exemplo do precedente do Ministro Luís Felipe Salomão (Recurso Especial 1.540.153/RS), cujo acórdão se extrai o ensinamento de que a teoria não se preta a reparar danos fantasioso, não servindo para acolher meras expectativas.

Na mesma linha seguiu um julgado do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Recurso Especial 1.758.767/SP), fundamentando que esse tipo de dano se consubstancia na frustração da probabilidade de alcançar um resultado muito provável. Sendo necessário perpassar pela efetiva probabilidade de sucesso para que se obtenha o provimento do recurso interposto.

Mesmo ocorreu com o entendimento do Ministro Ricardo Villas Bôas (Recurso Especial 1.591.178/RJ), o qual afirmou que a responsabilidade civil pela perda de uma chance é admitida pela Corte, assim como o seu dever de reparação, desde que real e séria a possibilidade de êxito, afastando qualquer reparação no caso de simples esperança ou mera expectativa aleatória.

Ao realizar pesquisa no ramo de jurisprudência no site dessa entidade superior, pode-se visualizar 115 decisões sobre o tema, com diversas decisões e concepções acerca do assunto, as quais, em suma maioria, demonstram a necessidade de comprovação de um nexo de causalidade entre a chance perdida e a vantagem que poderia ter sido auferida, ou ainda a necessidade de demonstração de chance concreta e de expectativa real.

Ao modo de conclusão quanto o tratamento concedido por esse Tribunal, percebe-se que não há, ainda, pacificação sobre o tema, contudo, como expressa o Ministro Cesar Asfor (2019), o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a perda de uma chance “com parcimônia, cautela e ampla fundamentação”, inclinando-se para a necessidade de demonstração da chance, que necessita ser demonstrada e verdadeira.

### 3.2 Perda de uma Chance: O Tratamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro e do Ordenamento Jurídico Internacional

Apenas a partir da década de 1990 no Brasil, é que se verifica os primeiros passos no sentido de respaldá-la, verifica-se ainda que essa teoria no Brasil é extremamente recente e vem sendo alvo, incessante, de estudo pelos juristas brasileiros, os quais ainda resistem à aplicação desta nova forma de interpretação das situações cotidianas que culminam em danos às pessoas.

Acredita-se que a resistência dos aplicadores do direito em tornar a responsabilidade civil na perda de uma chance eficaz, é motivada justamente pela dificuldade existente em provar fato negativo, tendo em vista que requer um grande cuidado em trazer à tona nos autos processuais demonstração fática de que perdeu a vítima uma oportunidade por cometimento de fato de outrem.

Consoante Peteffi da Silva (2013), destaca que as primeiras manifestações a respeito da perda de uma chance em no Brasil ocorreu no Rio Grande do Sul, afirma o autor que essa “aplicação consciente” da teoria, ocorrida no Sul, deve-se a uma palestra proferida pelo professor François Chabas, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, intitulada “*La perte d’une chance en droit français*”.

Para Rafael (2013) esse pioneirismo da jurisdição sulista ocorreu no início da década de 1990, sendo expresso a exemplo dessa decisão, onde Leite v. Arroyo, a autora se submeteu a uma cirurgia, denominada “*ceratotomia radial*”, para correção de miopia, que foi realizada pelo médico, então réu.

Destaca-se que se tratava apenas de uma cirurgia eletiva que tinha como objetivo a dispensa do uso de lentes de contato, mas a cirurgia ocasionou sequela, comprometendo-a com uma hipermetropia no olho operado, imputando a culpa ao médico, e postulando o pagamento de indenizações.

O processo foi sentenciado, através da 3ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre/RS, no sentido de rejeitar os pedidos formulados pela autora, ao fundamento de ausência de culpa do réu no procedimento realizado, nesse sentido verificou-se que o laudo pericial realizado conclui pela ausência de comprovação de culpa por parte do réu, antes, durante ou depois da cirurgia, dizendo inexistir indícios de que tenha omitido cuidado indispensável recomendado pelas práticas médicas, não comprovou a autora por outro lado, por alguma outra prova, tivesse o réu agido com culpa no evento.

Observa-se, através da sentença, que o juiz desconsiderou a ideia da responsabilidade objetiva, afirmando-o inaceitável, afinal o médico não falhou nem mesmo no dever de informação, sendo assim, a autora, recorreu a decisão através de Apelação, sendo distribuído à 4ª Câmara Civil de Porto Alegre/RS.

A nova decisão, estabeleceu a culpa do médico, pela má avaliação dos dados pré-cirúrgicos, de consideração obrigatória, isso ocorreu porque, ao analisar a perícia, o juiz considerou que o número e a profundidade das incisões foram incompatíveis com o caso, e, a parte do voto que tratou de perda de uma chance foi na alegação de existência do nexa causal entre o comportamento do réu e o dano sofrido pela autora, a seguir:

É preciso esclarecer, para efeito de cálculo da indenização, que não se trata de perda de uma chance, a que em certa passagem se referiu o apelante. Na perda da chance, não há laço de causalidade entre o resultado e a culpa do agente (François Chabas, *'La perte d'une chance en droit français'* – palestra na Faculdade de Direito, 23.5.90 [...]). Aqui houve nexa de causalidade entre o comportamento do réu e o dano sofrido pela paciente.

Observa-se aqui, sobretudo, que não houve aplicação direta da teoria da perda de uma chance, mas sim uma incidência indireta, como forma de evidenciar as normas consideradas adequadas para o caso objeto da lide. Ocorreu assimilação os pressupostos, assim, conseqüentemente, houve a refutação da aplicação da teoria no caso.

Rafael (2013) continua seu panorama histórico, alegando que a primeira aplicação da perda de uma chance no Brasil ocorreu também no Rio Grande do Sul. O caso tratou de uma relação advogado x cliente, em que a suposta cliente, havia ajuizado ação em face do antigo INPS, conhecido atualmente como INSS. Visava o autor obter o benefício de pensão por falecimento de seu cônjuge, contudo, a demanda não foi recebida por nenhuma das Varas Cíveis da Comarca.

Em contestação, o advogado e réu alegou que não conhecia a autora, e que a única atividade realizada por ele, disse respeito apenas a uma tentativa perante o órgão previdenciário, de obtenção de esclarecimentos sobre o problema dela.

Ocorre que, a autora provou documentalmente que a ação havia sido ajuizada e distribuída, demonstrando por conseguinte que, de fato ocorreu o extravio dos autos, sem culpa identificada, porém com a subsequente inércia do advogado, que não informara sua constituinte da situação processual e nem tomara a providência cabível, que era postular a restauração dos autos, na forma da legislação processual

civil, assim, foi condenado o advogado, diante da negligência no exercício do mandato.

Inconformado a decisão foi recorrida, através de Apelação, ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sendo a apelação foi distribuída a relatoria do mesmo desembargador citado no caso médico anteriormente demonstrado.

O recurso tratou da perda de uma chance, através dos respectivos fundamentos, segundo Rafael (2013):

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: 'Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas dá chance de tentar alcançá-la (*'La perte d'une chance en droit français'*, conferência na Faculdade de Direito da UFRGS, em 23.5.90).

Após os fundamentos expostos acima, não impressiona o argumento longamente expendido nas razões de recurso sobre a impossibilidade jurídica de a autora ver reconhecido seu direito à pensão previdenciária pela morte do marido, uma vez que esse não era segurado do Instituto, pois este argumento tem dois defeitos, em primeiro, mostra que o réu está agindo contra os próprios atos, isto é, tendo proposto ação fundada na alegação de um certo direito, não pode justificar sua omissão de informar e de diligenciar, lembrando a inexistência desse mesmo direito.

A ninguém é dado 'venire contra factum proprium'; em segundo, porque a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance, mas, se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda da chance, dentro do instituto da responsabilidade civil, ou seja, nesse caso de erro médio, citado pelo doutrinador, houve, no primeiro momento, uma aplicação negativa, tendo em vista que a decisão foi pela não incidência teórica ao fato objetivado no processo.

Outra decisão citada por Rafael (2013), de grande importância, diz respeito ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça, onde o caso tratou sobre uma empresa do ramo petrolífero que reclamava ter sido vítima da supressão ilícita da possibilidade de lucro, através da ausência de licitação para a implantação de postos de combustíveis ao longo de determinada rodovia, o que lhe tirou a chance de concorrer no certame licitatório e, eventualmente, ser vitorioso e explorar aquela atividade.

Rafael (2013) declara que o relator caracterizou a chance alega como “mera expectativa de fato” e determinou que o prejuízo é “meramente hipotético, imaginário, suposto”, verifica-se abaixo:

Com efeito, como se viu, sustenta a Agravante que a autorização de implantação de postos de abastecimento ao longo da rodovia haveria de ser precedida de licitação. Admitido, entretanto, que tivesse condições de participar do certame, possuía ela, então, mera expectativa de fato em relação ao lucro produzido pelos postos de serviço em referência, isto é, mera esperança de vir e adquirir um direito, que não rende direito a indenização. O prejuízo indenizável deve ser certo, como o que seria sofrido pela Agravante se já houvesse vencido a licitação. Nas condições descritas nos autos, o alegado prejuízo é meramente hipotético, imaginário, suposto (cf. CUNHA GONÇALVES, Tratado, Vol. XII, Tomo II, pág. 530), não se compreendendo no comando do artigo 1.059, do Código Civil.

Contudo, de modo contraditório, o voto prossegue, asserindo que a chance pode ter valor econômico, explicando Rafael (2013) que, por fim, para que haja um melhor entendimento, que, ao averter o despacho agravado a possibilidade de indenização de mera chance, por si só, quis referir hipótese em que essa chance, por si só, apresenta valor econômico, como é o caso do exercício do direito de ação.

Descreve ainda o autor que, não são raras as cessões de direito de ação, o que se trata de mera chance com valor econômico, ou seja, frustrada a chance de vencer, por culpa do advogado, é inegável que remanesce um direito de ressarcimento, que se restringe, entretanto, ao simples valor pago pela cessão, e não pelo resultado da causa.

Explica este mesmo autor que, no caso dos autos, conforme se afirmou no despacho em referência, não ficou demonstrado que a mera possibilidade de concorrer na licitação dos postos, caso houvesse sido aberta, possuía algum valor econômico, razão pela qual não se pode sequer falar em indenização do direito de concorrer, o que é o mesmo dizer, em indenização de mera chance.

Assim, Flávio Higa (2011) alega que, de maneira oposta, a Corte aparenta reconhecer o valor econômico da chance em si mesma, exemplificando com o bom exemplo da cessão do direito de ação e, ainda, corretamente, que a indenização em caso de perda da causa, por culpa do advogado, não poderia ser equivalente ao valor da causa. Porém, enxerga uma diferença entre a chance de vencer em uma demanda judicial e a chance de vencer em um procedimento licitatório, o que carece de fundamento jurídico.

A teoria, atualmente, encontra respaldo no Brasil no Código Civil (2002): “Artigo 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Além disso, consoante Rosa Maria Novaes (2007), ainda podemos fazer o uso de outros fundamentos jurídicos, afinal, se observarmos os artigos 186, 187, 402, 927 e 949 do Código Civil de 2002, bem como o artigo 5º, inciso V da Constituição Federal (1988), conseguimos concluir que apesar de não haver na legislação brasileira artigos extremamente específicos para a perda de uma chance, o Jurista pode se valer do mecanismo da analogia, desde que respeitada a proporcionalidade e a adequação, como forma de fazer a vítima ter o seu direito reconhecido e ter o seu prejuízo reparado por quem lhe deu causa.

Marina Czarneski (2014), postula que o ordenamento jurídico brasileiro não traz em seu bojo nenhum dispositivo legal sobre responsabilidade civil pela perda de uma chance, ficando a cargo da jurisprudência e doutrina, portanto, traçarem os requisitos, e as hipóteses em que será possível uma reparação, tendo por base a teoria da perda de uma chance.

A estudiosa acrescenta na mesma obra que Fátima Nancy Andrichi (2014) explica que para chegar ao valor indenizatório decorrente da perda de uma chance deve se considerar o dano concreto e fazer uma porcentagem da relação desse dano com a perda da ocorrência da vantagem futura.

Nesse diapasão, é imperioso salientar um caso que tomou grande proporção e que serve de base para a teoria da perda de uma chance no Brasil, conhecido como o *leading case* Show do Milhão, abaixo:

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. (STJ – REsp 788459 BA. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em 08/11/2005)

A parte autora do caso acima citado, Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, em 2000, ganhou cerca de R\$ 500 mil no "Show do Milhão", e recebeu ainda mais R\$ 125 mil (corrigidos monetariamente) como indenização por dano material em

decorrência de pergunta mal formulada na fase final do programa. Por unanimidade, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça rejeitou os embargos de declaração no recurso especial e manteve o valor da indenização.

A questão começou a ser discutida na Justiça em uma ação de indenização por danos morais e materiais interposta por Ana Lúcia Matos contra BF Utilidades Domésticas Ltda, empresa do grupo econômico "Sílvio Santos". Ana Lúcia participou do programa "Show do Milhão". A última questão, conhecida como "pergunta do milhão", Ana Cristina optou por não responder para manter a premiação já acumulada de R\$ 500 mil, visto que, em caso de erro, receberia apenas R\$ 300.

A defesa da participante alegou que a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda agiu de má-fé, elaborando pergunta deliberadamente sem resposta, e ajuizou ação de ressarcimento por danos morais e materiais no valor de R\$ 500 mil, onde o pedido foi acolhido quanto ao dano material em primeira instância, sob o fundamento de que a pergunta, nos termos em que foi formulada, não tem resposta, e a empresa condenada ao pagamento do valor de R\$ 500 mil, a BF Utilidades Domésticas apelou, mas a sentença foi mantida pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

A BF Utilidades Domésticas recorreu ao Superior Tribunal de Justiça alegando que a condenação no importe relativo ao prêmio máximo era descabida já que a participante fez opção por não responder à última pergunta, não ocorrendo, portanto, qualquer dano capaz de justificar o ressarcimento a título de lucros cessantes, alegando ainda que, mesmo na hipótese de Ana Lúcia ter respondido à pergunta, haveria apenas simples possibilidade de êxito, devendo a ação ser julgada improcedente ou ser reduzido o valor da indenização para R\$ 125 mil.

A Corte aceitou parcialmente os argumentos da empresa, mantendo a procedência da ação e reduzindo o valor da indenização, e, por unanimidade, a Turma entendeu que a quantia de R\$ 125 mil sugerida pela empresa, equivalente a um quarto do valor em questão, por ser uma "probabilidade matemática" de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens, refletia as reais possibilidades de êxito da participante e decidiu pela redução da indenização de R\$ 500 mil para R\$ 125 mil.

Albano Franciso (2011) diz que, pela primeira vez no Brasil, um Tribunal Superior se posicionou de maneira positiva sobre a possibilidade de indenização pela perda de uma chance, abrindo as portas do Judiciário para uma maior

discussão e aprofundamento sobre o tema. Ressalta-se que apesar de este ter sido o único caso, até o presente momento, a chegar ao Superior Tribunal de Justiça desde o final da década de 80, os Tribunais de Justiça e mesmo os Juízes de Primeiro Grau já tiveram a oportunidade de julgar casos que envolviam, de alguma forma, a perda de chances.

Como salientado anteriormente, esta não foi à primeira decisão a tratar especificamente do assunto em pauta, mas sim a pioneira a ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Leitão (2016), alega que, em ordenamentos jurídicos de países europeus de tradição jurídico romano-germânica (Civil Law) a teoria da perda de uma chance tem sido aceita por sua vez, no ordenamento jurídico italiano a teoria da perda de chance vem sendo aplicada em diversas áreas, tendo maior aplicabilidade nos casos relacionados a área do direito do trabalho, desde a década de 1980 em que se tem concedido direito a indenização a trabalhadores devido à perda de chance de progressão na carreira profissional.

Na Espanha, o autor alega que a teoria tem sido utilizada como forma de suprir dificuldade probatórias em relação ao nível do nexo de causalidade. Essencialmente aplicada em casos de responsabilidade de profissionais legais e no contencioso administrativo, valendo ressaltar que não se restringe somente a esses.

No que diz respeito a jurisprudência norte-americana, Marcello Faria (2014) alega que é menos ajustada essa matéria, ele diz também que isso se justifica pelo pacto federativo americano, o qual concede aos estados considerável autonomia, de forma que a corte de cada estado tem liberdade para decidir da forma que lhe parecer mais adequada, nesse mesmo sentido ele cita que cortes americanas apreciam e julgam favoravelmente casos de responsabilidade civil médica, ao passo em que as causas relativas à má-atuação na advocacia, como perda de prazos e negligência, são rejeitadas e não encontram muito espaço.

Acerta da aplicação dessa figura no ordenamento jurídico dos EUA, Leitão (2016) afirma que, sob o prisma da regra do tudo ou nada, a teoria da perda de uma chance tem sido aplicada com vista à facilitação do nível de prova exigido sobre o nexo de causalidade, isso foi justificado para esse grau de benefício pelo fato do lesado não conseguir produzir prova de certeza suficiente para garantir uma certeza real, ou seja, o que parece é que trata-se da chamada prova diabólica, a qual será tratada no capítulo seguinte, ocorrendo que os tribunais têm aplicado é uma

formulação do padrão de prova menos exigente que o normal.

Ao contrário dessa evolução quanto o instituto da perda de uma chance, há ordenamentos, segundo Leitão (2016), que embora se fale na figura da perda de uma chance, não tenha aplicação. Por exemplo, a Suíça, onde não existe qualquer normatização ou aplicação jurisprudencial da teoria da perda de chance, porém há discussão doutrinária, considerando que a mesma constitui uma apuração da aplicação do instituto da responsabilidade civil. A doutrina suíça destaca a teoria como benefício à uniformização internacional do direito privado e justifica a sua aceitação com base no fato de a tendência dos juízes suíços ser a de contornar princípios fundamentais da responsabilidade civil no sentido de poder conceder indenizações, ultrapassando o princípio do tudo ou nada.

Por fim, outro país em que a teoria não tem aceitação, citado pelo estudioso, é a Alemanha, Christoph Muller (2003) alega que a jurisprudência alemã, além de pouquíssimas decisões que mencionam a figura, recusa qualquer forma de indenização com base no grau de probabilidade de verossimilhança da causalidade.

### 3.3 A perda de uma chance como situação de inesclarecimento

Vale suscitar que a perda de uma chance é um assunto recente no ordenamento jurídico brasileiro, afinal, como percebemos nos assuntos alegados anteriormente, ela passou a ter mais referências, nos últimos anos. Prova disso é que Sérgio Savi (2009) alega que foram nos últimos oito anos que o tema tem tomado mais relevância nacionalmente falando.

Ocorre que a maior dúvida que surge atualmente entre os autores acerca do assunto, inclusive essa divergência é demonstrada por Savi (2009), se baseia na natureza jurídica da perda de uma chance, havendo uma divisão entre danos emergentes e lucros cessantes.

Nesse sentido, é completamente válido que se faça uma diferenciação entre eles, Flávio Tartuce (2018), em seu Manual de Responsabilidade Civil, destaca:

Como primeira modalidade de danos materiais, há os danos emergentes ou danos positivos (*damnum emergens*), constituídos pela efetiva diminuição do patrimônio da vítima, ou seja, um dano pretérito suportado pelo prejudicado, o que efetivamente se perdeu. A categoria está expressa na primeira parte do artigo 403 da codificação material, segundo o qual, 'ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos'. Como exemplo típico, pode ser citado o estrago do automóvel, no caso de um acidente de trânsito (TARTUCE, 2018, p.97).

No caso dos lucros cessantes, o doutrinador conceitua desse modo:

Além dos danos emergentes, há os lucros cessantes ou danos negativos, valores que o prejudicado deixa de receber, de auferir, ou seja, uma frustração de lucro, o que razoavelmente se deixou de lucrar. [...]. Partindo-se para as concretizações práticas dos lucros cessantes, no caso de acidente de trânsito, poderá pleitear lucros cessantes o taxista ou outro motorista profissional que deixou de receber valores com tal evento, caso dos motoristas de aplicativos. Geralmente, tal frustração de lucro é fixada de acordo com uma tabela, verificando-se o valor da diária do profissional e por quantos dias deixou ele de trabalhar (TARTUCE, 2018, p.97).

Cabe determinar, que Savi (2009) baseado em Adriano de Cupis (1966) alega ser a perda de uma chance uma espécie de dano emergente, ou seja, para ele, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, a partir daí ele faz uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo.

Ao assim proceder, o autor acima, descreve que a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo. Acredita-se que o autor trata de um dano baseado em presunções.

Diferente disso, há a outra parte dos doutrinadores, os quais acreditam que a perda de uma chance se encaixa como forma de lucros cessantes, afinal, para eles há a necessidade de comprovação do dano, mesmo que relativamente, é o que determina Marcello Faria (2014) em seu trabalho de conclusão de curso, ele acredita ser a forma que a jurisprudência brasileira trata do assunto, nesse sentido, ele cita Sílvia Venosa (2014):

Em muitas situações, ao ser concedida a indenização por lucros cessantes, os tribunais indenizam, ainda que em nosso país não se refiram ordinariamente à expressão, à perda de oportunidade ou perda de chance, frequentemente citada na doutrina estrangeira: atleta profissional, por exemplo, que se torna incapacitado para o esporte por ato culposos deve ser indenizado pelo que presumivelmente ganharia na continuidade de sua carreira (VENOSA, 2014, p.35).

Há autores ainda cumulam a ideia de lucros cessantes com o fato de a perda de uma chance ser também uma espécie de dano moral, cita-se assim Sergio Savi (2009 *apud* Novais Dias, 1999):

É claro que toda vez que o advogado deixa de recorrer o cliente perde a chance de ver a questão reexaminada pela instância superior. Contudo, nas

situações em que, pela matéria discutida, não havia probabilidade de sucesso, não se pode cogitar de dano patrimonial causado pelo advogado, porque o prejuízo material sofrido pelo cliente não terá decorrido da falta do recurso, pois este, sem chances de êxito, nenhuma alteração para melhor ensejaria em favor do cliente. Neste caso, o dano que se pode considerar, embora nem sempre ocorra, é extrapatrimonial, ou dano moral, consistente na frustração decorrente de não ver a pretensão reexaminada por um órgão jurisdicional superior.

Vale dizer, diante dessas teorias expostas, que o presente trabalho, defende a ideia de que a perda de uma chance se trata de um dano material, como determina Cristiano Chaves e Rosenvald (2017). Porém, para essa pesquisa, acredita-se que a perda possui semelhanças com o dano material de lucro cessante, no que tange a necessidade de prova, acrescentando que o dano moral é um agregador à reparação da chance perdida, sendo cabível a cumulação de pedidos patrimoniais e extrapatrimoniais, conforme permite o Código Processual Civil Brasileiro de 2015.

Exposto isso, destaca-se que mesmo o dano material da perda e o dano moral serem autônomos entre si, é necessário, para o deferimento de ambos, que se explique o nexos causal do fato praticado com a lesão gerada, assim significando falar na necessidade de provar essa relação para com os danos. Afinal, não há como arbitrar e aplicar os institutos, livremente, por presunção, sob pena de banalização da responsabilidade civil e de suas funções já estudadas aqui.

Assim sendo, Carlos Roberto Gonçalves (2007) preconiza que, a mera possibilidade não é passível de indenização, pois a chance deve ser séria e real para ingressar no domínio do dano ressarcível, nesse sentido, defendido o uso da prova para o caso da perda de uma chance, é necessário defender porque se trata de uma situação de inesclarecimento, cabendo, sobretudo, cabe determinar que esse tipo situação ocorre quando uma situação de fato seja de extrema dificuldade de prova. Um dos casos em que se tem esse tipo de situação é quando há a alegação de um fato negativo, criando assim um ônus de provar algo que não aconteceu, por fato negativo entende-se um fato que não ocorreu.

Observa-se por exemplo, o seguinte, um médico ao fazer uma cirurgia em uma paciente, cirurgiã plástica, cometeu erro ao realizar procedimento muito invasivo que acabou lhe cegando, de modo que, comprometeu todo o seu futuro profissional, inclusive a oportunidade de criar obras para uma exposição internacional que lhe auferiria muitos lucros, o que aconteceu aqui foi a perda de

uma chance, devendo provar a parte que o fato não ocorreu, ou seja, que a cirurgia não permitiu o seu sucesso planejado, tendo em vista o erro médico.

Surge por conseguinte uma prova de difícil produção, afinal, ninguém além do médico tem como provar que outro método poderia ter sido utilizado, afinal, ele foi o único a saber a condição da paciente no momento do procedimento cirúrgico.

Acredita-se que a teoria da perda de uma chance surge com um fato negativo, afinal, há que se demonstrar a não obtenção da vantagem e provar que ela poderia ter sido auferida se ocorresse o fato ceifado, devendo a parte contrária buscar meios justificativos para o não acontecimento, como forma de defesa.

Nesse sentido, cabe dizer que a estudiosa, cita Arruda Alvim (2007) afirmando que:

Quanto aos fatos relativamente negativos, o ônus seria de ambas as partes, dessa forma, deve o juiz ou manter o ônus estático da prova ou, percebendo desigualdade processual entre as partes, pois a parte adversa estaria em melhores condições para a dilação probatória, distribuir dinamicamente o ônus da prova, para que a parte adversa prove, ainda que de forma indireta, com a demonstração do fato positivo correspondente (ALVIM, 2007, p. 21).

Cita ainda o autor como um grande exemplo, as ações que têm como objeto dano ambiental, a prova de que não fora produzido dano pode ser configurada como uma prova diabólica, mas, por outro lado, é mais fácil para o legitimado ativo demonstrar a ocorrência do dano, ou seja, demonstrar o fato positivo correspondente.

A partir daí acredita-se que há casos de perda de uma chance que enseja prova difícil, também chamada diabólica, a qual, será evidenciada no capítulo seguinte.

#### **4 - *PROBATIO DIABOLICA***

Até mesmo as pessoas que são conhecedoras do senso comum sabem que o direito, para ser reconhecido em litígios, necessita da prova, funciona essa como um requisito, afinal, é meio pelo qual se explica a existência do fato alegado.

Amanda Pinheiro e Amanda Simões (2014) conceituam prova como o ato ou o complexo que possuem como objetivo estabelecer a veracidade de um fato ou da prática de um ato, tendo ainda como finalidade a formação da convicção da entidade decisória, juiz ou tribunal, no que se refere a existência ou inexistência de determinada situação fática, as autoras alegam também que a prova é produzida na fase judicial, tendo a participação de ambas as partes do processo, como forma de respeitar princípios como o contraditório e ampla defesa.

O que se pretende defender no presente trabalho, é a instrumentalidade da prova, mesmo quando ela se trata de prova com extrema dificuldade de produção, afinal, a ideia defendida nesta monografia refere-se ao nexo de causalidade que existe entre o esclarecimento probatório e a efetiva prestação jurisdicional, surgindo o direito a prova, que é para os autores Fernando Horta e Maurício Ferreira (2011) a projeção prática do direito fundamental aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Vale aqui acrescentar outros autores que tem seus estudos nessa área, Marinoni e Arenhart (2018) dizem que a descoberta da verdade é um dos grandes objetivos do processo, cabendo ao juiz o dever de tomar o fato ocorrido no mundo físico e a ele dar a regra abstrata e hipotética prevista no ordenamento jurídico.

Por sua vez, Sandra Miguel (2009) alega que a atividade probatória não deve ser exercida somente pelas partes, mas também deve contar com a participação ativa do magistrado, não podendo mais este quedar-se à postura banal de tão somente espectador da relação processual, tendo em vista a imprescindibilidade dela para o andamento do processo, como forma de cumprimento do devido processo legal, o qual defende um processo isonômico, dotado de desempenho das garantias legais, gerando então um controle entre a própria constitucionalidade e o equilíbrio processual.

Insta salientar que, a ideia de igualdade processual encontra respaldo no Código Processual Civil de 2015, em seu artigo sétimo, o qual determina que:

Artigo 7º - É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (CÓDIGO CIVIL, 2015).

Nesse sentido, voltando a Marinoni e Arenhart (2018), eles destacam a importância da prova, afinal, para eles, existindo um mundo externo ao processo e se cada enunciado referente a esse mundo for sujeito ao “verdadeiro-falso”, será possível conhecer a verdade a partir da demonstração da veracidade do que se afirma, o que se faz mediante os elementos de prova.

Superado o estudo da prova em si, se faz necessário defender a matéria no que diz respeito a prova diabólica, demonstrando que a dificuldade de produção não é requisito de exigibilidade para descarte da sua produção, afinal, trata-se de elemento imperioso, e, portanto, de profunda seriedade para aquisição dos pedidos manifestados em juízo.

#### 4.1 Conceito

Falar em prova diabólica consiste em falar na prova cuja produção requer esforço das partes, devido à dificuldade possuída, por motivos explícitos e latentes, que serão descritos a seguir, vale destacar que a objeção não é gerada pela ausência de conhecimentos técnicos, mas, como dito acima, gera-se por motivações e problemas reais no que diz respeito a demonstração do fato alegado processualmente, mantendo-se assim a dificuldade, principalmente no fato de criar convicção do juízo.

Defendem Cabral e Cangussu (2012) que, o princípio da impossibilidade da prova negativa, esta baseado nos ensinamentos do direito canônico, o qual apenas o diabo poderia provar um fato negativo, devendo portanto ser afastada a chamada *probatio diabólica*, essa ideia é respaldada para os autores descritos acima, a exemplo de uma testemunha pode assegurar que não viu um réu cometer um ilícito, mas, é praticamente impossível que a mesma testemunha afirme que o réu nunca cometeu um ilícito.

Para Lara Amaro (2018), é preciso, inicialmente, que se diferencie a prova de fato impossível da prova impossível, para a estudiosa o fato impossível, não produz efeito jurídico, porquanto inútil, já a prova impossível é uma necessidade, devendo ela obedecer às regras quanto à distribuição do ônus probatório, e quem não a fornece sucumbe, o que será mais bem explorado abaixo.

Nesse contexto, continua a autora destacando a importância da classificação dessa impossibilidade, a qual pode ser considerada relativa ou absoluta, ela relaciona a primeira delas ao conhecimento humano, no tempo e no espaço, a segunda, por sua vez, é aquela cuja existência contradiz uma indução completa, a autora supracitada mostra ainda que a impossibilidade pode ser medida também no âmbito objetivo e no âmbito subjetivo.

No campo objetivo explica a autora que esse diz respeito a dificuldade que decorre do direito material em si, e a subjetiva diz respeito à condição particular da parte, que torna difícil a desincumbência do ônus, destacando-se ainda que pela lógica, falar em prova diabólica, tem muito mais a ver com a classe subjetiva anteriormente citada.

Nesse sentido, para a progressão do presente trabalho, cabe falar no conceito de prova diabólica para futura ligação com o tema anteriormente exposto, de modo que, determina Didier (2017) o conceito de prova diabólica, também chamada de prova difícil, como aquela de impossível ou muito difícil produção, não sendo qualquer meio capaz de permitir a demonstração do fato alegado, acrescenta Alexandre Câmara (2005 *apud* Marina, 2014) que a prova diabólica é aquela que, independentemente do motivo, é de produção extremamente difícil para a parte que estava incumbida do ônus.

Paula Silva (2013 *apud* Marina, 2014) afirma que a parte pode se deparar no processo tanto com provas subjetivamente difíceis quanto com provas objetivamente difíceis, em se tratando da dificuldade subjetiva ela decorre da condição de parte, ou seja, nesse caso, a dificuldade não deriva da situação de direito material ou do objeto do litígio, mas de situação pessoal da parte que lhe torna impossível demonstrar a veracidade do alegado.

Já as objetivamente difíceis, explica a autora que, elas se referem às dificuldades inerentes ao fato, que possibilita a utilização de métodos de diminuição no grau de certeza necessário, de forma que o magistrado deve contentar-se, nesses casos, com convicção de verossimilhança, são casos em que, em que pese a dilação probatória, o direito material per si demonstra que não se pode exigir mais que uma probabilidade.

Eduardo Espíndola (2016 *apud* Marina, 2014) postula que, por mais que muitas vezes seja confundida com as provas de fato negativo, ou seja, a prova de que algo não ocorreu, a prova diabólica nem sempre corresponde à prova de um

fato negativo, pois a prova diabólica não se restringe à prova do fato negativo, e nem todo fato negativo é impossível de ser provado.

Lara Amaro (2018) ao estudar Humberto Dalla, destaca que:

Diferenciar a expressão impossibilidade da expressão excessiva dificuldade é tarefa difícil e desnecessária, de forma que poderia ter o legislador utilizado apenas a segunda expressão. Ou seja, para o autor, as expressões poderiam ser utilizadas indistintamente (AMARO, 2018, p.24).

A estudiosa destaca que, muitas vezes a prova diabólica é confundida com as provas de fato negativo, contudo, nem sempre a primeira corresponde à prova de um fato negativo, tendo em vista que a prova diabólica não se restringe à prova do fato negativo.

Voltando a Didier (2017) que cita um grande exemplo de prova diabólica, esse refere-se a prova exigida ao autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel, visto que se trata de pressuposto desse tipo de usucapião a produção da referida prova.

Já para Marinoni (2006), convencionou chamar as situações que envolvem a prova diabólica de crise de inesclarecibilidade, ele, pode, o juiz, ao fim da instrução probatória, não chegar ao convencimento acerca de como os fatos ocorreram, estando proibido de pronunciar o *non liquet*.

#### 4.2 O tratamento do Código de Processo Civil 1973 e 2015 em relação a prova diabólica

Primeiramente, entende-se extremamente necessário, como forma de entender o tratamento dado pelos ordenamentos jurídicos à prova diabólica, conceituar e explicar o ônus da prova, por isso a importância do conceito trazido por Cândido Rangel Dinamarco (2005), para ele, constitui ônus da prova como um encargo concedido pela lei a cada uma das partes de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo, valendo ainda falar que, para um conceito mais próximo do senso comum, cabe falar que o ônus de provar diz respeito a um dever/compromisso que surge para parte de indicar os fatos relacionados a lide que participa, mostrando a verdade deles.

Cabe também alegar, que toda essa distribuição de ônus da prova tem a ver com o convencimento do juiz, afinal, é ele quem possui o poder de decisão a nível jurídico, assim, concorda Eduardo Talamini (2016), o qual alega que o destinatário da prova é o magistrado, afinal é ele quem decide a solução jurídica a ser aplicada.

Excepciona essa ideia o autor, nos casos em que a parte contrária se convence dos fatos alegados, situação a qual põe fim ao litígio espontaneamente.

Grande prova do alegado acima é o artigo 371 do Código Processual Civil de 2015 citando que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, observa-se que esse artigo dá ensejo ao princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, nesse sentido, postula Didier (2011) que o juiz, não obstante aprecie as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas; a convicção está na consciência formada pelas provas.

Tal matéria também já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal através do Recurso em Habeas Corpus 91.691 (2008):

Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. (STF. RHC 91.691. Rel. Min. Menezes Direito. Julgado em 2008.)

Assim, dando continuidade ao assunto, afirmando que a forma de distribuição do ônus da prova no Código Processual Civil de 2015, é, em regra, estática, ou seja, ao distribuir esse ônus, significa falar em incumbir alguém de produzir essa prova sobre determinada alegação, onde, ordinariamente, postula essa forma de distribuição que cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, ao contrário disso, cabe ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse mesmo direito.

É essa a ideia traçada no artigo 373, caput do Código Processual Civil de 2015, ideia a qual foi aderida do Código Processual Civil de 1973 através do artigo. 333, I e II, observa-se abaixo o Código Processual Civil atualmente vigente:

Artigo 373. O ônus da prova incumbe :I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Vale dizer que a forma estática da distribuição do ônus da prova, leva em conta condições igualitárias entre as partes, contudo, não é isso que sempre ocorre,

a exemplo da prova diabólica, fazendo surgir a forma dinâmica de distribuição, teoria que foi desenvolvida pelo jurista argentino Jorge Peyrano, tendo a sua aplicação reduzida aos casos de desigualdade processual, ensejando então uma modalidade por exceção, assim entende-se o que explica Baldini (2013):

Desse modo, teríamos, de um lado, a distribuição legal-estática do ônus da prova, como regra geral. E de outro, a distribuição judicial-dinâmica do ônus da prova, como regra subsidiária, a ser aplicada quando a incidência da regra geral resulte em desequilíbrio probatório entre as partes na relação jurídica processual, desequilíbrio este a ser verificado pelo magistrado, no caso concreto (BALDINI, 2013, p. 75).

Nesse sentido, o autor ainda alega que em conformidade com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, as cargas processuais não são determinadas prévia e abstratamente pela lei, valendo para todos os casos, indistintamente, tendo em vista critérios formais, como a posição das partes na relação jurídica processual, a natureza dos fatos alegados e o interesse quanto à comprovação, ao contrário, para ele, a lei delega ao juiz a determinação do ônus probatório das partes, com base nas vicissitudes do caso concreto e do direito material invocado, devendo analisar qual delas apresenta a melhor condição para produzir a prova das alegações, independentemente de quem as tenha formulado.

Com tudo isso explicado acima, quis dizer o autor que, o que se procura com a teoria da distribuição dinâmica, afastar a chamada *probatio diabolica*, a qual está diretamente relacionada à impossibilidade material, financeira, técnica, social e informacional da parte onerada em se desincumbir da carga processual atribuída. Trata-se de adequar a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto.

Assim, como determinou o autor, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surge como forma de solucionar os casos em que temos a prova difícil ou impossível, sendo um mecanismo de grande valia para o direito civil e processual civil no mundo atual, sendo assim, verifica-se a definição no Código de Processo Civil (2015):

Artigo 373 § 1º - Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (CPC, 2015).

Peyrano (1992), criador da teoria, sintetiza a teoria em alguns pontos, são eles:

- 1- As cargas probatórias dinâmicas são exceções às regras gerais de distribuição do ônus da prova, recaindo o encargo sobre a parte que maiores condições tiver para a produção da prova;
- 2- A invocação oficiosa, pelo juiz, da doutrina das cargas dinâmicas, no ato de proferir a sentença, pode expressar um risco para a garantia do direito de defesa em juízo;
- 3- A distribuição dinâmica é qualificada como uma “exceção”, concebida para dar soluções adequadas a situações que receberiam, sem ela, respostas jurisdicionais injustas.

Vale dizer aqui, que essa teoria excepcional foi positivada somente pelo Código Processual Civil de 2015, não sendo tratada no Código Processual Civil de 1973, mesmo que parte da doutrina alegue que já era uma discussão jurisprudencial anterior ao novo código processual, baseada da inconstitucionalidade de um regime estático de distribuição fixo e absoluto.

Para Marinoni (2006), na distribuição dinâmica do ônus da prova, o ônus não é realizado a priori pelo legislador, cabendo ao magistrado dinamizar o ônus probatório de acordo com a demanda proposta e às necessidades probatórias, verificando se uma das partes pode mais facilmente demonstrar o fato pretérito, ou há impossibilidade ou excessiva dificuldade para colecionar as provas necessárias ao processo, coloca ainda este autor, que faz-se necessário para o uso dessa dinamização, que se faça uma fundamentação específica e atribuição do encargo probatório.

Vale acrescentar também que a tese da dinamicidade não foi novidade no ordenamento jurídico brasileiro, afinal, o Código de Defesa do Consumidor (1990) previu a sua possibilidade, através do artigo 6º inciso VIII, descrito abaixo:

Artigo 6º: São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Cabe alegar que o reconhecimento de desequilíbrio entre as partes nesse código se restringiu a relação consumerista, de modo que, se fez necessário, o

reconhecimento pelo código adequado, que foi o caso do Código de Processo Civil 2015, abrangendo mais relações, sendo elas as incluídas no âmbito civil do direito brasileiro, a partir daí surgiu a dinamização no processo civilista como forma de respeitar princípios basilares, a exemplo do devido processo legal, ampla defesa, cooperação, respeitando também o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Assim, incumbe descrever que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova rompe com a ideia de que a prova diabólica é uma prova definitivamente impossível, surgindo, a partir disto um meio que é capaz de auxiliar essa problemática, cabendo dizer até mesmo que essa teoria é vista como solução para as situações de inesclarecimento.

À vista disso, esse artifício foi trazido pelo Código Processual Civil de 2015, não sendo abarcado pelo Código de Processo Civil de 1973, podendo alegar o presente de trabalho que se trata de uma novidade legislativa de grande importância para as lides cíveis, configurando uma grande conquista, a ser analisada nos próximos capítulos do presente trabalho.

Tendo em vista a dinamização do ônus como remédio para a prova diabólica, afinal, essa teoria conduz o processo a um afastamento a esse tipo de prova, e a aproximação da legalidade e da segurança jurídica, é apropriado demonstrar essa teoria no ordenamento estrangeiro,

Segundo traz Pedroso (2014), atualmente, na Argentina a dinamização possui ampla aceitação por parte da doutrina, e em alguns casos, na jurisprudência, não existindo previsão legal sobre o assunto no país, assim, não há como falar na unanimidade em sua aplicação pelos julgadores.

Por sua vez na Alemanha, a legislação pátria faz menção às regras dessa teoria probatória desde o início do século XX, acolhida pelo Supremo Tribunal de Justiça Alemão, sendo ela muito utilizada em casos que tratam de responsabilidade civil médica, responsabilidade na área consumerista, bem como em ações ambientais e de contratos financeiros e direito do trabalho.

O estudioso citado acima, destaca ainda a Espanha, onde a legislação processual consagrou a aplicação da teoria dinâmica probatória através da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, promulgada em 07 de janeiro de 2000.

No direito uruguaio, a distribuição também é aceita, mas encontra espaço pela relativização das regras da distribuição do ônus da prova, positivada pelo Código Geral de Processo do Uruguai, assim alega o autor citado acima, que, não

há menção expressa no diploma legal sobre a dinamização, mas, ela é utilizada pela jurisprudência amplamente.

Por fim, quanto aos Estados Unidos, o autor diz que há uma colisão entre a distribuição dinâmica do ônus da prova e as presunções legais. Isso porque não é possível variar o ônus da prova sem que ocorra variação das presunções do direito material, ou seja, descreve o autor que, dinamizar o ônus da prova em determinado caso significaria violar a rigidez das presunções, ao passo que o direito processual serve justamente como instrumento e aplicação do direito material, e não como forma de desvirtuamento.

#### 4.3 A perda de uma chance e a prova diabólica

O presente capítulo tem como escopo, defender que falar em prova de perda de uma chance significa, na maioria das vezes, falar em prova difícil, criando, assim, situações de inesclarecimento as quais comprometem o aplicar do direito na jurisdição brasileira, pois, muito se questiona acerca desta possibilidade, tendo em vista que muitos doutrinadores defendem a ausência de necessidade da prova para o caso da teoria da perda de uma chance, já que para eles, não se faz necessário a ideia da perda de chance de um dano concreto, mas sim a ideia da perda da mera possibilidade.

Nada obstante, vale o destaque, que o presente trabalho defende a tese da indispensabilidade probatória para a aplicação da teoria, exemplificando assim com a notícia divulgada pelo Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, por meio de uma análise de lição de Raimundo Simão de Melo (2007):

Na reparação por perda de uma chance, a comprovação do prejuízo se faz com o nexos de causalidade, ainda que parcial, entre a conduta do réu e a perda da chance, e não propriamente com o dano definitivo (vantagem que se deixou de ganhar). No entanto, muitas vezes, os pedidos na Justiça são feitos de forma inadequada, buscando-se indenização pela perda da vantagem esperada e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. Isto porque, o que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado. Como consequência, ensina o doutrinador, o valor da indenização a ser fixado pelo julgador deve ter como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este deverá incidir um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção desse resultado. Ou seja, com base nas provas produzidas e na sua convicção, o juiz deverá levar em conta as probabilidades reais de o autor da ação alcançar o resultado esperado. Quanto maiores essas possibilidades, maior deve ser o valor da indenização (MELO, 2017, p. 91).

Nesse sentido, seguiu a notícia citando a jurisprudência do mesmo tribunal em recurso ordinário, 02006-2013-034-03-00-5 (2016), processo do Citibank S.A. e do Credicard Soluções de Crédito, onde foram condenados pelo juiz de primeiro grau, solidariamente, a pagar à reclamante indenização por perda de uma chance no valor de R\$15.000,00 e, indenização por danos morais em R\$20.000,00, descontentes, com a sentença eles recorreram, mas a Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, adotando o entendimento do relator, manteve a condenação, constatando-se a partir disso que, os réus, provocaram na reclamante uma séria e real expectativa de que seria contratada por eles e, em razão disso, ela chegou a pedir demissão do antigo emprego, apesar de tudo isso, a contratação acabou não acontecendo, gerando, portanto, prejuízos à reclamante, por perda de uma chance e de ordem moral.

Defenderam as reclamadas que a reclamante teve uma mera expectativa de emprego, tendo em vista que não passou em todas as etapas da entrevista e nem realizou o exame admissional, não reunindo os requisitos exigidos para a contratação, alegaram ainda que, pela teoria da perda de uma chance, não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano, pois a chance deve ser séria e real, não abrangendo meras expectativas ou esperanças aleatórias.

Os argumentos não foram acolhidos pela turma julgadora, e é provável que você se pergunte qual a relação com o que se defende no presente trabalho, mas, acontece que, em conformidade com o relator, para que haja reparação por perda de uma chance, faz-se necessário que haja uma oportunidade real e concreta que deixa de ser obtida pela intromissão de alguém, resultando em prejuízo, ou seja, coincidiu com o dito pelas partes reclamadas.

Porém, o desembargador abraçou o alegado pela reclamante, tendo em vista a prova documental, a qual revelou que a reclamante pediu demissão de seu antigo emprego, ressaltando-se que a reclamante apresentou as fichas de proposta de emprego, opção de vale transporte e opção de plano de saúde e odontológico, documentos que, na concepção do relator, constituíram indícios suficientes de que não houve mera participação da reclamante em processo seletivo, mas uma concreta expectativa de contratação.

Em assim sendo, neste caso deixou o julgador evidente que os réus geraram uma legítima expectativa de contratação na reclamante, que não se concretizou

unicamente por decisão deles, cabendo-lhes a reparação para a trabalhadora pelos prejuízos sofridos, destaca-se nesta decisão é justamente, em que se baseou a decisão do magistrado, observe que a expectativa foi considerada real, com base nas provas documentais acostadas aos autos, de modo que, sem prova, poderia haver violação ao direito do trabalhador, ou até mesmo, obsolescência do instituto de reparação pelo prejuízo da chance.

Portanto, não há dúvida de que a aplicação dessa teoria traz a necessidade intrínseca de identificar índices altos de possibilidade, de forma que, não se trata de uma decisão automática baseada em meras alegações, sendo assim, superada e defendida a comprovação, passa-se a entender esse ilícito como prova de difícil produção em grande parte das situações.

Nesse sentido, também defende Savi (2009), que os Tribunais muitas vezes, nos casos de privação da oportunidade de obtenção de vantagem, costumavam exigir que a vítima produzisse uma prova verdadeiramente “diabólica”.

Assim, Didier (2017) defende que:

Quando se está diante de uma prova diabólica, algumas soluções podem ser adotadas. Dentre essas soluções, pode-se utilizar a prova indiciária, a prova por amostragem ou ainda a chamada *probatio levior*. Em outras palavras, esse ‘abaixamento do grau de convicção’ de que fala o excerto transcrito quer dizer que o magistrado estaria autorizado a, diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência (DIDIER, 2017, p. 78).

Observe que, mesmo diante da prova diabólica, os doutrinadores buscam por soluções probatórias, como forma de tornar o direito aplicável de modo coerente e adequado, respeitando o devido processo legal, o contraditório e a isonomia processual, pois, ao se pensar da perda de uma chance como prova de fato negativo traz brechas, afinal, atualmente, divide-se esses fatos em duas classes, os relativamente negativos e os absolutamente negativos, assim, exemplifica Jorge Luiz (2018):

a) fato absolutamente negativo: "Nunca estudei" (não-fato, com indefinições de tempo e espaço determinados); b) fato relativamente negativo: "No dia 2.10.2015, não trabalhei porque estava doente no hospital" (não-fato, definidos o tempo e local determinados). No primeiro exemplo, o ônus da prova é de quem negar a minha afirmativa (fato constitutivo do meu direito) e alegar que eu já estudei. No segundo, é possível eu provar indiretamente a falta ao trabalho (não-fato) naquele dia (tempo determinado), bastando comprovar que fiquei internado no hospital (local determinado) (LUIZ, 2018, p. 23).

Desse modo, nota-se que, no fato relativamente negativo há a possibilidade da prova indireta, deixando evidente com base no fato positivo que ocorreu atrelado a esse fato negativo, a exemplo do que disse Jorge (2018), o fato positivo seria justamente o internamento.

Destaca-se que em vista disso, a prova da perda de uma chance se mostra mais difícil ao credor, que além de apontar a conduta a alijar a possibilidade de ganho, deve demonstrar que tal possibilidade certamente iria se concretizar caso a conduta não se verificasse, faz-se importante aproximar essa realidade para a perda de uma chance, aqui, nesta monografia, falar em fato absolutamente negativo seria utilizar o exemplo do Show do Milhão, afinal, não há fato positivo interligado a ausência de chance da participante do programa, se modo que a decisão se embasa em probabilidades de acerto da autora.

No caso do relativamente negativo, compete falar no caso trabalhista citado neste capítulo, afinal, a perda de chance pela ausência de contratação esteve intrinsicamente ligada a um fato positivo, o qual, as propostas acostadas aos autos, constituindo prova documental.

Nesse sentido segue a jurisprudência, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1729110 Ministra Nancy Andrighi (2018):

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS EM DECORRÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. ALEGAÇÃO DO RÉU DE QUE OS REQUISITOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO ESTÃO PRESENTES. RECORRIBILIDADE IMEDIATA COM BASE NO ARTIGO. 1.015, XI, DO CPC/15. POSSIBILIDADE. REGRA DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE SE INTERPRETA EM CONJUNTO COM O ARTIGO 373, §1º, DO CPC/15. AGRAVO DE INSTRUMENTO CABÍVEL NAS HIPÓTESES DE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INSTITUTOS DISTINTOS, MAS SEMELHANTES QUANTO À NATUREZA, JUSTIFICATIVA, MOMENTO DE APLICAÇÃO E EFEITOS. INDISPENSÁVEL NECESSIDADE DE PERMITIR À PARTE A DESINCUMBÊNCIA DO ÔNUS DE PROVAR QUE, POR DECISÃO JUDICIAL, FORA IMPOSTO NO CURSO DO PROCESSO.

1- Ação proposta em 20/08/2015. Recurso especial interposto em 21/09/2017 e atribuído à Relatora em 13/03/2018. 2- O propósito recursal é definir se cabe agravo de instrumento, com base nos arts. 1.015, XI e 373, §1º, do CPC/15, contra a decisão interlocutória que versa sobre a inversão do ônus da prova nas ações que tratam de relação de consumo. 3- No direito brasileiro, o ônus da prova é disciplinado a partir de uma regra geral prevista no artigo 373, I e II, do CPC/15, denominada de distribuição estática do ônus da prova, segundo a qual cabe ao autor provar o fato constitutivo do direito e cabe ao réu provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, admitindo-se, ainda, a existência de distribuição estática do ônus da prova de forma distinta da regra geral, caracterizada pelo fato de o próprio legislador estabelecer, previamente, a quem caberá o ônus de provar fatos específicos, como prevê, por exemplo, o artigo 38 do CDC. 4- Para as situações faticamente complexas insuscetíveis de prévia

Documento: 94280809 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 04/04/2019 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça catalogação pelo direito positivo, a lei, a doutrina e a jurisprudência passaram a excepcionar a distribuição estática do ônus da prova, criando e aplicando regras de distribuição diferentes daquelas estabelecidas em lei, contexto em que surge a regra de inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII, do CDC, e a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, reiteradamente aplicada por esta Corte mesmo antes de ser integrada ao direito positivo, tendo ambas – inversão e distribuição dinâmica – a característica de permitir a modificação judicial do ônus da prova (modificação *ope judicis*).

5- As diferentes formas de se atribuir o ônus da prova às partes se reveste de acentuada relevância prática, na medida em que a interpretação conjunta dos artigos 1.015, XI, e 373, §1º, do CPC/15, demonstra que nem todas as decisões interlocutórias que versem sobre o ônus da prova são recorríveis de imediato, mas, sim, apenas àquelas proferidas nos exatos moldes delineados pelo artigo 373, §1º, do CPC/15. 6- O artigo 373, §1º, do CPC/15, contempla duas regras jurídicas distintas, ambas criadas para excepcionar à regra geral, sendo que a primeira diz respeito à atribuição do ônus da prova, pelo juiz, em hipóteses previstas em lei, de que é exemplo a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII, do CDC, e a segunda diz respeito à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, incidente a partir de peculiaridades da causa que se relacionem com a impossibilidade ou com a excessiva dificuldade de se desvencilhar do ônus estaticamente distribuído ou, ainda, com a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. 7- Embora ontologicamente distintas, a distribuição dinâmica e a inversão do ônus têm em comum o fato de excepcionarem a regra geral do artigo 373, I e II, do CPC/15, de terem sido criadas para superar dificuldades de natureza econômica ou técnica e para buscar a maior justiça possível na decisão de mérito e de se tratarem de regras de instrução que devem ser implementadas antes da sentença, a fim de que não haja surpresa à parte que recebe o ônus no curso do processo e também para que possa a parte se desincumbir do ônus recebido. 8- Nesse cenário, é cabível a impugnação imediata da decisão interlocutória que verse sobre quaisquer das exceções mencionadas no artigo 373, §1º, do CPC/15, pois somente assim haverá a oportunidade de a parte que recebe o ônus da prova no curso do processo dele se desvencilhar, seja pela possibilidade de provar, seja ainda para demonstrar que não pode ou que não deve provar, como, por exemplo, nas hipóteses de prova diabólica reversa ou de prova duplamente diabólica. 9- Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp. 1729110. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 2018.)

Destaca-se aqui, na decisão, que há um estudo da prova diabólica, de modo que, há ênfase, concedida pela Ministra, relatada acima, de que o ônus da prova no curso do processo deve ser amplo, porém, é inerente a ela a possibilidade de provar e a possibilidade de demonstrar que não pode ou que não deve provar, ficando assim evidenciado a necessidade da prova tanto no fato negativo relativo, afinal, há como ser provado, como anteriormente esclarecido, quanto no fato negativo absoluto, porque, para se basear somente em presunções deve o juiz ser convencido de que a prova é de difícil produção, ou seja, até mesmo para se alegar a *probatio diabolica* se faz necessário demonstrar a sua dificuldade e os elementos que nelas se baseiam, de modo que, a mera alegação não obriga o juiz a fazer um

estudo de presunções e verossimilhança, afinal, até mesmo para que ocorra a dinamização do ônus da prova ou a utilização das presunções, deve haver uma análise fática.

Existem autores que defendem que é possível visualizar um dano independente do resultado, contudo, porém, até mesmo nesses casos, se faz necessário um estudo prévio e detalhado de que a possibilidade poderia ensejar sucesso em níveis elevados, afinal, não há como apenas alguém por impedir chance que promoveria dificilmente vantagem, nessa linha, afirma Schaefer Martins (2021):

Todo o convencimento do magistrado há de estar fundado na prova, indicado na prova, explicitado na prova. Ao Juiz não é dado fazer elocubrações, inferir a ocorrência de fatos não provados, imaginar que pudesse ser de uma forma ou de outra. Sua função é eminentemente técnica, e na interpretação da prova está sujeito a limites e obrigações (MARTINS, 2021, p. 37).

Por fim, fica evidente que a perda de uma chance necessita ser provada, a qual, constitui prova diabólica, que, mesmo com a ideia intrínseca de ser pressuposto de abandono probatório, possui meios concretos de ser superada, como forma de respeitar os princípios jurisdicionais, auxiliando na legalidade do processo e direito civil brasileiro, destacando Bruno Silva e Ludmila de Cerqueira (2007, p. 19):

Se ao processo, é indispensável a interpretação/aplicação da norma jurídica, que, por sua vez, requer a existência do substrato fático, parece-nos indispensável a instrução probatória à atividade jurisdicional. Desta maneira, a prova é fator decisivo para a interpretação/aplicação da norma, porquanto por intermédio desta é formada a convicção do magistrado: 'Daí se pode dizer que a prova é mecanismo de formação da convicção do juiz, formador de um juízo de verossimilhança entre o alegado por uma das partes e o acontecimento real

Defende-se por fim, que do mesmo modo que não é legal e nem mesmo coerente haver exigência do juiz pela prova diabólica alegada e devidamente comprovada, não é também justo e íntegro utilizar a teoria da perda de uma chance de modo exacerbado e embasado em mera alegação.

## **5 A (IM) POSSIBILIDADE DO DANO MORAL NA PERDA DE UMA CHANCE COMO SITUAÇÃO DE INESCLARECIMENTO**

O presente capítulo possui como temático cerne, um panorama de tudo que foi defendido pelo trabalho até aqui apresentado, ao se pensar no dano moral na perda de uma chance sem prova da causalidade é pensar numa impossibilidade tendo em vista que a todo tempo tenta-se defender um processo legítimo e íntegro, tanto na posição de partes da lide, quanto na posição de julgador que possui o magistrado em toda a sua avaliação procedimental.

A visto disso observa-se o entendimento de Gabrielle Ferrara (2016), a autora ensina que a perda de uma chance se trata de um dano de difícil verificação, ou seja, aquele dano que se origina a partir de uma oportunidade perdida lida com uma probabilidade, uma situação que possivelmente aconteceria caso a conduta do agente violador não existisse.

Vale aqui suscitar que mesmo se tratando de danos divergentes, o dano moral e o material possuem grande ligação, tendo em vista que, para ser deferida a indenização pelo ilícito extrapatrimonial, nesse caso, se faz necessário a identificação da possibilidade perdida e da vantagem que por ela poderia ser obtida. Assim, cabe falar, portanto, na necessidade de se provar o dano moral, mesmo que relativamente, como por exemplo, a prova do nexo causal entre conduta e ilícito.

É defeso que a jurisprudência brasileira exige a prova na perda de uma chance, nesse sentido segue a decisão de recurso ordinário do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, 01405-2008-077-03-00-0 (2009). Neste caso, um empregado ficou impedido de participar de eleição para a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e acabou ganhando direito à indenização por perda de uma chance.

A Oitava Turma do Tribunal manteve a condenação da reclamada a pagar indenização pela perda de uma chance a um empregado dispensado às vésperas de registrar a sua candidatura a membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. O reclamante era detentor de estabilidade no emprego até 30/11/08, tendo em vista que foi eleito membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes para o período 2006/2007, porém, foi dispensado em 09/10/08, dois dias depois de publicado o edital que convocava os empregados para nova eleição de

representantes da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e um dia antes do início do prazo para registro das candidaturas, a partir de 10/10/08.

A reclamada alegou que tudo não passou de uma coincidência e que não houve prova de que a rescisão tivesse o objetivo de impedir a candidatura do trabalhador, afirmou a desembargadora, Cleube de Freitas Pereira, que não existiu outra hipótese, se não presumir que a dispensa teve esse objetivo, todo esse fato embasado no fato dele já havia sido escolhido pelos colegas para o período 2006/2007 e permaneceu atuando na comissão no período 2007/2008, ao se analisar o fato de ter apresentado um bom desempenho, a chance de ele ser eleito para o novo período era real, por causa disso, a conduta da empresa foi considerada ilícita, constatando-se assim que a dispensa causou danos ao trabalhador, ressaltou a magistrada:

Assinalo que a reparação da perda de uma chance não está diretamente ligada à certeza de que esta seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Ao revés do sustentado pela reclamada, não se pode pretender que a vítima comprove, inequivocamente, que obteria o resultado perdido, caso não tivesse ocorrido a conduta do ofensor. Exige-se tão-somente a probabilidade, sendo a prova da perda da chance feita por verossimilhança.

Observe que, por mais que a magistrada tenha alegado a impossibilidade da prova, ela se embasou em elementos fáticos probatórios, afinal identificou nos documentos acostados ao processo que o reclamante já havia sido escolhido pelos colegas, bem como, analisando o seu mandato ficou evidente, para a jurista um bom desempenho, ou seja, contou a autoridade com aspectos comprovados pela reclamante, acredita-se inclusive, que foi utilizada a prova testemunhal dos colegas que o escolheram para o mandato futuro.

Aplicar dano moral e a perda de uma chance, sem provar o ilícito patrimonial, é motivo claro de promoção de enriquecimento ilícito, afinal, já restou comprovado que o dano extrapatrimonial decorre do reconhecimento da lesão ao patrimônio, existindo variadas válvulas de escape, considerando até mesmo as exceções como forma de tornar justo os fundamentos e aplicação do instituto, afinal, até nas presunções, resta claro o embasamento em algum fato positivo atrelado a perda que se houve, como demonstrado na decisão acima.

### 5.1 A quantificação da perda de uma chance de maneira errônea

Falar na quantificação da perda de uma chance de maneira errônea, significa falar, para todos em um estudo mais preciso das presunções, deixando evidente que elas devem ser aplicadas ao direito de modo subsidiário, isso porque, consoante Beatriz Camargo (2015), o direito probatório é de imensa importância para o estudo e entendimento do mundo jurídico-processual, sendo necessário que haja a produção e avaliação de provas suficientes para a ocorrência da concessão da tutela jurisdicional, a qual somente poderá ocorrer por intermédio da vinculação com as provas alegas pelas partes.

Grande prova dessa alegação, é o disposto no Código de Processo Civil Brasileiro, afinal, vários são os meios de prova permitidos por ele, tais são, o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial, assim, diz-se que o Código Processual Civil de 2015 traz um panorama alargado de constituição de prova, evidenciando que a regra para o processo, é provar, e não somente, fazer, aplicação desmedida dos institutos criados para proteção do ser humano.

Assim, cabe dizer, que a prova possui papel fundamental no direito brasileiro, afinal, é através dela que o juiz emitiria um juízo de certeza ou de probabilidade, vale dizer dentro dessa análise supracitada, que até mesmo nas presunções, é necessário a formação de um convencimento baseado em fatos, os quais, ao serem alegados, mesmo que em casos, por exemplo, de analogia, constituem um meio de prova, afinal, precisará a parte trazer perspectivas de outro caso semelhante, como forma de aplicação ao objeto da lide a qual faz parte.

A ideia, ao defender o presente capítulo diz respeito ao fato de, na maioria das vezes, o instituto da perda de uma chance, bem como, o do dano moral, são aplicados de forma desmedida e incoerente, se baseando superficialmente em presunções e verossimilhança, não sendo feita pelas autoridades investidas do poder de decidir nem mesmo mera análise fática do caso, a qual, como já comprovada em capítulos anteriores, ainda quando difícil a sua produção.

Hélder Martins Leitão (1991) conceitua a presunção como resultado da aplicabilidade de máximas da experiência, tendo em vista que o julgador, ao partir de um fato provado ou conhecido e ao aplicar as máximas da experiência, conclui a

existência de um outro fato, o qual poderá ser uma mera consequência do fato que serviu de base à presunção, observe que esse conceito, está atrelado a um fato, o qual, deve ser provado, ocorrendo que, apesar de ser muito discutido pela doutrina, esse trabalho adere a interpretação literal da lei no que diz respeito a presunção, afinal, de acordo com o artigo 212 do Código Civil (2002):

Artigo 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia.

Ficando evidente a partir daí que a presunção constitui um meio de prova, de forma que, não há como falar nela de forma apartada do instituto probatório, afinal, ela é entendida como conclusão tirada de um fato conhecido para demonstrar outro desconhecido, essa consequência é promovida pela lei ou pelo juiz que possuem como ponto de partida o fato conhecido para chegar ao fato ensejador de dúvida, defende assim Beatriz Camargo (2015 *apud* Cambi, 2006):

Para a presunção ser utilizado são necessários três elementos: (i) um fato conhecido; (ii) um fato desconhecido e (iii) nexos de causalidade, baseado em máximas de experiência, entre eles (Cambi, 2006). Temos que a presunção se baseia em um fato secundário, ao qual damos o nome de indício. Este é o fato conhecido que nos indica o fato desconhecido, é, portanto, elemento da prova indiretamente representativo do fato a ser provado: é o pressuposto da presunção.

Constata-se após o descrito acima que, falar em aplicação de presunção, significa dizer para o direito uma exceção, tendo em vista que, se constituído de fatos, esses devem ser devidamente analisados juntamente com os institutos probatórios demonstrados no decorrer do processo, forma a qual promove o justo e legal litígio, nesse sentido, é plausível falar em prova do dano moral, defendendo que, com isso, não significa falar que é necessário se provar que por exemplo, houve a promoção de dor e/ou sofrimento a um indivíduo, mas sim, falar na necessidade de demonstrar a existência de uma conduta ofensiva que ensejou violação a essa ordem extrapatrimonial, ou seja, a comprovação de um nexos de causalidade.

A vista disso, cita-se Bruno Silva e Ludmila de Cerqueira (2007, p. 92), os quais, determinam que:

Destarte, não há que se falar em prova do dano imaterial, mas o que deve ocorrer, em caso concreto, é a análise das circunstâncias que envolvam o

possível dano, bem como do fato (possível agressão), mormente sua intensidade, o que permitiria ao magistrado erigir sua presunção, baseado sempre em critérios de razoabilidade e bom senso, nortes do concreto entendimento a favor da existência do efeito danoso e do arbitramento do devido a título de compensação, evitando-se a 'premiação' da vítima, bem como a configuração da chamada "indústria do dano moral".

Vale dizer aqui, que a aplicação de dano moral na perda de uma chance de maneira desmedida e sem prova do ilícito patrimonial e do nexo entre eles, devido à necessidade de prova diabólica é prejudicial ao direito, auxiliando e alargando a chamada indústria do dano moral, a qual, para José Mário Delaiti (2013), está se tornando um ato imoral, tendo em vista o número de demandas judiciais existentes nos tribunais do país, as quais comumente são desprovidas de fundamentação, gerando a aquisição do direito extrapatrimonial, acabando por contribuir com a banalização desse instituto.

O autor ainda continua dizendo que, ainda são presentes condenação milionárias deferidas por magistrados no Brasil, sendo muitas vezes objeto de divulgação em excesso, extrai-se a partir disto que uma grande crítica feita ao judiciário, através do estudioso Carlos Ari Sundfeld (2014), o qual postula a existência da queda no simplismo decisório dos juristas, acrescentando que a autoridade acaba por optar por uma decisão superficial que não é nem efetiva e nem adequada, decaindo assim na "preguiça" do exercício da competência decisória.

Ele descreve que, por preguiça, entende-se uma linguagem provocativa que não significa, por mais que pareça, a ausência de dedicação do agente, mas uma espécie de ceticismo quanto à viabilidade de aprofundamento ao decidir, o que ocorre muitas vezes na aplicação excessiva do instituto do dano moral.

O que se pretende estudar, a todo tempo, no presente trabalho são essas perspectivas errôneas do direito e a necessidade de um aperfeiçoamento para que se evite a aplicação do dano moral tão criticada por Schreiber (2007, p. 46) o qual afirma que:

O reconhecimento da ressarcibilidade do dano não patrimonial veio permeado de referências à tradição *de pretium doloris ou pecunia doloris*, isto é, o preço da dor e do sofrimento, cuja reparação em dinheiro, na abordagem histórica, repugnava à moral. Assume-se, quase distraidamente, que certa imoralidade existe na reparação.

Assim, além das consequências acima citada, a aplicação do dano moral a perda de uma chance sem efetiva prova devido a difícil aquisição dessa, pretende-se evitar o enriquecimento ilícito da parte autora, o qual é conceituado por Limongi França (2011), como o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico.

Atualmente, no que diz respeito ao Brasil, o enriquecimento ilícito está previsto no Código Civil (2002):

Artigo 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Artigo 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir. Artigo 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Nesse diapasão, é que se pretende defender que muitas vezes existe a aplicação de institutos tão importantes, de forma desregrada, afinal, o juiz, ensejado pelo dia a dia, resume-se a uma aplicação automática e imediata para variados casos, que possuem suas peculiaridades, mas, que são abandonadas, fato o qual, não pode ocorrer.

Toda a crítica, se direciona ao magistrado, justificada no que é defendido pelo artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015, que defende o juiz como o destinatário da prova determinando que, o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Acaba que, os dois institutos, tanto o dano moral quanto a perda de uma chance, têm sido aplicados de maneira incorreta, afinal, no que diz respeito ao dano extrapatrimonial, este é concedido de forma desmedida, sem mesmo analisar o fato que ensejou a lesão, e, no que diz respeito a perda de uma chance, a prova é sempre abandonada, sem considerar que muitas vezes sua prova difícil pode ser superada, aplicando-se o instituto da presunção de modo desregrado e incabível, não entendendo ela como uma exceção, mas sim, como regra. Tratando dessa forma, todo e qualquer caso de perda de uma chance como fato negativo absoluto, o qual, constitui prova diabólica, abandonando até mesmo a aplicação da teoria dinâmica do ônus probatório, o que não pode ocorrer.

Necessário destacar a contribuição concedida por Marinoni (2015) sobre o tema, o qual demonstra que o uso da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou o abandono desta para a utilização das presunções e verossimilhança, como forma de suprir os obstáculos à prova, devem ser aplicadas com demonstração em sentença, de modo que a sua convicção fica explicada na motivação, racionalizando a aplicação. Ou seja, para ele, a legitimidade do julgamento fundado em verossimilhança ou na inversão do ônus da prova em razão de inesclarecibilidade exige a análise da motivação, de modo que, se os argumentos utilizados não forem adequados para justificar uma ou outra, ou se a motivação incidir em falta de coerência lógica em relação aos critérios utilizados para demonstrar a convicção de verossimilhança ou a inesclarecibilidade, a decisão carecerá de legitimidade.

Assim, observando a realidade brasileira, acredita-se que os casos que se relacionam a perda de uma chance e dano moral possuem como cerne da decisão, a ideia defendida por Carlos Ari Sundfeld (2014), citado nesse capítulo, afinal, diante de buscar argumentos para uma decisão fundamentada e coerente, como determina o processo legal, os magistrados, muitas vezes, profetem decisões automáticos, sem se quer utilizarem as normas que estão ao seu dispor.

Ressalta-se aqui, que não há como falar em uma consideração geral para todo e qualquer autoridade investida do poder de decidir, constando como cerne do presente trabalho uma crítica da aplicação do direito no mundo contemporâneo, afinal, para ambos os institutos, dano moral e perda de uma chance, se faz necessário ter ao menos alguma certeza sobre fato secundário relacionado ao ilícito.

## 5.2 A importância do dano moral na perda de uma chance

Mesmo que defendido o instituto do dano moral durante o presente trabalho, se faz necessário, separar esse capítulo para que fique demonstrado a relevância que ele possui, vale trazer que, não apenas na perda de uma chance, mas, nas ilicitudes em geral, o reconhecimento do dano moral e a sua responsabilização surge como forma de defender, de forma mais direcionada, a figura da pessoa humana, sujeito por qual e para o qual existe e evolui o direito. Afinal, sem pessoas, não haveria como falar em direito, afinal, este nasce para apaziguar, harmonizar, a convivência em sociedade.

Por isso é que tanto defende-se uma aplicação correta e precisa dessa responsabilização, tendo em vista o brilhantismo que possui essa ideia. Ressalta-se a tríplice função do reconhecimento do dano moral, como forma de evidenciar o seu papel.

No que tange ao âmbito da perda de uma chance, cabe falar que o dano da perda de chance se trata de uma espécie de dano patrimonial, afinal, a chance perdida ceifou a possibilidade de obter vantagem matéria, surgindo o dano moral como um reflexo a essa ilicitude, afinal, perdida a oportunidade surge também uma lesão ao direito fundamental da parte prejudicada.

Tem-se como exemplo o caso de um violinista, ganhador de vários prêmios e que tinha uma carreira promissora, a qual, restou frustrada por um acidente que lhe rompeu os tendões do braço, impossibilitando-o de continuar tocando o violino, ao se analisar todo o passado do músico antes do acidente, é possível afirmar "com certo grau de certeza", que, se não houvesse o acidente, ele seria um grande músico, incide assim, a perda de uma chance devido ao futuro ceifado, bem como o dano moral, tendo em vista a dignidade lesada, afinal, oportunidades foram perdidas pelo músico, as quais consagrariam seu sucesso.

O dano moral surge como uma forma de compensar e reparar a perda gerada pelo ilícito causado, agregando de forma autônoma, a responsabilidade pela perda provocada. Por exemplo, no famoso caso Show do Milhão, o dano moral concedido correspondeu à justificativa de ter um sonho frustrado, sendo assim, pode-se falar que não se pretende defender a perda de uma chance como uma espécie de dano moral, mas sim como um caso em que esse instituto incide, visando ressarcir e beneficiar a parte lesada da relação jurídica processual.

Nesse sentido, Apelação Cível 2003.001.19138 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2003):

[...]. É certo que o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda de prazo caracteriza a negligência profissional. Da análise quanto à existência de nexo de causalidade entre a conduta do apelante e o resultado prejudicial à Apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de ver apreciado o seu recurso à sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista, pelo ato do seu mandatário, o qual se compromete ao seu fiel cumprimento, inserido que está, no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra qual irressignou-se o mandante. Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Estabelecida a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral. (TJRJ. AC nº 2003.001.19138. Min. Rel. Des. José Carlos Maldonado. Julgado em 2003).

Ressaltando aqui, o que pensa Savi (2009, p. 13):

O que não se pode admitir é considerar o dano causado pela perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral. Até porque, [...] a frustração de uma oportunidade séria e real de incremento no patrimônio pode causar danos de natureza patrimonial, que se enquadram como uma subespécie de dano emergente.

Cabe destacar o pensamento do autor descrito acima, no que tange a ideia de que haverá casos em que, apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda de uma chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa, determinando por fim, que é de grande importância para a teoria da perda de uma chance, o reconhecimento do dano moral, tendo em vista que a teoria abarca a patrimonialidade lesada, e o dano moral, abarca a extrapatrimonialidade violada.

Ressalta-se que, na perda de uma chance, não se deve provar o dano moral, mas sim o dano material ocasionado e a relação deles, afinal, o ilícito extrapatrimonial, decorre do próprio ato ilícito, de modo que comprovar um, significa reconhecer o outro, como determinado pela jurisprudência pátria do Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PAGAMENTO DE INSCRIÇÃO. ERRO DE DIGITAÇÃO. IMPEDIMENTO DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO VESTIBULAR. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS IN RE IPSA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA MANTIDOS. Há responsabilidade objetiva da empresa, bastando que exista, para caracterizá-la, a relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surgindo o dever de indenizar, independentemente de culpa ou dolo. [...] Configurada a responsabilidade civil pela perda de uma chance, pois o ato ilícito praticado pela ré retirou qualquer probabilidade de a autora obter aprovação no Concurso Vestibular, pois sequer constava como candidata inscrita. Danos morais in re ipsa configurados, pois decorrem do próprio ato ilícito. [...] (STJ. Apelação Cível Nº 70040016735, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 26/01/2011).

### 5.3 A aplicação dos institutos de maneira legítima e coerente: o dano moral e a perda de uma chance

Estudada a relação existente entre o dano moral e a perda de uma chance, cabe alegar que, um parâmetro de grande valia para a configuração da indenização do dano moral por perda de uma chance podem ser analisados em estudo de Czarneski (2014) em paralelo com o artigo 403 do Código Civil (2002), o qual se baseia no nexos causal, afinal este, limitará a extensão do dano, para que o responsável repare o prejuízo sofrido em decorrência da sua conduta, servindo de parâmetro para a apreciação do valor da chance e podendo ser adotado para casos de responsabilidade contratual e extracontratual.

Savi (2009) identifica que a indenização a ser recebida terá que ser sempre inferior ao que a pessoa realmente poderia ter ganhado se o ato de terceiro não tivesse ocorrido, além disso, não são todas as vezes que o lesado terá direito a ser indenizado, comprovando de fato a ideia entre a perda de uma chance e a sua responsabilização civil.

Superado o estudo quanto ao vínculo entre a teoria e o instituto, destaca-se a ideia suscitada pelo autor acima, de que a prova da perda de uma chance, ao ser exigida, pode-se tornar, em alguns casos, prova diabólica, a qual, possui meios de serem superadas, onde a necessidade da prova na perda de uma chance e no dano moral, por mais que refutada por uma parte da teoria, é considerada como imprescindível para ambas figuras jurídicas neste capítulo defendidas, de modo que, a desistência do seu uso deve ocorrer em última instância.

Acredita-se que a prova é um elemento de garantia da efetividade da lei brasileira, afinal, ela trabalha no convencimento e entendimento da pessoa investida do poder de decidir, afinal se trata das vias que são utilizadas durante a instrução processual, possuindo como objetivo conduzir a inteligência do juiz à descoberta da verdade.

Defendida a sua relevância, torna-se notório o destaque de que, a constituição da prova significa falar em cumprimento dos preceitos basilares do ônus probatório, sendo assim, ao se falar em prova envolverá diretamente falar em necessidade e obrigatoriedade da prova, unidade ou comunhão probatória, lealdade ou probidade, e contraditório, por exemplo.

A insistência na indispensabilidade do material probatório, encontra respaldo na teoria de Sérgio Savi (2009), demonstrando que a indenização pela perda de uma chance não é perda da vantagem, e sim a perda de auferir uma condição favorável no futuro, o autor dispõe que a responsabilidade civil pela perda de uma chance é a possibilidade de se obter uma vantagem, que não pode deixar de ser concreta, ficando claro assim que o dano pela perda de uma chance deve ser certo e, uma mera probabilidade de ocorrência da vantagem futura não poderá dar ensejo à responsabilidade.

Ou seja, necessita o instituto da perda, de chance real e séria. É o que alega também a jurisprudência, através da Apelação Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro 2003.001.16359, observe:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. ARQUIVO PRIVADO. DANO MATERIAL. PERDA DE UMA CHANCE. A simples abertura de arquivo de consumo, com anotações pessoais sobre a pessoa do consumidor, constitui violação dos direitos fundamentais do cidadão (artigo 5º, incisos X, XIV, XXXIII e LXXII da Constituição Federal). A manutenção, sem qualquer dúvida, viola muito mais, dando margem, assim, a reparação civil. Por conseguinte, a manutenção do nome do autor no órgão particular protetivo pelo 1º apelante, como é óbvio e notório, foi a causa direta e imediata da revolta, do aborrecimento, o vexame, e do constrangimento suportado pelo autor, situações estas configuradas como dano moral. Evidente, portanto, que o dano injusto causado a reputação subjetiva do autor, além de ter afequizado a sua dignidade, gerou, também, a dor e o sofrimento, violentando, por fim, a sua própria honorabilidade moral, vinculando o responsável ao dever de indenizar. Se por um lado, é preciso não deixar que a invocação do ato ilícito sirva de pretexto ao enriquecimento injusto da vítima, por outro, faz-se imperioso que não se avilte de tal modo o montante da indenização do ponto de não desestimular a conduta danosa, de não impingir alguma baixa nas contas do responsável pela lesão. Consequentemente, à falta de critério objetivo ou legal, a indenização do dano moral deve-se fazer-se por arbitramento, com ponderação e racionalidade, levando-se em conta a natureza da lesão, as condições da vítima e o autor ilícito do agente. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, curando, quando o caso não exigir sanção pecuniária predominantemente punitiva, para que não enriqueça a vítima à custa do injusto. *No pert d'une chance*, todavia, o fato ilícito e culposos deve contribuir, de forma direta, para que outrem perca a chance de conseguir um lucro ou de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Contudo, é necessário que a chance perdida seja real e séria, tendo-se em conta, também, na avaliação de danos, a álea susceptível de comprometer tal chance. Deve-se ter em conta, assim, não apenas a existência do fator alea, mas também o grau dessa alea, ou seja, leva-se em consideração, quanto à prova, o caráter atual ou eminente da chance de que o autor alega ter sido privado. Tratando-se de sucumbência parcial, impõe-se a aplicação da regra prevista no parágrafo único do artigo 21 CPC. (AC nº 2003.001.19138. Min. Rel. Des. José Carlos Maldonado. Julgado em 2003).

Assim, Savi (2009) alega a necessidade de a chance perdida ser séria e real, de modo que, fica evidenciada a precisão de produção de prova, a qual deverá ocorrer com base no ônus probatório de modo estático, em regra, cabendo exceção a dinamização desse ônus no caso da prova diabólica, que é o caso da perda de uma chance, e por fim, cabendo falar nas presunções, quando nenhum desses solucionarem a problemática.

Ressalta-se, desse modo, que a perda de uma chance nem sempre se valerá de presunção, a qual, para Haret (2009 *apud* Marina, 2014) é um conceito substantivo, que tem origem num juízo precoce e temporário, produzindo certo resultado de transparência e identificação entre um elemento e outro, sendo, portanto, produto da integração de diversos significados dissemelhantes.

De modo que, a presunção encontra respaldo no Código Civil (2002), determinando, implicitamente que consiste na presunção num resultado de dedução, visando mostrar a realidade de um fato conhecido, constituindo um meio de prova.

Para Varela, Bezerra e Nora (1993 *apud* Marina, 2014), a presunção resulta de uma dedução que fará surgir a elaboração de um raciocínio lógico, o qual, funcionará como base da conclusão e explicação do fato que se pretende provar, destacando que o ponto de partida é já um fato conhecido e/ou provado. Ou seja, até mesmo na presunção, utilizada como forma de suprir muitas vezes a prova difícil ou impossível, se faz necessário fato anterior conhecido e/ou provado.

Para muitos, como por exemplo para Hélder Martins Leitão (1991 *apud* Marina, 2014), as presunções resultam do uso de máximas da experiência, visto que o julgador, ao ter como ponto inicial fato provado e/ou conhecido e ao aplicar as máximas da experiência, consegue concluir a existência de outro fato, que é visto como uma consequência do fato que serve de base à presunção.

Vale destacar as presunções num panorama histórico, Carlos Alberto (c2020) diz que, no direito romano, príncipes e juristas submetidos que lhes eram casos particulares, ao resolvê-los, constantemente de fatos conhecidos e mediante raciocínio lógico extraíam presunções, nas quais fundavam seus julgamentos.

Semelhantemente, chegou a um momento em que os legisladores da época criaram presunções legais por motivos de ordem pública, que exige maiores garantias a determinadas relações jurídicas, isto é, para tutelar o interesse social, facilitando a prova, diminuindo o arbítrio do juiz na apreciação das provas ou na

decisão de certas questões de fato, ou seja, essas presunções legais funcionam como uma espécie do que é hoje, para nós, a jurisprudência.

A posteriori, o autor destacou o panorama no Direito Canônico, em que as presunções, no terreno específico das provas, se desenvolveram e ramificaram nas várias modalidades, ensinando para nós que a presunção é a consequência lógica que a lei ou o juiz deduzem de um fato certo em ordem a provar fato incerto, fundando-se na conexão que entre ambos os fatos geralmente costuma mediar, chamando esse fato incerto de indício, porém, deixa evidente o panorama canônico que o juiz não pode formar presunções que o direito não estabelece, a menos que as baseie em algum fato certo e determinado, relacionado diretamente com aquele que é objeto da controvérsia, ou seja, não pode o juiz por livre convencimento, sem a devida motivação criar presunções, tendo em vista o prejuízo do direito.

Com o panorama, pretende-se destacar a importância que sempre foi dada as presunções, como elemento fundamental do direito, possuindo como consequência, no mundo jurídico atual, as máximas de experiência, as quais são, segundo Friedrich Stein (1999) são definições, analisadas como juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que são julgados no processo, procedentes da experiência e independentes dos casos particulares de cuja observação tenham esses juízos sido deduzidos.

Diferentemente de juízos resultantes de mera “ciência privada”, elas consistem na verificação abstrata de que, de acordo com a experiência comum, em uma determinada esfera social certos fatos ordinariamente acontecem em associação com outros fatos (*communis opinio*).

Vale aqui dizer que há quem defenda a existência de requisitos para a aplicação das presunções, de modo que existe determinada dificuldade em utilizá-las, não devendo ser aplicado a todo caso de perda de uma chance por mera possibilidade de vantagem que poderia ter sido obtida, seguindo essa linha, Ana Margarida (2016), embasada na doutrina, citando que, há limites ao recurso das presunções, são eles casos em que não é admissível a prova testemunhal, documentos particulares, documentos autênticos, atestados das juntas de freguesias, confissão, convenções e a simulação.

As presunções devem ser utilizadas de modo subsidiária, evidenciando que até mesmo o Código Civil de 2002 trata desse instituto como meio de prova, como já comprovado em capítulos anteriores, vale ainda dizer, que para a parte da doutrina

que refuta essa concepção, infere-se a ideia de que, a presunção surge com base em algum fato secundário, o qual, deve ser provado e demonstrado, havendo, portanto, a necessidade da produção de uma prova indireta.

Essa pesquisa acadêmica pretende determinar que a comprovação dos fatos alegados é essencial a legalidade do processo, devendo ela ser regra e ser respeitada pelos magistrados, ressalte-se sobretudo que as provas devem respeitar limites dispostos em lei, sob pena de desconstituir e viciar a validade do instrumento processual utilizado, a exemplo dessa limitação é o princípio da atipicidade dos meios de prova, previsto no artigo 369 Código Processual Civil de 2015:

Artigo 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Dessa forma, destaca-se que a insistência defendida nessa pesquisa, no que diz respeito a produção de provas, tem como objetivo principal uma melhor aplicação do direito, intensificando o devido processo legal e a tipicidade das condutas, promovendo o máximo de isonomia entre as partes da lide, dentro dos limites impostos pelas normas e princípios que regem a jurisdição brasileira.

A necessidade de um estudo aprofundado do dano moral em casos de perda de uma chance onde a prova é configurada como de difícil acesso, é imprescindível, afinal, acredita-se ser essencial para a evolução do direito brasileiro a adoção de medidas que auxiliem na efetivação da responsabilidade civil, deixando, portanto, de agir os juristas, investidos pelo poder de decidir do Estado, com superficialidade e movidos pela preguiça intelectual. Sejam elas medidas jurisprudenciais, doutrinárias, normativas ou baseadas em costumes.

Não há como falar em efetivação de direito quando um instituto, que foi criado com a intenção de promover igualdade e justiça, é aplicado de maneira descontrolada como forma de cumprir o protocolo exigido pelo senso comum. O direito possui na sua tarefa objetivos muito maiores que este, se analisados os propósitos com quais a realidade jurídica mundial e brasileira foram criadas.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante pesquisa e estudo para elaboração deste trabalho de conclusão de curso, defendeu-se em toda essa monografia, que o reconhecimento do dano moral significa reparar, precaver e punir a ilicitude extrapatrimonial gerada, devendo haver a prova do nexo de causalidade entre o ilícito causado e o fato que o ensejou, evidenciando-se em sequência, a teoria da perda de uma chance a qual necessita de prova para o seu reconhecimento, como determinado pelas inúmeras jurisprudências demonstradas ao longo do trabalho.

O trabalho em voga, argumenta a relação entre ambos os danos, ressaltando que, a perda da possibilidade se trata de um dano material autônomo, diverso do dano moral, mas que, para serem concedidos no mesmo caso, se faz necessário o pedido cumulado e comprovação do nexo causal existente entre eles, afinal, se faz necessário na perda, provar não o prejuízo mas, a vantagem não obtida e a possibilidade da sua conquista, demonstrando a alta probabilidade dela, a qual, se real, gera provimento do pedido de dano material (perda de uma chance) e o provimento do pedido de dano moral (por exemplo, abalo psíquico devido ao prejuízo que extermina futura vantagem), afinal, esse último decorre do próprio ato ilícito patrimonial, como trata a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evidenciada no capítulo 5.2 do presente trabalho.

Assim, foram defendidos os seguintes meios de superação à essa dificuldade, a dinamização do ônus da prova e o uso das presunções, onde, ambos os remédios são instrumentos subsidiários, utilizados como forma de não abandonar a prova, afinal, no presente trabalho, as presunções também constituem meio de prova, ideia extraída de interpretação literal do Código Civil realizada.

Diante disso, fica evidente a importância que a prova possui como meio de efetivação do devido processo legal, do contraditório, da isonomia e da efetividade da lei brasileira, ela funciona como forma de combater a automatização do direito, afinal, para a concessão da perda de uma chance, é necessária a possibilidade de vantagem real e concreta.

Pensar na aplicação desses institutos de superação de modo superficial, sem argumentação qualquer, é efetivar a ilegalidade, gerando a obsolescência desses meios criados com o intuito de proteger o indivíduo, deixando o direito de cumprir o seu papel fundamental, o de harmonizar a vida em sociedade.

**REFERÊNCIAS:**

ALVIM, Agostinho. **A inexecução das obrigações e suas consequências.**

Imprensa: Rio de Janeiro, Ed. Jurídica e Universitária, 1965.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 8. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ANDRADE, Ana Margarida. **A prova por presunção no Direito Civil e Processual Civil.** 2016.

BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho.** 2013. Disponível em:

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05122013-093647/>. Acesso em: 18 mai. 2021.

BERTELLI, Sandra Miguel Abou Assali. **A importância da prova como garantia de efetividade do processo do trabalho.** 2009. Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099274.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2021.

BRASIL. **Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** – CDC. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.html). Acesso em: 24 jun 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1973. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm). Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 455846/RJ.**

Julgado em 11/10/2004. Min. Rel. Celso de Mello Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14795332/agravo-de-instrumento-ai-455846-rj-stf>. Acesso em: 10 jun 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 794.051/M julgado em**

**21/02/2008.** Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/depeso/159676/dano-moral-presumido-uma-falacia>>.

Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 969.097/DF de 17 de dezembro de 2008.** Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3167669/stj-define-em-quais-situacoes-o-dano-moral-pode-ser-presumido>. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 993.936/RJ.** Quarta

Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 de março de 2012. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1133963&sReg=2007023375\\_74&sData=20120423&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1133963&sReg=2007023375_74&sData=20120423&formato=PDF). Acesso em: 04 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788459 BA**

2005/0172410-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento:

08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>. Acesso em: 07/ maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 0621013-**

**71.2017.8.06.0000.** Min. Rel. Nancy Andrighi. Julgado em 2018. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/694474196/recurso-especial-resp-1729110-ce-2018-0054397-0/inteiro-teor-694474210?ref=serp>. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.540.153/RS.** Rel.

Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/4/2018. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923770/recurso-especial-resp-1540153-rs-2015-0082053-9/inteiro-teor-595923777>. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.758.767/SP**, Rel.

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 9/10/2018.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/638027817/recurso-especial-resp-1758767-sp-2014-0290383-5/inteiro-teor-638027848>.

Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.591.178/RJ**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/4/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465719780/recurso-especial-resp-1591178-rj-2013-0236789-0/inteiro-teor-465719790>. Acesso em 27 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 63.493/SP de 09 de maio de 1969**. Relator: Min. Amaral Santos. Brasília: DJ, 1969.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 403**. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=403>. Acesso em: 25 jun 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RHC 91691 SP**; Relator MENEZES DIREITO; Julgamento:19/02/2008. Disponível em:

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754301/recurso-em-habeas-corpus-rhc-91691-sp>. Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação Cível nº 14050013482**, 24/03/2006, Segunda Câmara Cível – Rel. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. (ESPÍRITO SANTO, 2006). Disponível em:

<https://tjusbrasil.com.br/jurisprudencia/4988501/apelacao-civel-ac-14050013482>. Acesso em: 05 jul 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - 9ª Câmara Cível, **Apelação Cível**, nº 59846024, Rel. Des. Mara Larsen Checi, julgado em 28/04/1999.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19730/aspectos-destacados-da-teoria-da-responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance-no-direito-brasileiro/5>. Acesso em: 08 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - 9ª Câmara Cível, **Apelação Cível**, nº 70040016735, Des. Leonel Pires Ohlweiler. Julgado em 26/01/2011.

Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22905693/apelacao-civel-ac-70040016735-rs-tjrs/inteiro-teor-111162198>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **AC nº 16.359/2003**. Rel. Des. Maldonado de Carvalho. Julgado em 2003. Disponível em:

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003DCA9EC9FC8E1EB7BAE267E61D2E6B8E57E49C318514C&USER>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 0002006-**

**15.2013.5.03.0034**. Rel. Marcus Moura Ferreira. Julgado em 2016. Disponível em:

<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=3011>. Acesso em 17 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RO 70950901405-2008-077-03-00-0**. Des. Rel. Cleube de Freitas Pereira. Julgado em 13/05/2009. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129553542/recurso-ordinario-trabalhista-ro-709509-01405-2008-077-03-00-0/inteiro-teor-129553542>. Acesso em: 02 jun 2021.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1978. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 04 maio 2021.

CABRAL, Bruno Fontenele, CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. **Breves considerações sobre a prova diabólica** (*probatio diabólica ou devil's proof*)

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21525/breves-consideracoes-sobre-a-prova-diabolica-probatio-diabolica-ou-devil-s-proof>. Acesso em 14 jun 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças preexistentes e ônus da Prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução**. Revista Dialética de Direito Processual. – São Paulo: Dialética, n. 31, 2005, p. 12.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil - Admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CERQUEIRA, Bruno Silva de. **A Prova Emprestada no Processo Civil**. Revista do Curso de Direito da UNIFACS. Porto Alegre: Síntese, v.7, 2007.

CZARNESKI, Marina Felício dos Santos. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance** – p. 24 – 26 - Brasília, 2014.

DE CUPIS, Adriano. **Il dano: teoria generale della responsabilità civile**, 2. Ed., Milano: Giuffrè, 1966, 2v.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado: Perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999. *apud* SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2009. – 2ª edição

DIDIER, Fredie. **A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no Novo CPC**. 2017. Disponível em:

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista\\_v20\\_n2/revista\\_v20\\_n2\\_147.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n2/revista_v20_n2_147.pdf). Acesso em: 22 maio 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6.ed. Salvador – BA: Editora Juspodivm, 2011. Vol 2.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito Processual Civil de Conhecimento**. 13.ed. Salvador - BA. Editora Juspodivm, 2011. Vol. 1.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. v. III. – São Paulo: Malheiros, 2005.

ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie. 2 ed. – Salvador, Juspodium, 2016, p. 178-179. *apud* CZARNESKI, Marina Felício dos Santos. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance** – p. 24 – 26 - Brasília, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Editora JusPodium, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, volume 3 – ed. 4. – Salvador, 2017.

FERRARA, Gabrielle. **Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance: quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar**. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/245438/aspectos-gerais-sobre-a-teoria-da-perda-de-uma-chance--quando-uma-oportunidade-perdida-e-causa-de-indenizar>. Acesso em: 05 maio 2021.

FRANÇA, R. Limongi. **Enriquecimento sem Causa**. Saraiva, 1987 *apud* Souza, Vinícius Eduardo Silva. **Enriquecimento sem causa como cláusula geral do Código Civil: Interpretação civil-constitucional e aplicabilidade judicial**. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze e; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Editora Saraiva – 10ª Edição, 2012 – p. 74-80.

GIACOMINI, Beatriz Camargo. **Indícios, presunções e máximas de experiência**. 2015. Disponível em:

<https://beatriz121922.jusbrasil.com.br/artigos/242852348/indicios-presuncoes-e-maximas-de-experiencia>. Acesso em: 20 abril 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 – p. 357.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4 : Responsabilidade Civil — 7. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

HIGA, Flávio. **A perda de uma chance no direito do trabalho**. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21793/a-possibilidade-de-indenizacao-pela-perda-de-uma-chance-no-direito-brasileiro/3>. Acesso em: 20/06/2021

HARET, Florence Cronemberger – **Presunções no Direito Tributário: teoria e prática**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010. Tese de Doutorado apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da USP *apud* CZARNESKI, Marina Felício dos Santos. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance** – p. 24 – 26 - Brasília, 2014.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). UNIDROIT. **Principles of international commercial contracts**. 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/406-chapter-7-non-performance-section-4-damages/1035-article-7-4-3-certainty-of-harm>>. Acesso em: 01/07/2021

LEITÃO, António Pedro Santos. **Da perda de chance – Problemática do enquadramento dogmático**. 2016. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/40891/1/Tese%20Perda%20de%20Chance1.pdf>. Acesso em: 08 jul 2021.

LEITÃO, Hélder Martins - **Da instrução em Processo Civil: das Provas**. 4º edição. Porto: Ecla Editora, 1991, p.45. *apud* CZARNESKI, Marina Felício dos Santos. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance** – p. 24 – 26 - Brasília, 2014.

LIMA, André Barreto. **Dano Moral**. Salvador: Editoria 2 de Julho, 2018 – p. 75.

LOPES. Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2007. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>. Acesso em: 17 jun 2021.

MÁLUF, Carlos Alberto Dabus. **As Presunções na Teoria da Prova**. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. 2006. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/8845/formacao-da-conviccao-e-inversao-do-onus-da-prova-segundo-as-peculiaridades-do-caso-concreto>. Acesso em: 10 jul 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2018.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. A desconstrução da “verdade real” e do “livre convencimento do juiz” à luz da Constituição de 1988. 2021. Disponível em:

<https://aacrimesc.org.br/a-desconstrucao-da-verdade-real-e-do-livre-convencimento-do-juiz-a-luz-da-constituicao-de-1988/>. Acesso em: 01 jun 2021.

MELO, José Mário Delaiti. **A industrialização do dano moral**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-industrializacao-do-dano-moral/>. Acesso em: 19 abril 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974 – p. 57.

MULLER, CHRISTOPH, “**La Perte d'Une Chance Médicale en Droits Comparé et Suisse**” *Revue Générale de Droit Médical*, 2003. Disponível em:

<https://www.bnds.fr/revue/rgdm/rgdm-9/la-perte-d-une-chance-medicale-en-droits-compare-et-suisse-2172.html>. Acesso em: 25/05/2021

NETO, João Afonso. **A responsabilidade civil: a teoria da perda de uma chance**. 2009. Disponível em:

<https://revistadoaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/33>. Acesso em: 13 jun 2021.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 461.

OLIVEIRA, Jorge Luiz. **Fato negativo pode ser objeto de prova**. 2018. Disponível em: <https://jcastroliveira.jusbrasil.com.br/artigos/542260013/fato-negativo-pode-ser-objeto-de-prova>. Acesso em 25 abril 2021.

OLIVEIRA, Marcello Faria de. **A teoria da perda de uma chance**. Disponível em: [https://bdm.unb.br/bitstream/10483/9954/1/2014\\_MarcelloFariaDeOliveira.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/9954/1/2014_MarcelloFariaDeOliveira.pdf). Acesso em: 15 abril 2021.

PACCHIONI, Giovanni. **Diritto Civile Italiano**. Parte Seconda: Diritto delle obbligazioni, v, VI: Delitti e Quase Delitti, Padova: CEDAM, 1940. apud SAVI, Sérgio.

Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2009. – 2ª edição

PEYRANO, Jorge W., **Aspectos procesales de la responsabilidad profesional**, in, **Lãs Responsabilidades Profesionales** –, La Plata: LEP, 1992.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/15**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 962, dez. 2015.

PIRES, Cristiane Pedroso. **Distribuição dinâmica do ônus da prova**. 2014.

Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-145626/publico/Mestrado\\_CristianePedrosoPires\\_integral.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-145626/publico/Mestrado_CristianePedrosoPires_integral.pdf). Acesso em: 25 maio 2021.

RIBEIRO, Richard Soares. **Responsabilidade Civil: A indústria do dano moral** – 2015. Disponível em:

<http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1723/Richard%20Soares%20Ribeiro%20-%20Responsabilidade%20civil%20-%20a%20ind%20C3%BAstria%20do%20dano%20moral.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 maio 2021.

RICOEUR, Paul. **Le juste**. 1. ed. Paris: Esprit, 1995 – p. 85.

ROCHA, Cesar Asfor. **A teoria da perda de uma chance e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. In: Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ, Brasília, 2019. Disponível em:

[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/revista\\_doutrina\\_dos\\_30\\_anos.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/revista_doutrina_dos_30_anos.pdf). Acesso em: 10 jul 2021.

SANTOS, Lara Amaro dos. **Probatio Diabólica no CPC/2015**. 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/189941>. Acesso em: 20 maio 2021.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Critérios para fixação da Indenização por Dano Moral**. 2019.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009. – 2ª edição

SCHMIDT, Albano Francisco. **A possibilidade de indenização pela perda de uma chance no direito brasileiro**. 2011. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/21793/a-possibilidade-de-indenizacao-pela-perda-de-uma-chance-no-direito-brasileiro/3>. Acesso em: 20 abril 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro; São Paulo, Editora Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Reparação não pecuniária dos danos morais**. In: FACHIN, L. E.; TEPEDINO, G. (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Brasileiro**. Curitiba: Juriá, 2011. p. 331.

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 149-171.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**, 2ª ed., Santa fé de Bogotá, Temis, 1999, p. 27.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014 – p. 58-70.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. Volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. –Madrid: Marcial Pons, 2008.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. **O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático**. – São Paulo: Revista de Processos, n 195, maio 2011, p. 129.

TEIXEIRA, Amanda Pinheiro Machado; SILVA, Aline Simões de Lemos.

**A importância das provas no Processo Penal**. 2014. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-121/a-importancia-das-provas-no-processopenal/#:~:text=Conceito%20de%20provaProva%2C%20na%20persecu%C3%A7%C3%A3o&text=Destarte%20a%20prova%20%C3%A9%20o,influenciar%20o%20julgamento%20do%20feito>. Acesso em 05 jul 2021.

TRT3. NJ Especial: **Indenização pela perda de uma chance requer prova de perda efetiva de oportunidade real e concreta**. 2017. Disponível em:

<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/nj-especial-indenizacao-pela-perda-de-uma-chance-requer-prova-de-perda-efetiva-de-oportunidade-real-e-concreta-12-01-2017-06-04-acs>. Acesso em: 06 jun 2021.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e - **Manual de Processo Civil: de acordo com o Dec.- lei 242/85**, op.cit., p. 500. *apud* CZARNESKI, Marina Felício dos Santos. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance** – p. 24 – 26 - Brasília, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 14ª Ed. São Paulo> Atlas, 2014 *apud* FARIA DE OLIVEIRA, Marcello. **A teoria da perda de uma chance**. Disponível em:

[https://bdm.unb.br/bitstream/10483/9954/1/2014\\_MarcelloFariaDeOliveira.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/9954/1/2014_MarcelloFariaDeOliveira.pdf)

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, v. II. Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.