



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (UFRJ)
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS (CCJE)
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO (FND)

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: ACEITAÇÃO DE
UMA NOVA ESPÉCIE DE DANO AUTÔNOMO NO DIREITO BRASILEIRO**

CAROLLINE RIBEIRO CHAVES

Rio de Janeiro

2021

CAROLLINE RIBEIRO CHAVES

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: ACEITAÇÃO DE
UMA NOVA ESPÉCIE DE DANO AUTÔNOMO NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor: Marcos Paula.

Orientador: Prof. Marcos de Souza Paula

Rio de Janeiro

2021

Ficha catalográfica

C512	Chaves, Carolline Ribeiro
	Responsabilidade Civil
	Pela Perda de Uma Chance: Aceitação de Uma Nova
	Espécie de Dano Autônomo no Direito Brasileiro/ Carolline Ribeiro Chaves. – Rio de Janeiro, 2021.
	77 f.
	Orientador: Prof.
	Marcos de Souza Paula.
	Trabalho de conclusão
	de curso (graduação) – Universidade Federal do Rio de
	Janeiro, Bacharel em Direito, 2021.
	1. Responsabilidade
	Civil. 2. Perda de Uma Chance. 3. Natureza Jurídica. I.
	Marcos de Souza Paula. II. Título.

Elaborado pelo autor

CAROLLINE RIBEIRO CHAVES

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: ACEITAÇÃO DE UMA NOVA
ESPÉCIE DE DANO AUTÔNOMO NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor: Marcos de Souza Paula.

Rio de Janeiro, 31 de Maio de 2021.

Prof. Marcos de Souza Paula – Universidade Federal do Rio de Janeiro
Orientador

Prof^a Maici Barboza dos Santos Colombo – Universidade de São Paulo
Membro externo

Prof^a Marcella Campinho Vaz – Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Membro externo

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradecer a Deus, que sem sombra de dúvidas olhou meu meu caminho, durante todos esses 5 anos de faculdade, me encheu de luz e me deu saúde e forças e, por vezes, conforto para chegar até aqui.

E como não poderia deixar de ser, gostaria de dirigir esse primeiro agradecimento à minha mãe Paula. Mãe, você é minha inspiração de mulher independente e de sucesso, que carrega o mundo de complicações consigo e mesmo assim não perde a positividade, todos os dias. Que Deus permita que algum dia eu seja metade do que você é. Obrigada por todos os ensinamentos, apoio e dedicação. E também a minha segunda mãe, que na verdade é minha tia Juva. Tia, eu não tenho dúvidas que eu não seria metade do que sou hoje sem você. Obrigada por cuidar de mim, todos os dias, desde sempre. Obrigada por todos os ensinamentos e pelas broncas também, obrigada pela companhia de todos esses anos, por todas as noites que eu não dormi e você não dormia também e vinha me trazer um café e perguntar se eu realmente não iria parar.

Ao meu pai Alexandre por ser um respiro de alívio e felicidade em todos os encontros. Pai, você é calmaria meio a confusão, é o porto seguro que eu sei que vou ter sempre. E ao meu padraсто Fábio, por todo apoio durante a minha caminhada da graduação e por sempre ter acreditado em mim.

Aos meus irmãos Guillia, Thiago, Sophia e Bia. Eu amo vocês, obrigada por me ensinarem tantas coisas novas, obrigada pela companhia do dia-a-dia e pelas brincadeiras e palhaçadas familiares. É um orgulho ter irmãos como vocês. À minha avó Cândida e às minhas tias Luizete e Luiza e tios Portella e Albino que sempre foram peça fundamental na minha educação e são sinônimo de carinho, cuidado e família. Eu também não teria chegado aqui sem vocês.

Ao meu namorado Odylo que me deu forças todas as vezes, escutou todas minhas reclamações, enxugou todas as minhas lágrimas nos dias ruins e me fez sorrir em seguida. Amor, você é essencial e me faz alguém melhor todos os dias. Eu te amo.

E não poderia deixar de agradecer aos pais do Odylo, Christine e João que em acolheram tão bem e junto do meu namorado, me fazem sentir parte da família. Vocês são os melhores que alguém poderia ter. Obrigada por todo apoio, risadas, conversas e cafés.

À Carol, minha melhor amiga de uma vida toda. Amiga, você sem dúvidas é parte da minha história. Obrigada por todos os anos da nossa amizade, por ser minha casa sempre que eu preciso e por sempre está ali pra dizer que tudo vai dar certo.

À essa belíssima Faculdade Nacional de Direito, que me acolheu desde o primeiro dia de forma calorosa e me permitiu uma formação de excelência e de forma gratuita. Aos meus excelentes professores da casa por todo conhecimento passado e dedicação. Em especial ao meus orientadores, professor Marcos de Souza Paula e professora Maici Colombo, vocês sem sombra de dúvidas deixaram todo o percurso da monografia muito mais simples, leve e prazeroso.

Aos meus companheiros de trabalho, que estiveram todos os dias do meu lado e me deram forças pra aguentar o dia-a-dia do trabalho e a intensa carga de estudos necessários para essa reta final de graduação. Luísa Reis, Bruna Carneiro e Leonardo Uchoa, obrigada pela parceria. Vocês são fundamentais, cada um de vocês é um pontinho de felicidade no meu dia.

RESUMO

O presente estudo se propõe a trazer à voga o debate acerca da natureza jurídica do dano pela perda de uma chance. Contudo, para que seja possível chegar ao cerne da discussão aqui proposta, faz-se necessário uma digressão quanto ao instituto da responsabilidade civil, seus pressupostos, bem como uma série de transformações enfrentadas pelo instituto que cominaram no que Anderson Schreiber chamou de “erosão dos filtros” e possibilitaram um cenário de criação de novos danos indenizáveis. Dando sequência, após uma melhor compreensão do cenário atual da responsabilidade civil, passa-se ao estudo da teoria da perda de uma chance, onde serão abordadas as modalidades da teoria, seus pressupostos, bem como sua transição histórica até sua aceitação no país e ainda, as diferenciações necessárias da teoria perante ao dano hipotético e aos lucros cessantes. Consolidado o entendimento sobre a teoria da perda de uma chance, poderemos adentrar no tema central do presente estudo: a natureza jurídica do dano pela perda de uma chance. Nesse ponto, serão apresentados os diferentes posicionamentos doutrinários sobre o tema e como a questão tem sido tratada pelo Superior Tribunal de Justiça. Por fim, esta monografia buscará responder o questionamento que motivou o presente estudo: seria o dano pela perda de uma chance uma nova espécie de dano autônomo no ordenamento brasileiro?

PALAVRA-CHAVE: Responsabilidade Civil; Perda de Uma Chance; Natureza Jurídica; Nexo Causal; Dano Autônomo.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	Acórdãos do período de 1ª de janeiro de 2015 a 1ª de maio de 2021 proferidos pelo STJ em que se encontra o termo “perda de uma chance”	66
----------	---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AVC	Acidente Vascular Cerebral
CC	Código Civil
CD	Compact Disc
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
Dje	Diário da Justiça Eletrônico
Resp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	RESPONSABILIDADE CIVIL: DOS PRESSUPOSTOS ÀS “NOVAS TENDÊNCIAS”	14
2.1	ASPECTOS INICIAIS.....	14
2.1.1	CONCEITO E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONDUCTA, NEXO CAUSAL E O DANO.....	14
2.1.2	O DANO SOB A PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL TRADICIONAL.....	17
2.1.3	DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS “NOVOS PARADIGMAS ¹ ”.....	20
2.1.4	DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NOVOS DANOS.....	24
3	RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE	29
3.1	NOÇÕES INICIAIS E CONCEITUAÇÃO DA TEORIA.....	29
3.2	MODALIDADES DA TEORIA.....	32
3.3	SÍNTESE HISTÓRICA: DA ORIGEM À ACEITAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL.....	34
3.4	PRESSUPOSTO DE APLICAÇÃO DA TEORIA: A CHANCE SÉRIA E REAL	41
3.5	DIFERENCIAÇÕES NECESSÁRIAS.....	44
3.5.1	PERDA DE UMA CHANCE VS. DANO HIPOTÉTICO:.....	44
3.5.2	PERDA DE UMA CHANCE VS. LUCROS CESSANTES:.....	46
4	DEBATE EM ABERTO: A NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE	50

4.1	DA DIFICULDADE DO ENQUADRAMENTO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE À RESPONSABILIDADE CIVIL TRADICIONAL.....	50
4.1.1	DA MODALIDADE CLÁSSICA: A IMPOSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO DO NEXO CAUSAL E DO DANO FINAL.....	51
4.1.2	DA MODALIDADE DE EVITAR PREJUÍZO: A PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA E A DIFICULDADE DE DEFINIÇÃO DO NEXO CAUSAL.....	53
4.2	DA NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE: UM DEBATE ENTRE A DOUTRINA ESPECIALIZADA NO TEMA DE PETEFFI E NORONHA.....	55
4.2.1	DO POSICIONAMENTO DE RAFAEL PETEFFI: DA NATUREZA JURÍDICA DÚPLICE DO DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE.....	56
4.2.2	DO POSICIONAMENTO DE FERNANDO NORONHA: DA NATUREZA JURÍDICA EXCLUSIVAMENTE AUTÔNOMA DO DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE.....	59
4.2.3	DA DIVERGÊNCIA DE CARNAÚBA: A PERDA DE UMA CHANCE COMO MÉTODO DECISÓRIO.....	60
4.2.4	DAS DEMAIS POSSIBILIDADES DE NATUREZA JURÍDICA TRAZIDAS PELA DOUTRINA MINORITÁRIA.....	62
4.2.5	DA PERDA DE UMA CHANCE COMO ESPÉCIE DE LUCROS CESSANTES	62
4.2.6	DA PERDA DE UMA CHANCE COMO ESPÉCIE DE DANO EMERGENTE	64
4.2.7	DA PERDA DE UMA CHANCE COMO EXPRESSÃO DO DANO MORAL....	65
4.3	DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	66

CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

Um corredor se vê impossibilitado de sagrar-se campeão pois é segurado por terceiro no meio da pista; um acionista perde oportunidade de lucro pois teve suas ações, vendidas em momento inoportuno, por terceiro e sem seu aval; uma criança perde a possibilidade de ser adotada pois não teve seu nome incluso no cadastro de adoção; um participante vê frustrada sua possibilidade de vir a ser milionário em um programa de perguntas e respostas pois nenhuma das respostas da questão final é a correta; um doente tem suas chances de cura e sobrevida drasticamente reduzidas por não receber o tratamento e diagnóstico adequado. O que todas essas situações têm em comum? Uma expectativa de cada um desses indivíduos, traduzidas em chances sérias e reais, uma ação ilícita e culposa de terceiro, que resulta em um dano sofrido e a impossibilidade de se estabelecer, sobre os moldes tradicionais da responsabilidade civil, a responsabilização do terceiro: seja pela incerteza quanto ao dano final; seja pela impossibilidade de se comprovar o nexo causal.

É buscando a tutela desses interesses, que surge em 1889 na França, a teoria da perda de uma chance, que objetiva a criação de mecanismos capazes de possibilitar a reparação, nas hipóteses em que a conduta de determinado agente faz cessar oportunidade séria e real (chance), existente na esfera jurídica da vítima, impedindo essa de obter para si vantagem futura ou de não incorrer em prejuízo. Em que pese seu secular surgimento, a aceitação da teoria no país é recente e remonta aos anos 2000, de modo que muito ainda se debate sobre a natureza jurídica do dano pela perda de uma chance. É sobre tal debate que se debruçará o presente estudo, que se dividirá em três capítulos.

Inicialmente, o primeiro capítulo tratará sobre o instituto da responsabilidade civil. Será feita uma digressão quanto à conceituação, seus pressupostos a saber: a conduta, o nexo causal e o dano. Na sequência serão estudados o dano material e o dano moral, danos esses presentes na responsabilidade civil tradicional e de forma a concluir o capítulo serão apresentados os novos paradigmas da responsabilidade civil, que a cada dia que passa reconhece a insuficiência da responsabilidade civil tradicional, e se adapta para buscar a tutela mais precisa dos interesses dos indivíduos. Nesse ponto, será exposta a atual “erosão dos filtros” da responsabilidade civil que possibilitou a criação de novos danos que objetivam preencher as lacunas da responsabilidade civil tradicional, como é o caso do dano pela perda de uma chance e tantos outros já admitidos pelo ordenamento.

Dando sequência, no segundo capítulo desta monografia, será estudado de forma pormenorizada a teoria da perda de uma chance. O capítulo se prestará a apresentar a conceituação da teoria e suas modalidades, a saber: a modalidade clássica e a modalidade de evitar prejuízo, destacando a necessidade de diferenciação entre elas tendo em vista que a primeira diz respeito aos casos de perda de uma chance em que o dano final não é conhecido, enquanto a segunda trata sobre os casos em que o dano final é conhecido contudo não há certeza quanto ao nexo causal. Ainda, será trazido a voga os pressupostos de aplicação da teoria, sendo eles: a chance real e séria. Por fim, serão realizadas diferenciações necessárias entre a teoria da perda de uma chance, o dano hipotético e os lucros cessantes.

Transcorrido o estudo da teoria será possível tratar sobre o tema central da monografia: a natureza jurídica da perda de uma chance. O terceiro capítulo trará o debate em aberto sobre a natureza jurídica do dano pela perda de uma chance. Serão apresentados os posicionamentos do Professor Rafael Peteffi, que milita pela natureza dúplice do dano pela perda de uma chance: ora como dano autônomo, nos casos da modalidade clássica; ora como causa parcial do dano, nos casos da modalidade de evitar prejuízo. Bem como o entendimento do Professor Fernando Noronha, que diferentemente de Peteffi, acredita que o dano pela perda de uma chance sempre possuirá natureza autônoma. E ainda, a doutrina de Daniel Carnáuba para quem a teoria da perda de uma chance deverá ser considerada como mera técnica decisória.

Dando continuidade, o capítulo ainda apresentará as posições minoritárias, da doutrina não especializada no tema, que apresentam a natureza jurídica do dano pela perda de uma chance com três possibilidades de natureza diferentes, sejam elas: (i) natureza jurídica de lucros cessantes, (ii) de dano emergente e (iii) de dano moral. Ainda, diante do cenário de grande divergência apresentado pela doutrina, será analisado, através de uma breve pesquisa jurisprudencial, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça de modo que possa se verificar como o debate tem se traduzido na prática.

Por fim, e de forma conclusiva, o presente trabalho buscará responder o questionamento motivador desta pesquisa: seria o dano pela perda de uma chance uma nova espécie de dano autônomo no ordenamento brasileiro?

2 RESPONSABILIDADE CIVIL: DOS PRESSUPOSTOS ÀS “NOVAS TENDÊNCIAS”

2.1 ASPECTOS INICIAIS

Introdutoriamente, para que seja possível a total compreensão do processo evolutivo do instituto da responsabilidade civil e suas “novas tendências”², faz-se necessária o estudo prévio do conceito do instituto, seus pressupostos basilares – conduta, nexos causal e dano, além das teorias clássicas, que ilustravam, até a atualidade, a aplicação da responsabilidade civil no direito brasileiro. Feito isso, pode-se partir para a análise das mudanças que levaram a criação de uma nova visão do instituto levando ao que Anderson Schreiber chamou de “a erosão dos filtros tradicionais”³.

2.1.1 CONCEITO E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONDUCTA, NEXO CAUSAL E O DANO.

A vida em sociedade, por si só, implica na relação social entre os indivíduos. Essas relações nem sempre são balanceadas e por vezes provocam conflitos, indiscutível, porém que nem todo tipo de conflito humano gera prejuízos indenizáveis. O direito dos danos, por si só, surge então para tutelar essas relações em sociedade, lhe cabendo a função de discriminar as situações onde o prejuízo causado a outrem não poderia passar despercebido, irreparável. Feito isso criou-se a necessidade de padronizar em quais casos deveria existir um dever de reparação à vítima e em quais tal tutela jurisdicional não seria necessária.

Para Sérgio Cavalieri Filho, o dever de reparação surge no momento em que há um “dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”;⁴ esse dano se traduz pelo desrespeito de conduta positivada pelo ordenamento jurídico. Assim, a partir da ocorrência de uma conduta ilícita, de desrespeito ao ordenamento, que gera prejuízo a terceiro, inicia-se o dever de se indenizar o dano promovido. Logo, a responsabilidade civil decorreria desse dever sucessivo de reparação do prejuízo causado⁵.

²SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, 5 ed, São Paulo: Atlas, 2013. PÁGINA?

³ Op.cit, p. 11-12.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.2

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.2

Nesse contexto, alguns exemplos podem melhor ilustrar as situações não indenizáveis e as indenizáveis por força da responsabilidade civil. Fábio Ulhoa constrói uma boa situação em que existe prejuízo, contudo, este não importa em um dever de indenizar, chamado de externalidade, pelo autor. A concorrência legítima entre dois empresários leva à redução no número de clientes de um deles, como consequência tem-se então a redução da margem de lucro, sem que haja com tanto o dever de reparação por parte do empresário que gerou a queda de faturamento ao empresário prejudicado⁶. No caso em comento, desde que não sejam realizadas práticas de concorrência desleal, não haverá ato ilícito que justifique o dever de ressarcimento.

Imagine, contudo, a situação em que uma pessoa é atropelada vindo a ter parte de seu corpo amputada, em virtude do descuido do motorista que ao perder o controle do veículo, sobe na calçada na qual o pedestre estava. Nessa hipótese, houve a violação do dever de cautela/cuidado que nós é imposto pelo Direito.⁷ O ato ilícito é caracterizado pela conduta culposa que pode ser traduzida como o comportamento imprudente ou negligente, nesse caso, do condutor do veículo, responsável por ocasionar dano ao pedestre, sendo certo ainda que por força do art. 927 do Código Civil⁸, tal dano deve ser reparado.

Assim, a vítima do caso em comento terá o direito de reparação pelos danos que lhe foram causados, sejam esses de caráter estético (afetam diretamente sua integridade física), moral (violam sua dignidade) ou material (danos caracterizados pelo valor monetário despendido com o prejuízo). Em um novo exemplo, Fábio Ulhoa Corrêa descreve a situação de uma pessoa que ao chegar ao cinema para assistir um filme se vê impedida pois não restam lugares disponíveis tendo em vista que todos os ingressos disponíveis já foram vendidos⁹. Mais uma vez, tal prejuízo não poderá ser ressarcido, uma vez que o prestador do serviço não foi responsável pelo ocorrido. Trata-se de mero desconforto decorrente do cotidiano moderno não sendo possível enquadrá-lo na seara da responsabilidade civil¹⁰.

Dessa forma, vê-se que não é qualquer situação de dano causado a outrem que constituirá em dever de reparação. Tal prejuízo deve decorrer da quebra de um dever

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 264

⁷ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 32

⁸ Art. 927, CC/02 : Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁹ COELHO, Fábio, 2010, p. 264

¹⁰ COELHO, Fábio, 2010, p. 265

amparado pelo ordenamento jurídico¹¹. É a “conduta voluntária violadora de um dever jurídico”¹² que constitui pressuposto da responsabilidade civil e cria o dever de reparação da vítima pelo ofensor¹³.

Desta forma, a responsabilidade civil, nos moldes tradicionais¹⁴, deve se ater a três pressupostos básicos. São eles: a conduta humana, o nexo causal e o dano. O primeiro elemento diz respeito à conduta humana responsável por causar o dano a terceiro. Ressalta-se que para que haja dever de reparação tal conduta deve ser (i) voluntária e (ii) ilícita (contrária ao direito), essa podendo ser derivada de ação ou omissão¹⁵. Dito isso, faz-se necessária uma breve distinção entre os conceitos de antijuridicidade e ilicitude da conduta, diferenciação tal que ganhará maior relevância ao realizarmos a análise dos tipos de responsabilidade civil: objetiva e subjetiva.

Primeiramente, a conduta antijurídica pode ser definida como uma “objetiva violação a um dever de comportamento”¹⁶. Ou seja, é a ação humana que viola as normas jurídicas ou um direito de outrem¹⁷. Já a conduta ilícita é composta pela antijuridicidade somada à culpabilidade, nas palavras de Schreiber: “para haver ilicitude não basta um fato antijurídico faz-se necessário também uma atuação negligente, imprudente, de qualquer modo descuidada ou maliciosa.”¹⁸

Isso posto, tem-se que aquele que viola dever jurídico ou direito de terceiro pratica ato antijurídico – contrário ao direito – mas nem por isso, comete ato ilícito. Já a ilicitude pressupõe o agir com culpa, sem a mesma a responsabilidade subjetiva não se impõe.¹⁹ Dessa forma, uma pessoa será considerada culpada “quando poderia e deveria ter agido em conformidade com a prescrição legal”, contudo opta por não fazê-lo²⁰. Assim, a conduta ilícita é conduta reprovável, aos olhos do direito, pois deveria ter sido evitada pelo ofensor. É

¹¹ Ressalta-se que não há uma necessidade de que tal dever esteja previsto, expressamente, na legislação, tendo em vista que nosso direito é baseado em princípios, acepções que buscam abarcar o máximo de direitos e tutelá-los, como melhor tratado adiante.

¹² CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13

¹³ COELHO, Fábio, 2010, p. 265

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: responsabilidade civil, vol. 3, 2.ed, Salvador. Ed. JusPodivm, 2015, p. 161.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 17

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, 5 ed, São Paulo: Atlas, 2013, p. 161.

¹⁷ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 365.

¹⁸ SCHREIBER, 2013, p. 161.

¹⁹ SCHREIBER, 2013, p. 161

²⁰ NORONHA, 2013, p. 365

esse o conceito de ilicitude que se encontra previsto nos artigos 186 e 187 do código civil²¹, sendo que o conceito base para a obrigação de reparar o dano positivada pelo caput do art. 927 do citado diploma²².

Dando seguimento, necessário destacar que o conceito de ilicitude somente encontra sentido se empregado em sede de responsabilidade subjetiva onde faz-se necessária a presença da culpa para que seja imputado o dever de reparação. É na responsabilidade subjetiva que se observa a existência ou não de conduta evitável, vedada pelo ordenamento. Por outro lado, quanto a responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do art. 927²³, somente o aspecto da antijuridicidade da conduta é levada em conta, não importando a existência ou não de culpa uma vez que a violação de normas jurídicas ou do direito de outrem, mesmo que não importe ato ilícito, por ausência de culpabilidade, importa em uma conduta antijurídica²⁴. Isso é: não importa ao direito se o ofensor poderia, ou não ter adotado postura diversa.

Para Fábio Ulhoa Coelho, ocorre que nem mesmo a antijuridicidade da conduta importa na seara da responsabilidade civil objetiva uma vez que diferentemente da responsabilidade subjetiva essa não se propõe a desestimular a prática ilícita. Assim, para o autor as situações de responsabilidade civil objetiva, mesmo em casos de conduta conforme ao direito, sempre haverá a obrigação de reparação do dano²⁵.

No mais, para além da conduta – ilícita ou antijurídica –, deve se averiguar a existência de nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano causado à vítima. Assim, só poderá se falar em responsabilidade quando o prejuízo, em concreto, decorrer de ação praticada pelo ofensor. Sem este segundo pressuposto essencial, da “responsabilidade civil tradicional”, não existirá obrigação de reparação do dano. Para confirmar sua ocorrência, faz-se necessário exame sobre a “aptidão da atividade para a produção do dano”, verificando se existe vínculo de causalidade entre a conduta e o dano²⁶.

²¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 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.

²² Art. 927 CC/02 : Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

²³ Art. 927 § único CC/02 : 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.

²⁴ SCHREIBER, 2013, p. 160.

²⁵ COELHO, Fábio, 2010, p. 276/277.

²⁶ SCHREIBER, 2013, p. 91-92.

O terceiro e último – imprescindível – pressuposto da responsabilidade civil tradicional é o dano, sendo este “fato determinante do dever de indenizar”²⁷. Cabe destacar aqui por fim a importância de se verificar, concretamente, a ocorrência do dano, tendo em vista que é a partir deste que surge o dever de indenizar e sem o qual o mesmo não será possível. Cavalieri Filho define dano como “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, imagem, liberdade, etc.”²⁸.

Esmiuçando o referido conceito define-se que os bens jurídicos, por sua vez, são aqueles os quais o direito atribui valoração, tal como a vida, honra, liberdade, integridade entre outros destacados extensamente pela Constituição Federal, contudo não se limitando somente a esses. Pode-se dizer que são aqueles que diante de determinado contexto político, histórico ou social adquiriram importância aos olhos do direito brasileiro sendo por ele tutelados²⁹.

2.1.2 O DANO SOB A PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL TRADICIONAL

Os danos tradicionalmente afirmados na doutrina e consolidados pela jurisprudência são o dano material e o dano moral individual. O primeiro se traduz, basicamente, com a redução do patrimônio da vítima e pode ser entendido como o conjunto de relações jurídicas de caráter econômico, seja pelo dano emergente (patrimônio atual) seja pelo lucro cessante (patrimônio futuro).

O dano emergente pode ser caracterizado como aquele em que representa a imediata redução de patrimônio sofrida pela vítima em razão de ato ilícito provocado por terceiro³⁰. Sobre o conceito de lucros cessantes, Sérgio Cavalieri Filho assevera que o mesmo consiste “na perda do ganho esperável na frustração da expectativa de lucros, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”³¹. Dessa forma, pode-se dizer que os lucros cessantes têm como característica o interesse futuro, uma vez que dizem respeito ao bem que ainda não se possui

²⁷ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73

²⁸ Ibidem

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 80.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 2, cit., pp. 328-330.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2009, p. 72.

no momento do prejuízo³², é aquilo que nos termos do Código Civil de 2002, representa o que “razoavelmente se deixou de lucrar” em decorrência do dano.

O estudo e compreensão do dano moral mostra-se desafiador tendo em vista a inexistência de uma conceituação unânime na doutrina e jurisprudência e quiçá uma unificação sobre quais direitos/interesses encontraram-se na alçada do dano moral. Dessa forma, necessário trazer a voga o entendimento dos principais doutrinadores do tema, no direito brasileiro, para que assim, após longos estudos, em um futuro próximo, possamos exprimir nosso próprio entendimento.

Para Fábio Ulhoa Coelho, o dano moral caracteriza-se pela dor experimentada pela vítima decorrente do ato ilícito: seja através do falecimento de um ente querido em um acidente automobilístico, seja pela publicação de notícia falaciosa em determinado meio de comunicação. Ulhoa defende que nos casos como os citados e em outra infinitude em que seja ocasionada dor inestimável à vítima do dano, haverá necessidade de compensação da dor sentida por meio de contraprestação pecuniária³³. No mesmo sentido, José de Aguiar Dias define dano moral como as “dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão”³⁴, reforçando que este não se trata do interesse lesado em si mas sim decorre da lesão a esse interesse³⁵.

Cavaliere Filho, por sua vez, analisa o dano moral sob enfoques distintos: o dano moral em sentido estrito, citado pelo autor como aquele que constitui violação à dignidade humana, e o dano moral em sentido amplo, que seria responsável pelos demais direitos da personalidade. O dano moral em sentido estrito por exemplo, pode ser caracterizado como ato de violação à dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88)³⁶, de ofensa à liberdade, ao nome, à intimidade, à honra, à privacidade e nos casos que acarretarem dor, humilhação ou sofrimento intensos. Já no dano moral em sentido amplo, temos a tutela das demais espécies de direitos, não abraçados pelo princípio da dignidade, tidos pelo autor como os novos direitos à personalidade tais quais imagem, sentimentos, relações afetivas, reputação, direitos autorais e

³² GONDIM, 2013, p.128.

³³ COELHO, 2010, p. 264.

³⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1006

³⁵ DIAS, José de Aguiar, 2006, p.992.

³⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

outros. Tendo em vista que tais danos configuram ofensas às dimensões individuais ou sociais da pessoa, sem necessariamente atingir sua dignidade humana.³⁷

Já Anderson Schreiber busca desvincular a imediata associação entre o dano moral e as consequências emocionais advindas de sua violação, defendendo que a análise do dano moral deve se dá de forma objetiva, com a confirmação, em concreto da violação ao bem jurídico tutelável e não tendo como base a percepção subjetiva do sofrimento da vítima. O autor ainda considera que o princípio da dignidade humana não se limita ao citado acima, mas abarca também todos os interesses ligados à personalidade³⁸. No mais, assevera Schreiber que a alteração constante da realidade social impossibilita a redução do conceito de dignidade humana a um rol meramente taxativo de direitos da personalidade³⁹. Nesse mesmo sentido temos o entendimento de Gustavo Tepedino, que também defende que as esparsas previsões constitucionais de tutela ao direito da personalidade não são capazes de compreender todas as possíveis manifestações deste complexo direito⁴⁰.

Nesse sentido, a conceituação de dano moral dissociada do aspecto subjetivo – traduzido pela dor da vítima - confere uma maior proteção aos direitos da personalidade. Tendo em vista que permite, por consequência, uma ampliação da tutela de direitos abrangendo também as pessoas jurídicas⁴¹ - com as devidas alterações, é claro - e aqueles destituídos de capacidade, de quantificar o quão a fundo se deu a violação de seu interesse. Dessa forma, a concreta violação de um direito à personalidade (que certamente é uma lesão a um bem jurídico), mesmo que não acompanhada de dor e sofrimento que deste se esperaria, ensejaria a reparação por dano moral⁴².

Nesse sentido, buscando mitigar a possibilidade de que violações aos direitos tutelados, não fossem reparados pelo ordenamento, ante ao atual caráter subjetivo do dano moral, Anderson Schreiber, defende a retomada do conceito de dano genérico como “lesão a um interesse juridicamente tutelado”. Dessa forma, para o autor, a análise da existência – ou não

³⁷ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 84

³⁸ SCHREIBER, 2013, p. 83.

³⁹ Op.cit, p. 125.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.37.

⁴¹“A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. BRASIL, Súmula n ° 227 do Superior Tribunal de Justiça.

⁴² CAVALIERI FILHO, 2010, p. 83

– do dano moral deveria focar em verificar a existência de interesse lesado (por exemplo, imagem) e não nas consequências dessa lesão (dor)⁴³.

Em que pese a dificuldade de conceituação, é inegável que o dano moral se fortaleceu, cada vez mais, após a Constituição de 1988. A indenização, não há muito negada sob o argumento de impossibilidade de estimação da ofensa moral, agora é totalmente aceita pela doutrina e jurisprudência.

A título de destaque cabe citar alguns dos danos extrapatrimoniais outrora renegados, como o dano à imagem, hoje amplamente reconhecido e cuja inviolabilidade é positivada pela Constituição em seu art. 5º, incisos X e XXVIII.⁴⁴ Na mesma linha, o dano à privacidade, anteriormente inconcebível, é reconhecido atualmente pela jurisprudência como modalidade autônoma de dano ressarcível⁴⁵. Nessa seara temos também o chamado dano estético, considerado como espécie autônoma de dano pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, mesmo sem expressa previsão legal em nosso ordenamento jurídico.

Certo, porém, que a evolução não para por aí, novos danos estão sendo reconhecidos pela doutrina, criando novas discussões sobre suas possíveis naturezas jurídicas (dano autônomo ou subespécie de dano moral). O presente trabalho pretende, nas seções que se seguem, trazer tais discussões e, por fim, priorizar o estudo de um novo tipo de dano específico, o dano pela perda de uma chance.

2.1.3 DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS “NOVOS PARADIGMAS”⁴⁷,”

Por longos anos, o instituto da responsabilidade civil – através de seus pressupostos, sem os quais descaberia falar em reparação- acabou por impor uma série de entraves ao ressarcimento da vítima. A necessidade de se verificar a existência de culpa do agente causador do dano, a existência de nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano e ainda a demonstração concreta do dano sofrido surgiram como pressupostos a toda e qualquer

⁴³ SCHREIBER, 2013, p. 108

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 108-110.

⁴⁵ SCHREIBER, 2013, p. 91

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: REsp n.º 84.752/RJ, Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 21/02/2000, Terceira Turma; REsp n.º 327.210/MG, Relator: Ministro Barros Monteiro, Data de Julgamento: 04/11/2004, Quarta Turma; REsp n.º 401.124/BA, Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Data de Julgamento: 05/10/2004, Terceira Turma.

⁴⁷ SCHREIBER, 2013. PÁGINA? NOTA EM TÍTULO FICA UM POUCO ESTRANHO...

responsabilidade civil, criando empecilhos teóricos para que se fosse alcançado o ressarcimento pretendido pelo instituto e pelo maior interessado, a vítima.

Desta forma, objetivando, cada vez mais assegurar ao ofendido a tutela de seus direitos, de forma mais efetiva, deu-se início ao processo de relativização dos pressupostos da responsabilidade civil. Tal mudança inicia-se com a revolução industrial, momento em que o paradigma reparatório, trazido pelo instituto, começa a se mostrar insuficiente⁴⁸.

A insuficiência da responsabilidade subjetiva – que requer a comprovação da culpabilidade do agente causador – no amparo do ofendido tornou-se nítida com a revolução industrial. A dificuldade, dos trabalhadores, em comprovar a culpa decorria do próprio desequilíbrio das relações sociais, somando-se ainda com a inovação representada pelas máquinas que muitas das vezes causavam os danos e a falta de conhecimento dos operários quanto ao risco que esse novo ambiente de trabalho oferecia praticamente impossibilitava a prova da culpa do agente ofensor quanto a causação do dano⁴⁹.

É em meio a esse cenário que a doutrina civilista se mobiliza para a criação de parâmetros que objetivaram caracterizar a culpa do agente ofensor, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova, de forma a combater as provas diabólicas, uma vez que a culpa se tornava, cada vez mais, impossível de provar.⁵⁰ Contudo, mesmo com tal advento, em uma série de casos, nos quais não se conseguia atribuir uma conduta culposa/dolosa ao agente, restava-se prejudicado a tutela do direito do ofendido de obter reparação cabível, justa.

Era essa a situação enfrentada, por exemplo, por uma série de vítimas de acidentes ferroviários em decorrência de falha do transporte, além das ofendidas pelos incêndios decorrentes de fagulhas produzidas por locomotivas e outra série de situações no século XIX. Nesses casos, não era possível imputar ao transportador o dever de indenizar o dano causado, por não se verificar qualquer conduta a ele imputável⁵¹.

⁴⁸ Para maiores detalhes sobre a transação consultar: LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 141

⁵⁰ Nesse sentido, esclarece Rui Stoco : “ Em determinadas circunstâncias é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma ideia tipicamente assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima.” STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997,p.65.

⁵¹ COELHO, 2010, p. 274.

Desta forma, frente às novas demandas e impulsionados pela busca de solidariedade social, a doutrina se viu pressionada a criar um elemento que capacitasse a responsabilidade civil de forma que essa conseguisse suprir as lacunas do direito, cada dia mais aparentes. É nesse cenário que se cria a chamada responsabilidade civil objetiva, que independe da culpa, uma vez que pressupõe a “mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente” para justificar a responsabilização do agente causador do dano.⁵² Atinge-se, assim, a tão requisitada tutela dos danos que ficavam à margem do instituto pela ausência de comprovação da culpa do ofensor.

A flexibilização da culpa, ocorrida durante o período da revolução industrial, é somente um dos primeiros exemplos de mudança do comportamento do instituto da responsabilidade civil, que inicia seu desapego aos pressupostos em prol do objetivo de uma tutela completa dos interesses do ofendido⁵³.

Nessa linha, o pressuposto do nexo causal também se vê obrigado a passar por uma série de transformações, flexibilizações. Tal requisito, caracterizado pela relação de existência entre o dano e o ato que lhe deu causa, se viu alterado por uma série de teorias que reconfiguraram a causalidade, criando situações onde a essa pode ser adequada, direta, alternativa, concorrente, parcial entre outras. Essas teorias flexibilizaram o liame que deveria existir entre o ato ilícito e o dano sofrido pela vítima, reconhecendo atualmente até mesmo situações em que o dever de indenizar independe do nexo de causalidade⁵⁴.

Tais flexibilizações de paradigmas foram responsáveis por dar fluidez ao instituto, permitindo que o mesmo se adaptasse para preencher as lacunas existentes na tutela dos direitos de forma a cumprir com a função precípua da responsabilidade civil, a reparação da vítima. Assim, a responsabilidade civil passa a ter cada vez mais um viés social⁵⁵, objetivando

⁵² CAVALIERI FILHO, 2010, p. 11

⁵³ LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 113-115.

⁵⁴ “Situação que também emerge como exemplar é a imputação sem nexo de causalidade na responsabilidade por danos. Não raro se vê a reafirmação tradicional do nexo de causalidade na responsabilidade, o que, de todo correta, pode não ser, em determinados casos, o mais justo concretamente para a vítima. Quando assim, a direção pode indicar a renovação do conceito de causa, e especialmente do nexo causal. A imputabilidade tem no centro a preocupação com a vítima; a imputação é a operação jurídica aplicada à reconstrução do nexo. Da complexidade e da incerteza nascem fatores inerentes à responsabilização por danos. É de alteridade e de justiça social que deve se inebriar o nexo de causalidade, atento à formação das circunstâncias danosas”. FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 86

⁵⁵ Nesse sentido Maria Celina Bodin de Moraes elucida, “A transformação da responsabilidade civil em direção à objetivação corresponde a uma mudança sociocultural de significativa relevância que continua a influenciar o direito civil neste início de século. Ela traduz a passagem do modelo individualista- liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do Código de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se

a reparação dos danos injustos, saindo do foco de sua antiga preocupação de punir a conduta culposa do ofensor e voltando sua atenção para a proteção da vítima.

Como já visto, a responsabilidade civil precisou se adaptar às novas demandas da sociedade e ao novo mundo globalizado onde muitas vezes as causas não são conhecidas e os efeitos não são visíveis de imediato, o que traz uma série de barreiras à verificação da relação de causa e causalidade inicialmente exigida pelo instituto da responsabilidade civil⁵⁶. A postura atual é, por certo, a de busca, cada vez mais, pela tutela dos direitos da vítima.

Esse novo olhar da responsabilidade civil, seja no que concerne à culpa, nexos causal ou dano, decorre da busca da doutrina por uma reparação cada vez mais efetiva tidos danos injustos⁵⁷. Anderson Schreiber precisamente denomina tal fenômeno da “erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil”⁵⁸. O autor, com tal expressão, deseja indicar que atualmente os requisitos da responsabilidade civil vêm se fluidificando, isto é, perdendo sua força de “pressuposto indispensável”. Esses filtros, segundo o autor, seriam somente responsáveis por indicar quais interesses deveriam ser tutelados pelo ordenamento.

O intuito é diminuir ao máximo os possíveis danos não reparáveis, que acabavam por criar lacunas no ordenamento e se tornavam danos injustos⁵⁹. Começa a surgir então uma tendência de expansão quanto ao rol de danos ressarcíveis, que não se limitam mais tão somente ao dano moral e material. Nesse contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à responsabilidade pelo dever de indenizar (nexo causal e culpa) perdem centralidade em decorrência da ascensão da importância do dano, que passa a representar o objeto e a *ratio* da reparação⁶⁰.

É em meio a um ordenamento marcado pelas transformações da responsabilidade civil, como a criação da responsabilidade objetiva, as várias formas de flexibilização do nexo de causalidade e a crescente ideologia solidarista do instituto que se faz possível uma

à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado.” BODIN DE MORAES, Maria Celina, *Risco, solidariedade e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, cit., p.857.

⁵⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 113-115.

⁵⁷ NORONHA, Fernando, 2013, p. 540.

⁵⁸ SCHREIBER, 2013. PÁGINA?

⁵⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 540.

⁶⁰ SCHREIBER, 2013, p. 96.

reformulação do dano, atual elemento essencial da responsabilidade civil e com surgimento até mesmo de novas espécies⁶¹.

2.1.4 DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NOVOS DANOS

Evidente que as “novas tendências”⁶² adotadas pelas responsabilidades civis (com a flexibilização dos pressupostos e ampliação dos interesses tuteláveis) levaram à ampliação do reconhecimento de novas espécies de danos indenizáveis. Certo também que tal ampliação foi favorecida pela própria natureza do ordenamento jurídico brasileiro, atípico. Dizer que um ordenamento é atípico significa dizer que o mesmo é composto por interesses tuteláveis discriminados em rol não taxativo. Nas palavras de Anderson Schreiber:

[...] nos ordenamentos típicos, o legislador limita o dano ressarcível a certos interesses previamente indicados, restringindo a atuação judicial a um campo determinado. Nos ordenamentos atípicos, ao contrário, o legislador prevê tão somente cláusulas gerais, que deixam ao Poder Judiciário ampla margem de avaliação no que tange ao merecimento de tutela do interesse alegadamente lesado. Nesta esteira, diz-se típico, originariamente, o ordenamento alemão, em que o ressarcimento de danos vem assegurado apenas em face da lesão a interesses tipificados em lei, como a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade e a propriedade. É atípico, por outro lado, o ordenamento brasileiro, em que o legislador não indica os interesses cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos materiais ou morais.⁶³

Assim, apesar de existir uma série de interesses expressamente previstos na Constituição e nos demais sistemas infraconstitucionais do nosso ordenamento, a adoção do princípio da dignidade humana como princípio fundamental constitucional expandiu os limites dos interesses tuteláveis. Dessa forma, ante a amplitude e força do princípio da dignidade humana, torna-se comum o reconhecimento da tutela de direitos não expressos no ordenamento, tendo em vista a quantidade quase enumerável dos mesmos, uma vez que o mesmo é valor fundamental, que visa assegurar à proteção a todos os interesses existenciais inerentes à pessoa humana⁶⁴.

⁶¹ Op. Cit. PÁGINA?

⁶² SCHREIBER, 2013, p.98.

⁶³ SCHREIBER, 2013, p. 102

⁶⁴ Renunciando a uma proteção casuística, nas palavras de Gustavo Tepedino “A rigor, as previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular.” *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional*, in *Temas de Direito Civil*, cit., p. 37

A título de ilustração podemos falar de uma série de novos danos atualmente reconhecidos. O dano à privacidade, hoje amplamente indenizável era inconcebível, até 1980, como modalidade autônoma de dano ressarcível. Nos dias atuais, por outro lado, a privacidade é amplamente reconhecida pela jurisprudência como direito passível de tutela, tendo as cortes fixado indenizações objetivando remediar a lesão ao mesmo, como por exemplo nos diversos casos de divulgação de fotos da vítima de forma não autorizada⁶⁵.

A privacidade é apenas um dos muitos exemplos. Nessa linha, a doutrina e jurisprudência já consideravam, antes mesmo até de maiores previsões normativas, como danos indenizáveis uma série de lesões que há não muito tempo, antes dos anos 80, eram situados no terreno das fatalidades, aborrecimentos e ônus do dia a dia em sociedade. De fato, além do mencionado dano à privacidade ainda podemos citar como danos, plenamente reconhecidos no país, o dano à imagem, o dano estético e o dano à integridade psicofísica⁶⁶.

Nesse panorama de transformações, fica claro que o instituto da responsabilidade civil se expandiu de forma a possibilitar o ressarcimento de novos tipos de danos com o objetivo de evitar os ditos “danos injustos”. Nesse sentido Anderson Schreiber elucida sobre a impossibilidade de se restringir o instituto aos danos normatizados: “a limitação da ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei mostra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea” em razão “da multiplicação desconcertante de novas situações e expectativas que caracteriza a sociedade atual”⁶⁷.

É meio a esse cenário de expansão das possibilidades indenizatórias e de “novos paradigmas” da responsabilidade civil que vemos emergir os chamados novos danos e entre eles o dano pela perda de uma chance, o qual será foco do presente estudo. Contudo, primeiramente é necessária uma digressão geral quanto ao cenário de criação desses novos danos. Passemos a ela.

Ao nos voltarmos para o art. 186 do Código Civil, o dano é mencionado como característica chave da responsabilidade civil, pressuposto desta, sendo parte do ato ilícito que gera o dever de indenização imposta ao autor do dano à vítima. Relembra-se ainda que tradicionalmente, o dano, em criação, não poderia ser confundido com prejuízo material, com

⁶⁵ Nesse sentido : Resp nº 1.445.240/ SP, AREsp nº 1368331/DF, AResp nº 1.053.86/SP.

⁶⁶ SCHREIBER, 2013, p. 88, ver entre outros Resp nº 182.977/PR, 207.165/SP, 595.388/RJ, 327.210/MG, 401.124/BA.

⁶⁷ Op.cit, p. 124

lesões fáticas, uma vez que havia lesões lícitas positivadas pelo próprio ordenamento jurídico⁶⁸.

Dessa forma, a doutrina por muitos anos vinculou a noção de dano à de ilicitude de conduta, culposa, o que por consequência levou à equivocada conceituação de dano como aquele decorrente de todo prejuízo causado por ato ilícito advindo de conduta culposa ou dolosa. Tal conceituação se mostrou suficiente na seara do dano patrimonial, contudo, não foi preciso muito para que se evidenciasse sua insuficiência frente ao dano extrapatrimonial.⁶⁹

Como já visto, diversas situações impunham a necessidade de reparação tanto no âmbito patrimonial quanto extrapatrimonial, sendo certo ainda que dá ilicitude da conduta danosa poderia surgir uma série de lesões aos interesses meramente extrapatrimoniais, cujo ressarcimento seria devido, ainda que inexistissem quaisquer prejuízos econômicos.

Certificou-se, então, que a figura do “dano extrapatrimonial ultrapassa a barreira do ato ilícito, não se identificando com este”. Tal fato, somado ao novo advento da responsabilidade objetiva, convergiu para a criação de um novo cenário da responsabilidade civil onde, a partir da irrelevância da ilicitude para caracterização do dano e da emergente preocupação com a reparação da vítima, ao invés da punição do ofensor, chegou-se ao cenário em que se tornou possível o reconhecimento de interesses tuteláveis variados que não aqueles decorrentes do ato ilícito em si.⁷⁰

Passou-se a falar então não só no conceito de dano atrelado ao ato ilícito por si só, mas ao conceito de dano injusto, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, conceituado como “ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida.”⁷¹

Assim, podemos dizer que através dessas transformações da responsabilidade civil chegou-se ao estágio onde efetivamente, o que se indeniza não é só o dano em si e sim o dano qualificado, denominado dano injusto. Como visto, dano injusto será toda aquela que o ordenamento considerar com intolerável e passível de reparação. Tal releitura foi essencial

⁶⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 176-179.

⁶⁹ RODRIGUES, Cássio. *A certeza do dano como limite de atuação da função preventiva da responsabilidade civil*. Dissertação em Direito, UERJ- Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019, p. 19.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*, cit., p.179.

para consagrar o conceito de dano como lesão a todo e qualquer interesse passível de tutela pelo ordenamento jurídico⁷², abrindo caminho para surgimento de novos danos tais como o dano pela perda de uma chance analisado a seguir.

Convém destacar os ensinamentos de Anderson Schreiber :

Decisões como esta mostram a necessidade de se rejeitar, de forma geral, a identificação do dano em sentido jurídico como o dano em sentido material (prejuízo econômico ou emocional), recuperando-se o conceito de dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado. A vantagem desta definição está em concentrar-se sobre o atingido – o interesse juridicamente tutelado – e não sobre as consequências econômicas ou emocionais da lesão sobre o objeto atingido – o interesse tutelado (por exemplo, a saúde, a privacidade) repercute de forma inteiramente diferenciada sobre cada pessoa, não havendo um critério objetivo que permita sua precisa aferição. A definição de dano como lesão a um interesse tutelado, muito ao contrário, estimula a investigação sobre o objeto da lesão - o interesse da vítima efetivamente violado pelo ofensor -, a fim de ser aferir o seu merecimento de tutela ou não, possibilitando a seleção dos danos ressarcíveis⁷³.

Desta forma, o presente capítulo se propôs a apresentar o instituto da responsabilidade civil, bem como a série de transformações enfrentadas pelo mesmo através das últimas décadas, destacando a mudança de foco do instituto, em que cada vez perde força a função punitiva da responsabilidade civil, dando lugar a uma função reparatória que busca priorizar não a repressão do agente causador do dano, mas sim a reparação da vítima.

Tal visão, somada à criação da chamada responsabilidade subjetiva e as diversas flexibilizações impostas ao nexo de causalidade, cria a denominada “erosão dos filtros tradicionais”, que possibilitou transição do conceito de dano ligado exclusivamente ao ato ilícito para o dano injusto, com a retomada do conceito de dano como lesão a todo e qualquer direito passível de tutela pelo ordenamento jurídico, levando à ampliação dos danos ressarcíveis, os chamados novos danos.

Toda essa digressão se faz essencial para que (i) possamos ter uma visão, mesmo que geral, da responsabilidade civil atual, (ii) tenhamos ciência do fenômeno dos novos danos e (iii) ampliemos nossa visão sobre os conceitos de dano e nexo de causalidade. Tendo em vista que somente após esse estudo prévio poderemos tratar sobre o tema chave do atual trabalho, o dano pela perda de uma chance – novo dano da responsabilidade civil -, entender seu surgimento, sua necessidade de ser, unicidades, sua aplicação pela doutrina e tribunais pátrios

⁷² Ibidem.

⁷³ SCHREIBER, 2013, p. 108/109.

e por fim, nossa questão cerne, a perda de uma chance caracterizaria nova espécie de dano autônomo no ordenamento brasileiro?

3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

3.1 NOÇÕES INICIAIS E CONCEITUAÇÃO DA TEORIA

Como visto a problemática central do presente trabalho consiste em compreender qual seria a natureza jurídica do dano pela perda de uma chance, para posteriormente determinar se o mesmo seria – ou não - uma nova espécie de dano autônomo no ordenamento. Desta forma, antes mesmo de darmos início à demarcação conceitual da teoria, faz-se imprescindível a compreensão do termo chance.

Para Fernando Noronha⁷⁴, a chance surge no momento em que um processo que estava em curso é interrompido por algo ou alguém, levando à perda do benefício, isto é, frustrando a oportunidade de obtenção do resultado almejado. O autor ainda ressalta que a oposição entre a situação passada, onde havia a oportunidade, e a situação danosa, onde um fato externo gerou a perda desta, caracteriza o dano final. Destacando ainda que o dano pela perda de uma chance se situaria no limiar entre a conjuntura passada e a “hipótese de vantajosa no futuro”⁷⁵.

Ainda sobre o tema, Leitão, de forma didática, estabelece características gerais para as chances. Assim, para o autor as chances são: neutras, aleatórias, autônomas e atuais. Segundo Leitão, a neutralidade e aleatoriedade decorrem do fato de que a chance ainda não se materializou. Desta forma, as chances se encontram no âmbito hipotético, por não se materializarem. Destaque-se a fala do autor que esclarece a necessidade da correta identificação da chance para a precisa aplicação da teoria ora estudada:

Desde logo porque, se não estivermos perante essas peculiaridades, então não estamos perante uma chance: se tiver havido efetiva resolução de determinado processo causal, isto é, se determinado acontecimento, de entre os possíveis num certo processo causal, vier a suceder, então é porque deixou de ser existir no plano hipotético (deixou de ser uma chance), para se materializar num resultado – e se é resultado, então não é chance; se não é chance, não pode ter sido perdida⁷⁶.

Por fim, dizer que as chances são autônomas e atuais significa que essas são independentes em relação ao processo causal, isto é, a chance se materializará de forma

⁷⁴ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. – 4 ed, São Paulo: Saraiva, 2013, p.696.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ LEITÃO, António Pedro Santos. Da Perda de Chance Problemática do Enquadramento Dogmático. 2016, 91 f. Dissertação (Ciências Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito Civil) – Universidade de

autônoma ao resultado final. O autor ainda esclarece que a “chance representa não uma vantagem possível, mas uma possibilidade de vantagem”⁷⁷.

Ocorre contudo que nem toda oportunidade perdida se coaduna com a ideia de chance que a teoria da perda de uma chance busca tutelar. Digamos que alguém, por exemplo, compre um bilhete de loteria e perca o mesmo, por conta de descuido de terceiro, sem saber quais números o bilhete possui. Assim, sabido que possibilidade desta pessoa ganhar é ínfima e que não conseguiríamos sequer confirmar que o bilhete premiado seria o dela, não há como se falar em chance real no caso em comento.

Isso posto, diante das diversas adversidades que podem atuar perante a perda da oportunidade, Rafael Peteffi conclui que a perda de uma chance está estreitamente ligada à certeza, em uma razão de probabilidade⁷⁸. Carnaúba, entretanto explica que a certeza é na realidade componente do prejuízo, isto é, parte integrante que auxilia a compreensão do prejuízo da vítima.

Assim, segundo o Autor, a perda de uma chance envolve um desequilíbrio entre dois parâmetros, uma situação real e uma hipotética. A primeira se traduz como o estado em que a vítima se encontra após a perda da oportunidade e a segunda trata do estado em que a vítima se encontraria caso a conduta do réu não tivesse lhe afetado. Dessa forma, a primeira situação é nítida, a vítima não obteve o benefício esperado. Contudo, a segunda não lhe é, não se sabe ao certo se sem a conduta do réu o resultado almejado seria efetivamente alcançado⁷⁹.

Por essa razão, Carnaúba sustenta que “a fortiori, a perda do resultado aleatório desejado jamais constituirá um prejuízo certo sob o ponto de vista jurídico”⁸⁰.

Perceptível então que a temática gira em torno das probabilidades, tendo em vista que não se pode confirmar, com absoluta certeza, que a hipótese teria se efetivado sem a interferência de terceiro. Noronha explica que a fixação de um quantitativo da probabilidade é importante para que se chegue a um valor indenizatório. Isso porque o dano pela perda de

Coimbra. Acessado em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/40891/1/Tese%20-%20Perda%20de%20Chance1.pdf>, p.35.

⁷⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

⁷⁹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A Álea e a Técnica: Coordenação: Maria Fernanda Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2013, p.54

⁸⁰ Op.cit, p.55.

uma chance é traduzido pela relação entre a situação concreta e a hipotética, onde o dano não teria existido⁸¹.

Nesse âmbito, Noronha sustenta que o grau de probabilidade existente entre o fato antijurídico que interrompeu o processo aleatório e gerou o dano deve ser inferior a 100% (cem por cento), isso porque não há como se falar em certeza absoluta para os casos de perda de uma chance⁸².

À vista disso, fica claro que a chancela da chance pelo ordenamento faz com que sejam tapados “gaps” de tutela de direito que acabam por preservar o indivíduo que se viu prejudicado por ato de terceiro que infere em suas chances. Assim, após a definição do termo chance se faz mais fácil o entendimento do conceito da teoria ora estudada. Nesse contexto, destaque a precisa definição de Antônio Leitão:

A perda de chance (perte d'une chance, perda de oportunidade, loss of a chance, perdita di chance) traduz-se na privação da possibilidade de obter determinada vantagem ou evitar certo prejuízo, sem que se saiba se a vantagem a obter ou o prejuízo a evitar se concretizariam se a chance não se tivesse perdido⁸³.

Por todo exposto até o momento, podemos concluir que o direito não pode se isentar de proteger os resultados decorrentes de expectativas legítimas frustradas, capazes de produzir efeitos no mundo jurídico, mesmo aqueles envoltos de incertezas. São nessas incertezas que se encontra o dilema da Teoria da Perda de uma chance – bem como o Direito em um todo -, como bem adiantado por Daniel Carnaúba:

O dilema da perda de uma chance não concerne verdadeiramente à ausência de condições para reparação, mas sim às deficiências da norma reparadora. Fundada na ideia de recolocar a vítima na situação inaplicável às lesões em que ela se encontraria, a regra se mostra sobre interesses aleatórios. É o acaso que perturba o Direito⁸⁴.

Transcorrido o estudo de conceituação, passa-se ao estudo das modalidades da teoria trazidas pela doutrina. Como já exposto, a teoria da perda de uma chance trata da reparação das hipóteses em que a conduta de terceiro faz desaparecer oportunidade existente na esfera jurídica da vítima, de forma que a mesma não obtenha benefício futuro ou de forma a não evitar prejuízo ocorrido.

⁸¹ NORONHA, 2013, p. 696.

⁸² Ibidem.

⁸³ LEITÃO, 2016, p.08

⁸⁴ CARNAÚBA, 2013, p. 69

3.2 MODALIDADES DA TEORIA:

Antes de se dar prosseguimento ao estudo mais aprofundado da teoria da perda de uma chance, necessário que se atente para a existência de duas diferentes modalidades de aplicação da teoria. Tal diferenciação se fará muito útil para o estudo futuro da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tema que será tratado no capítulo três do presente trabalho.

Assim, a **primeira modalidade** diz respeito à **teoria clássica ou originária**, denominação adotada sobretudo pela teoria francesa,⁸⁵ ocorre quando temos a interrupção de um evento por ato de terceiro o qual provoca, diretamente à vítima, perda de vantagem legitimamente esperada. Nesta modalidade institui-se o dever de reparação da chance séria e real, ainda que não se possa afirmar, com absoluta certeza, que o indivíduo prejudicado alcançaria tal benefício, não fosse a interrupção do curso natural por terceiro⁸⁶, ou seja depara-se com **situações de dano incerto**.

Nessa senda, a brilhante explicação do professor Fernando Noronha:

nesta modalidade de perda de chances houve, em razão de determinado fato antijurídico, interrupção de um processo que estava em curso e que poderia conduzir a um evento vantajoso; perdeu-se a oportunidade de obter uma vantagem futura, que podia consistir tanto em realizar um benefício em expectativa como em evitar um prejuízo futuro⁸⁷⁸⁸

Quanto à **segunda modalidade**, denominada **perda de chance de evitar prejuízo**⁸⁹, essa se dá quando há constatação de prejuízo que poderia ser evitado, mas não foi, se concretizando justamente por não ter sido interrompido por aquele que poderia e deveria fazê-lo.⁹⁰ Para tais casos, Fernando Noronha expõe que “é imprescindível que já estivesse em curso o processo que levou ao dano e que houvesse possibilidade dele ser interrompido por um certa atuação, que fosse exigível do indigitado responsável, mesmo que não seja possível garantir que com tal atuação o dano teria sido evitado”⁹¹.

Exemplifica-se: imagine que alguém deve fazer uma cirurgia. Ocorre que o médico por imprudência, não realiza o pré operatório de forma correta e, por isso, dá ao paciente um

⁸⁵ NORONHA, 2013, p.699.

⁸⁶ VAZ, Marcela, 2018, p.3.

⁸⁷ NORONHA, 2013, p. 701-702.

⁸⁸ Destaque também à explicação de Rafael Peteffi sobre a modalidade: “O primeiro seria caracterizado pelos casos nos quais o processo aleatório em que se encontrava a vítima é totalmente interrompido pela conduta do réu, antes de chegar ao seu final, aniquilando com todas as chances daquela”. SILVA, Rafael Peteffi da, 2013, p.248.

⁸⁹ NORONHA, 2013, p.706.

⁹⁰ VAZ, Marcela, 2018, p.3.

⁹¹ NORONHA, 2013, p.706.

anestésico em relação ao qual o mesmo tinha alergia. A cirurgia é finalizada, contudo o paciente sofre seqüela, pelo fato de que, no momento de sua realização, sofria com complicações decorrentes da má administração da medicação anterior. Temos então caso em que ocorre prejuízo é a perda de chance de cura total – devido a seqüela- de responsabilidade daquele que justamente deveria tê-la evitado, nesse caso, o médico ao realizar o pré operatório de forma precisa.

De forma objetiva, pode-se dizer que a segunda modalidade da teoria questiona se o dano final, que é conhecido, poderia ter sido evitado caso as devidas providências tivessem sido tomadas por aquele que tinha poder para tanto e deveria tê-lo feito. Dessa forma, a referida modalidade **deixa de enfrentar a problemática do dano incerto**, uma vez que o dano final é conhecido, mas se depara com a **impossibilidade de comprovação do nexo causal**, como condição “sine qua non” do dano causado. Ou seja, não há como se precisar que o ato ilícito de terceiro foi responsável pelo dano contudo haja uma probabilidade nesse sentido⁹². Importante frisar que nessa modalidade, diferentemente da teoria clássica, as chances não estão relacionadas a fato futuro, mas sim a algo que poderia ter sido feito, no passado, de forma a evitar o dano concreto verificado no presente^{93,94}.

Esclarece-se ainda que, seja na modalidade clássica, seja na modalidade de evitar prejuízo, o objetivo de toda teoria, conforme destacado pela doutrina, é a tutela das chances. Ou seja, nas palavras de Judith Costa: “o que é indenizado é justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certo benefício, chance que foi perdida pela vítima em razão de ato culposo ou lesante”⁹⁵, e não qualquer vantagem perdida ou prejuízo

⁹² HIGA, Flávio, 2012, p.179.

⁹³ NORONHA, 2013, p. 706-707.

⁹⁴ De forma que não parem dúvidas, transcreve-se o ensinamento de Fernando Noronha que traça um paralelo entre as duas modalidades : “As diferenças entre a perda de chance clássica e a perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo acontecido são evidentes. Enquanto na perda da chance clássica o fato antijurídico interrompeu um processo (vantajoso) em curso e o possível dano resulta desta interrupção, no caso da perda de chance de evitar um prejuízo o dano surge exatamente porque o processo em curso (agora danoso) não foi interrompido, quando poderia ter sido; se tivesse sido interrompido, haveria a possibilidade de o dano não se verificar, mas sem se poder saber agora se realmente isto teria acontecido. Diversamente do que acontece nos casos que cabem na perda de chance clássica, agora as chances não dizem respeito a algo que poderia vir a acontecer no futuro, antes são relativas a algo que podia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado. Agora sabe-se que ocorreu um dano e que este é resultante do processo que estava em curso; o que se pergunta é se o dano poderia ter sido evitado, caso tivessem sido adotadas certas providências que interromperiam o processo”. Ibidem.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil, vol. 5, t. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 360.

não evitado. A teoria tem como objetivo precípua o restabelecimento do *status quo* da vítima⁹⁶.

Oportuno destaque à brilhante explicação de Daniel Carnaúba sobre o objetivo da teoria da perda de uma chance:

no lugar de reparar aquilo que teria sido (uma reparação impossível), a reparação de chances se volta ao passado, buscando a reposição do que foi. É o status quo ante que será reconstruído. A vítima será assim recolocada não mais na situação em que se encontraria sem o acidente, mas na situação em que se encontrava antes deste. Ora, é certo que nesse momento pretérito a vítima possuía uma chance. É essa chance, portanto, que lhe será devolvida sob a forma de reparação⁹⁷.

Delimitadas todas as considerações iniciais, bem como os conceitos envoltos na teoria e suas modalidades, passa-se ao estudo de seus aspectos históricos – inicialmente internacionais -, cujo delinear se faz fundamental para a aceitação da teoria no Brasil e posteriormente para compreensão da aplicação da teoria pela doutrina e sobretudo jurisprudência nacional, tema que será melhor abordado nos capítulos três e quarto da presente monografia.

3.3 SÍNTESE HISTÓRICA: DA ORIGEM À ACEITAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL.

A teoria surge a partir da expansão da ideia de responsabilidade civil na jurisprudência francesa, em 17 de Julho de 1889, quando a Corte de Cassação Francesa, em decisão inovadora, abriu caminhos para a aplicação da teoria perda de uma chance. No caso, foi dado ganho de causa ao autor, diante da perda de uma chance deste em dar continuidade ao processo judicial que havia interposto contra um oficial de justiça, devido a ato ilícito e culposo do próprio réu que comprometera o curso habitual da ação.⁹⁸

Contudo, foi somente em 1962, em decisão da mesma corte francesa que utilizou-se, pela primeira vez, o conceito de “*perte d’une chance*”. Tratava-se de um recurso acerca da responsabilidade de um médico que, por proferir diagnóstico errado, teria impossibilitado as chances de cura de seu paciente⁹⁹. Neste, a Corte decidiu indenizar a vítima que, ao quebrar o pulso, veio a descobrir que uma fratura de anos atrás não havia sido identificada pelo técnico radiologista e que, sem tal omissão, a nova fratura nunca teria existido.

⁹⁶ CARNAÚBA, 2013,p.109.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. RT 718/27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. PÁGINA?

⁹⁹ Ibidem.

Aos poucos, porém, a ideia de perda de uma chance foi se expandindo pela jurisprudência francesa, sendo admitida uma série de vezes na seara médica. Dentre as decisões históricas que adotaram a teoria, podemos citar o julgamento proferido em 1969, onde se determinou a indenização da perda de chance de sobrevivência de um paciente que veio a falecer por erro médico diante de uma reação alérgica em meio a uma cirurgia de apêndice. O profissional responsável ao diagnosticar o paciente levou-o imediatamente à cirurgia, sem realizar quaisquer exames pré-operatórios, o que, por si, só teria evitado a morte da vítima¹⁰⁰.

A fundamentação para tal indenização não teve como base o dano sofrido pela vítima, ou seja, seu falecimento, tendo em vista que onexo causal não foi completamente demonstrado, uma série de eventos médicos e físicos poderiam ter levado à morte da vítima. Entretanto, a Corte compreendeu que existiam provas cabais suficientes para embasar a perda de sobrevivência do paciente em virtude de atitude médica negligente, o que bastaria para criar o dever de indenizar¹⁰¹.

Em caso semelhante, julgado em 1979, ocorreu o falecimento de uma senhora ao fim de uma intervenção cirúrgica devido a convulsões geradas pelo anestésico local a base de xilocaína. A responsabilidade do médico no caso em comento, segundo o Tribunal Francês, residiria no fato de que tal medicamento está sujeito a reações adversas, devendo ser substituído por outro semelhante.

Dito isso, faz-se de fácil constatação, através do caso narrado, que houve uma conduta culposa do profissional (ausência do pré-operatório) bem como um dano (morte da vítima). Ocorre, contudo, que não se pode afirmar que foi tão somente a conduta médica que levou ao óbito, uma vez que tal consequência provavelmente se deu por um conjunto de fatores que incluem a própria reação do paciente, que nem sempre é previsível. Contudo, existe a possibilidade de se responsabilizar o profissional pela chance de sobrevivência perdida diante da ausência de precauções¹⁰².

¹⁰⁰ GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma chance. Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, vol. 840, p. 15.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Sobre o tema necessário destacar que a aplicação da teoria de uma chance na seara médica passou a gerar uma série de críticas, nas palavras de António Pedro Santos Leitão “Basicamente, nestes casos, a teoria da perda de chance passou a ser aplicada como um modo de ‘afrouxar’ a necessidade de estabelecimento do nexode causalidade⁵⁵. O juiz socorrer-se-ia da perda de chance, como maneira de se ‘livrar’ da incerteza que pairava sobre o nexode causalidade entre o facto ilícito e o dano produzido para conceder uma indemnização parcial baseada no grau de probabilidade de o facto ter efetivamente provocado o dano – baseada, portanto, numa ideia de causalidade parcial.” (2016, p.24.)

Certo porém que os casos de perda de uma chance não emergiram somente na França. Na Inglaterra, pode-se destacar como *leading case*, o caso *Chaplin vs Hicks*, de 1911. No caso em comento, a autora era uma das cinquenta finalistas de um concurso de beleza, tendo a oportunidade de se apresentar perante o júri em busca de ser nomeada vencedora de um dos prêmios. Ocorre que em nenhum momento a autora foi comunicada da data de apresentação aos jurados, de forma que nunca venceu ou pôde vencer quaisquer dos prêmios. Desta forma, a autora propôs ação, a qual foi julgada procedente diante do descumprimento contratual e pela perda de uma chance (loss of chance) de vencer o concurso¹⁰³. Existem também casos sobre indenização de trabalhadores que ficaram incapacitados de conseguir novo emprego em virtude de acidente de trabalho anterior.¹⁰⁴

Interessante destacar que parece existir um certo tipo de resistência na jurisprudência inglesa em aplicar a teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade médica. Isso porque o ordenamento inglês, em matéria de responsabilidade civil, só considera que o nexo de causalidade existe entre o ato ilícito e dano após se fazer comprovar todo o *standard of probabilities*, como exemplo, a *House of Lords*, no caso *Hotson vs. East Berkshire Area Health Authority*¹⁰⁵, em que a questão do dano e seu cálculo só poderia ser debatida após solucionada a questão da causalidade, surgindo então a problemática da aplicação da perda de uma chance¹⁰⁶.

Desta forma, a *House of Lords* não decidiu propriamente pela perda de uma chance de cura/sobrevida, considerando ainda não ter chegado a tal ponto, expressando que existem muitos obstáculos à aplicação da teoria nos casos de responsabilidade médica¹⁰⁷.

De outro lado temos o entendimento jurisprudencial estadunidense, no qual se aplica a teoria da perda de uma chance para os casos de responsabilidade civil médica. Como exemplo podemos citar o *leading case*, *Hick versus United States*, em que um paciente veio a falecer em virtude de um erro de diagnóstico, ficando claro, ao fim da instrução processual, que o erro médico veio a ser crucial para diminuir as chances de sobrevida da Autora. Ressalta-se

¹⁰³ LEITÃO, 2016, p.25.

¹⁰⁴ GOMES, Júlio Vieira. Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões. Vol. II. Coimbra, 2008, p.293.

¹⁰⁵ O caso gira em torno da perda de oportunidade de cura foi considerada motivo de responsabilização dos demandados, dada a realização tardia, por negligência, da operação que poderia ter permitido ao paciente, uma criança, que voltasse a andar normalmente, depois de uma queda que danificara vasos sanguíneos área dos quadris. LEITÃO, 2016, p.25

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Ibidem.

que a conduta médica não foi a responsável pela morte do paciente, mas sim por diminuir suas chances de cura¹⁰⁸.

Explica Leitão que a teoria da perda de uma chance nos Estados Unidos é guiada pelo padrão “all or nothing” (“tudo ou nada”), visando uma flexibilização do nível probatório (*standard of proof*) exigido para a confirmação do nexo de causalidade. Dessa forma, nos casos em que a vítima não consegue garantir a certeza (*actual certainty*), aplica-se o nível probatório menos exigente, bastando que seja “mais provável do que o não” (*more likely than not* ou *preponderance of evidence*)¹⁰⁹.

Entretanto, foi somente em 1990 que a teoria ingressou nos tribunais Brasileiros, através de sua aplicação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em voto sob relatoria do então professor desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. O pioneirismo do Tribunal Gaúcho se deu através de duas decisões, datadas de 12 de junho de 1990¹¹⁰ e 29 de agosto de 1991¹¹¹¹¹².

No que pese a sua importância como marco histórico da teoria no país, a primeira decisão a abordar a teoria da perda de uma chance, proferida nos autos da Apelação nº 589069996, em que se discutia a responsabilidade médica – e consequente dever de indenizar - pelas sequelas do paciente após realização de cirurgia para correção de miopia, somente cita a perda de uma chance para mitigar sua aplicabilidade. Vejamos:

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, 23.05.90: ‘on remarque, dans ces affaires, les traits communs qui sont les caractéristiques du problème: 1. Une faute de l’agent. 2. Un enjeu total perdu et qui pourrait être le préjudice. 3. Une

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ LEITÃO, 2016, p.26.

¹¹⁰ Assim ementado: RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORRECAO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NAO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGACAO DE RESULTADO E DE INDENIZACAO POR PERDA DE UMA CHANCE. (Apelação Cível, Nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12-06-1990). Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>, acesso em 04.07.2020.

¹¹¹ Assim ementado: RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance.(Apelação Cível, Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em: 29-08-1991). Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>, acesso em 04.07.2020.

¹¹² SILVA, Rafael Peteffi da, 2013,p.195.

absence de preuve de lien de causalité entre la perte de cet enjeu et ça faute, parce que, par définition, cet enjeu est aléatoire. C'est une caractéristique essentielle de la question'). Aqui houve nexos de causalidade entre o comportamento de réu e o dano sofrido pelo paciente¹¹³.

Foi somente em 29 de agosto de 1991 que se deu a primeira decisão brasileira de admissão da teoria da perda de uma chance. Proferida pelo vanguardista Tribunal do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação nº 591064837, em que se discutia a responsabilidade do advogado que, por negligência, não informa ao seu cliente sobre o extravio dos autos de seu processo e nem age de forma diligente a solucionar o problema bem como sua responsabilidade pela derrota de seu cliente na demanda.

Nesses autos, mais uma vez sobre a ilustre relatoria do Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, houve a demonstração da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance para refutar os argumentos da parte ré relativos à incerteza do êxito da ação. Transcreve-se o trecho do r. acórdão:

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 seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: 'Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance de tentar alcançá-la ('La perte d'une chance en droit français', conferência na Faculdade de Direito da UFRGS, em 23.05.90). Por isso, 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 maria, uma vez que esse não era segurado do Instituto. O 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. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda da chance, dentro do instituto de responsabilidade civil¹¹⁴.

De fácil percepção que a teoria da perda de uma chance ainda se faz recente no país. Contudo, ao longo das últimas décadas, uma série de decisões judiciais conferiram maior notoriedade à teoria e iniciaram o processo de consolidação de sua aplicação no ordenamento brasileiro.

¹¹³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível, nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12.06.1990.

¹¹⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível, nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29.08.1991.

Nesse cenário de aceitação e aplicação da teoria em contexto atual, faz-se necessário destaque ao caso paradigma de maior destaque no país perante o Supremo Tribunal de Justiça, o caso “Show do Milhão”. Nas palavras de Carnaúba elucida:

O litígio envolvia um popular programa televisivo, em que os participantes eram submetidos a uma sequência de perguntas de múltipla escolha. A cada resposta correta, o competidor amalhava determinada soma em dinheiro, e tinha o direito a responder a próxima questão. E assim sucessivamente. O ápice da competição ocorria com a chamada “pergunta do milhão”. Tratava-se da décima sexta e última pergunta feita ao participante que, caso chegasse àquela etapa do programa, já teria conquistado quinhentos mil reais em prêmios. Se acertasse qual das quatro alternativas era correta, ganharia um milhão de reais, prêmio máximo da competição. Se errasse perderia praticamente tudo que havia conquistado, recebendo trezentos reais de consolação. Ao participante era facultado, ainda, após a leitura da pergunta do milhão e das quatro alternativas, optar por não respondê-la, fazendo jus aos quinhentos mil reais acumulados¹¹⁵.

Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos era a participante do programa na data de 15 de junho de 2000. Ocorre que após, responder com êxito a todas as perguntas formuladas, chegando a chamada “pergunta do milhão”, lhe foi perguntado: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? 1) 22%; 2) 2%; 3) 4%; 4) 10%?”¹¹⁶.

A participante optou por não arriscar a perda do valor de R\$ 500.000 (quinhentos mil reais) já conquistados até aquele momento, desistindo de responder a “pergunta do milhão”. Contudo, após consulta, a participante ajuizou ação junto à 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador/BA, em que alegou a perda da oportunidade de ganhar o prêmio integral pelo fato da última pergunta não ter resposta correta¹¹⁷, reivindicando assim a outra metade do prêmio (R\$ 500.000,00), a título de danos materiais e morais.

A sentença proferida julgou procedente a ação, acolhendo em parte os pedidos da Autora, rejeitando somente a indenização por danos morais, adotando em sua *ratio decidendi* os fundamentos da teoria da perda de uma chance. Contudo, de forma paradoxal, a sentença concedeu à autora o valor integral pleiteado, de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), incorrendo em erro técnico de aplicação da teoria, uma vez que não houve aplicação do

¹¹⁵ CARNAÚBA, 2013, p.95.

¹¹⁶ HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.96.

¹¹⁷ Os artigos 231 e 232 da Constituição Federal são os únicos da carta magna que versam sobre os índios, contudo, não contemplam quais quer percentuais.

reduzidor probabilístico. Dando sequência, houve interposição de recurso de apelação pelo réu ao Tribunal de Justiça da Bahia que, por unanimidade, manteve a sentença¹¹⁸.

Novamente, sobreveio recurso especial do réu ao Superior Tribunal de Justiça, em que se aduziu violação aos artigos 1.059 do Código Civil de 1916 atual artigo 402 do Código Civil de 2002, onde se requeria que em caso de manutenção da condenação houvesse redução ao que se efetivamente perdeu ou seja: a chance de concorrer ao R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)¹¹⁹.

Foi então que em 08 de novembro de 2005, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 788459/BA, sob relatoria do Min. Fernando Gonçalves, proferiu voto devidamente embasado e tecnicamente fundamentado, em que afirmou que, embora a Autora tivesse tido exemplar desempenho durante toda a competição, não era possível afirmar categoricamente que a mesma acertaria a “pergunta do milhão”. Entretanto, sendo a questão de múltipla escolha e possuindo esta quatro alternativas de resposta, sendo uma delas correta, era possível calcular a probabilidade de acerto da participante (25%), ou seja, sua chance de vencer. Diante do brilhantismo técnico da decisão, bem como sua relevância, transcreve-se seus trechos de destaque¹²⁰:

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, **seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão".**(...) Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. **Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza** - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. **Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida.** (...) Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra. **A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil**

¹¹⁸ HIGA, 2012, p. 98

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem.

reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida¹²¹.

A referida decisão passa então a ser marco histórico de aceitação e perícia técnica, dá até então pouco aplicada teoria da perda de uma chance. É nesse momento que a teoria ganha maior notoriedade jurisprudencial e inicia a quebra do ciclo de aplicação ambígua pelos Tribunais, como muito bem demonstrado pelo professor Rafael Peteffi em sua obra *“Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro”*. Tal transição jurisprudencial será melhor apresentada no capítulo quatro da inclusa pesquisa.

3.4 PRESSUPOSTO DE APLICAÇÃO DA TEORIA: A CHANCE SÉRIA E REAL

Exposto todo contexto histórico de criação e aceitação da teoria da perda de uma chance, bem como seu conceito e definições essenciais podemos tratar do pressuposto de aplicação da teoria, a chamada chance séria e real.

A incerteza do termo chance, por si só, acabava por constituir brechas à tutela de interesses pouco importantes, uma vez que a vítima sempre poderá encontrar supostas chances perdidas em razão de atitude de terceiros. Fazia-se necessária a criação de um mecanismo capaz de evitar tais situações, a chance perdida deveria ostentar importância singular, como condição de sua reparação¹²².

Diante desse cenário, a jurisprudência francesa acaba por forjar terminologia própria de caracterização das chances perdidas passíveis de indenização. Dessa forma, passaram, reiteradamente, os juízes franceses¹²³ a afirmar que a chance perdida deveria ser séria e real. Mas em que se traduz a chance “séria e real”?

Daniel Carnaúba explica que a caracterização desse pressuposto envolve dois elementos: “De um lado, as probabilidades envolvidas no caso. De outro, a prova de que a

¹²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 788459 BA, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, Data do julgamento 10.05.2006, Data da publicação Dje. 13.05. 2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2106153&num_registro=200501724109&data=20060313&tipo=51&formato=PDF, acesso em 05.07.2020. (grifo do autor).

¹²² CARNAÚBA, Daniel, 2013, p.125.

¹²³ Carnaúba cita como exemplo de aplicação da chance séria e real na jurisprudência francesa alguns dos seguintes julgados: RTD Civ. 1991, p. 121, RTD Civ. 1992, p. 109, nota P. JOURDAIN; Crim., 4 dez. 1996, Bull. Crim., nº 445, p. 1301; Civ. 1a, 4 abr. 2001, JCP 2001, II, 10640 nota C. NOBLOT; Civ. 1a, 9 nov. 2004, não publicado, pourvoir nº 02-19.286; Civ. 3a, 1 dez. 2004. (CARNAÚBA, 2013, p. 125.)

chance em questão interessa concretamente ao seu beneficiário”¹²⁴. Dessa forma, a seriedade diz respeito à probabilidade, onde Carnaúba não adota padrão quantitativo, afirmando apenas que “quanto menores forem as probabilidades representadas pelas chances perdidas, tanto mais razões terão os juízes para considerar que a chance em questão não é real ou séria”¹²⁵. E de outro o fato de que o direito não protege interesses ínfimos, é necessário que a chance perdida não esteja envolta de interesse banal.

Quanto à questão quantitativa e de a contrapor à quantificação mais factual de Carnaúba, guiada pela jurisprudência francesa¹²⁶, parte expressiva da doutrina adota uma visão quantitativa das probabilidades da chance – vindo da jurisprudência italiana¹²⁷ - estabelecendo que a chance séria é aquela que corresponde a probabilidades superiores a 50%. Vejamos a explicação de Sérgio Savi:

Entendemos que somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência do dano, e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização¹²⁸.

A problemática da quantificação da indenização da responsabilidade civil pela perda de uma chance é tema sobre o qual divergem às doutrinas nacional e internacional, tratando-se de debate extenso e em aberto. O presente estudo não pretende trazer a voga as inúmeras possibilidades de cálculos já apresentados para quantificação de tal probabilidade, por se tratar de estudo denso e incerto, adotando então o posicionamento de Carnaúba de forma a simplificar a teoria. Sendo certo, porém, que tais debates se fazem necessários para aplicação prática da teoria, uma vez que diminuem as possibilidades de indenizações injustas – por ausência de quantificação correta - e enriquecimentos ilícitos por indenizações à maior.

De forma a ilustrar o conceito de seriedade da chance, vejamos a seguinte situação hipotética proposta por Flávio Higa: imaginemos um cidadão que, pela manhã, durante os últimos dez anos, tem o hábito de caminhar até a lotérica mais próxima de sua casa e fazer uma aposta de seis números na megasena. Ocorre que, em determinado dia, ao fazer tal percurso esse cidadão é atropelado e se vê impossibilitado de realizar sua aposta. Considerando que a probabilidade de acerto dos seis números da megasena é de 1 em

¹²⁴ Op.cit, p.126.

¹²⁵ CARNAÚBA, 2013, p. 126.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ HIGA, 2012, p.87.

¹²⁸ SAVI, Sérgio, 2009, p. 112/113.

50.063.860, não se pode cogitar a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso, tendo em vista a inexistência de seriedade na referida chance pois, conforme já destacado, a seriedade da chance está ligada à sua probabilidade palpável¹²⁹.

Quanto ao pressuposto da realidade, diz respeito não à probabilidade do evento, mas sim sua possibilidade. O autor Jacques Boré traduz o conceito através do seguinte exemplo: pense em um paciente terminal que possui, por sua fé, a esperança de se curar. Ocorre que o mesmo é vítima de um câncer incurável, de modo que do ponto de vista médico, ele não possui chance real de vencer a doença¹³⁰. No que pese a importância de se manter esperançoso quanto a cura, sob o aspecto psicológico, para o jurista, a mera esperança não possui condão de tornar a chance real.

Ainda sobre o pressuposto da realidade destaca-se esclarecedora explicação de Antônio Pedro Santos Leitão:

O requisito de realidade da chance, parece-nos, estará ligado à existência de possibilidades de ocorrência de um determinado resultado além das esperanças ou expectativas meramente pessoais do seu detentor – será real aquela chance que não exista apenas subjetivamente, que não viva só dentro de expectativas não fundadas num juízo de probabilidade que possa servir de critério transubjetivo de valorização da chance. Com isto pode concluir-se desde já que será real qualquer chance que seja fundamentada por uma demonstração probabilística da sua concretização¹³¹.

Ainda sobre o tema, interessante destacar a existência de uma escala hierárquica entre os pressupostos, sugerida por Flávio Higa, na qual a realidade antecede a seriedade, sendo certo porém que somente a coexistência de ambos torna a chance indenizável. Assim, toda chance real será séria, em maior ou menor proporção, contudo, nem toda chance séria será real¹³².

De forma didática e retomando os exemplos anteriores: o paciente terminal que tem esperanças de cura pela fé, mas não possui saída pela medicina, não conta com uma chance real. Não sendo a chance real, a mesma também não será séria. Do outro lado, o cidadão que adquiriu o bilhete de loteria possui chance real de se tornar um milionário, contudo, diante da

¹²⁹ HIGA, 2012, p.86.

¹³⁰(apud HIGA, 2012) BORÉ, Jacques. L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable. *Juris Classeur Périodique – édition générale*, Paris, S. I, n. 2620, 1974.

¹³¹ LEITÃO, 2016, p. 40.

¹³² HIGA, 2012, p.87.

probabilidade ínfima (uma em 50 milhões) de se concretizar ganhador, tal chance não é considerada séria para efeitos jurídicos¹³³.

Sendo assim, em forma de conclusão, pode-se dizer que a exigência de tais pressupostos, segundo os ensinamentos de Daniel Carnaúba, tem por objetivo (i) evitar que a reparação das chances seja utilizada de forma vã, em prol de interesses irrelevantes ao direito e (ii) que a precisão técnica se torne um impeditivo para demandas especulativas¹³⁴.

Esclarecido o conceito de chance, bem como os pressupostos de seriedade e realidade da mesma¹³⁵, que funcionam como limites de aplicação da teoria, passa-se a delimitar as diferenciações entre perda de uma chance e as espécies de dano hipotético e lucros cessantes, tendo em vista as recorrentes confusões entre os mesmos.

3.5 DIFERENCIAÇÕES NECESSÁRIAS:

3.5.1 PERDA DE UMA CHANCE VS. DANO HIPOTÉTICO:

Como visto, a perda de uma chance possui recente aceitação no Brasil, em que pese seu exponencial crescimento nas últimas décadas, até meados de 1996, muitos dos doutrinadores clássicos como Caio Mário da Silva Pereira, sequer reconheciam o potencial indenizável das chances perdidas, positivando que as mesmas constituíram, na realidade, espécie de dano hipotético¹³⁶.

Relembre-se ainda que o diploma civilista de 1916 positivava em seus artigos 156 e 1.006, transportados ao Código Civil de 2002 (arts. 186 e 403), a possibilidade de reparação civil pelo dano efetivo e presente. Certo que tal necessidade gerou a tendência em diversos autores de que o dano pela perda de uma chance se qualificaria em espécie de dano hipotético ou eventuais, sob os quais não se cabe falar em responsabilidade civil.

Com isso e de forma a ilustrar o dano hipotético, facilitando a diferenciação do mesmo ao dano pela perda de uma chance, traz-se a voga o REsp nº 1.660.167, de relatoria da ilustre Ministra Nancy Andriahi, julgado em 25.04.2017. Expõe-se o caso:

¹³³ Op.cit, p.86.

¹³⁴ CARNAÚBA, 2013, p. 128.

¹³⁵ Nesse contexto, esclarece-se que: a chance será passível de reparação mesmo se sua realização não for certa caso seja possível comprovar que sua perda trouxe prejuízo. Nas palavras de Caio Mário Pereira: “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 57.

¹³⁶ NORONHA, 2013, p. 706

Trata-se de ação indenizatória onde um policial, após sofrer um acidente de trânsito, é levado a um hospital nas proximidades, requerendo em seguida transferência para um centro especializado. Todavia, a transferência não é autorizada pela operadora do plano de saúde pela ausência de ambulâncias e neurocirurgião. O Recurso Especial ora citado objetivava a majoração do valor atribuído em face dos danos morais devidos em razão dos riscos de sequelas permanentes a serem levadas em consideração para quantificação do dano moral. Contudo, diante da inexistência de tais lesões, a relatora Nancy Andriahi negou o pedido classificando o mesmo como dano hipotético¹³⁷.

Contudo, como amplamente exposto, a teoria da perda de uma chance pressupõe que a chance seja séria e real. De forma que a chance indenizável não se aproxima dos chamados danos hipotéticos, devendo tal comparação ser findada. A chance séria e real vem sendo amplamente aceita inclusive pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, desde o início da década, vejamos:

Recurso Especial - Ação de indenização - Danos morais - Erro médico - Morte de paciente decorrente de 23 complicação cirúrgica – Obrigação de meio - Responsabilidade subjetiva do médico - Acórdão recorrido conclusivo no sentido da ausência de culpa e de nexos de causalidade - Fundamento suficiente para afastar a condenação do profissional da saúde - Teoria da perda da chance - Aplicação nos casos de probabilidade de dano real, atual e certo, inócurrenente no caso dos autos, pautado em mero juízo de possibilidade - recurso especial provido. [...] **III - A chamada "teoria da perda da chance"**, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, **aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável**; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver **mera possibilidade** de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, **sendo inadmissível**, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido¹³⁸.

Destaque ainda ao enunciado nº 444 da 5ª Jornada de Direito Civil, proposto por Petteffi da Silva:

A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita a categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de

¹³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.660.167 RJ, Relator Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, Data do julgamento: 25.04.2017, Data da publicação DJE.02.05.2017.

¹³⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1104665 RS., Relator: Massami Uyeda, Quarta Turma, Data do julgamento em 09.06.2009, Data da publicação DJE. 04.08.2009.

dano patrimonial. **A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.**

Dessa forma podemos concluir pela seguinte diferenciação: o dano pela perda de uma chance é caracterizado por ser: (i) certo, (ii) real, (iii) provável e (iv) indenizável. Enquanto o dano hipotético é caracterizado por: (i) se tratar de simples esperança subjetiva, (ii) ser imensurável (iii) não indenizável¹³⁹.

3.5.2 PERDA DE UMA CHANCE VS. LUCROS CESSANTES:

Passa-se a então à delicada e relevante diferenciação entre perda de uma chance e lucros cessantes, conceitos cuja a confusão se traduz em perigosas armadilhas, sobretudo quando de sua aplicação prática para determinação do *quantum* indenizatório¹⁴⁰.

Sobre o conceito de lucros cessantes, Sérgio Cavalieri Filho assevera que o mesmo consiste “na perda do ganho esperável na frustração da expectativa de lucros, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”¹⁴¹.

Dessa forma, pode-se dizer que os lucros cessantes têm como característica o interesse futuro, uma vez que dizem respeito ao bem que ainda não se possui no momento do prejuízo¹⁴², é aquilo que nos termos do Código Civil de 2002, representa o que “razoavelmente se deixou de lucrar” em decorrência do dano.

Relembrada a conceituação dos lucros cessantes, faz-se evidente que os mesmos, assim como a perda de uma chance, relacionam-se à frustração de vantagem tida como “esperada”¹⁴³. Contudo, para que tal confusão caia por terra, passa-se à distinção dos dois institutos.

Flávio Higa, em precisa exposição do tópico, elucida que os **lucros cessantes** são geridos pelo sistema de **presunções**. Explica-se, os lucros cessantes trabalham com um grau de probabilidade tão alto que eximem-se da dúvida, como se soubessem o que aconteceria,

¹³⁹NORONHA, 2013, p.701/702 e SILVA, Rafael Peteffi da, 2013. p.134.

¹⁴⁰ Se na aplicação da teoria da perda de chance se (deve) indemniza(r) um dano autónomo em relação ao dano final (o que implica necessariamente que o dano de perda de chance tenha sempre um valor económico inferior ao dano final, uma vez que é calculado em função da probabilidade deste último se ter evitado caso não tivesse existido o primeiro), então ao cair-se na confusão entre a perda de chance e o lucro cessante pode estar-se a cometer o erro de indemnizar parcialmente um dano final sobre o qual existe uma causalidade certa – vide ALCOZ, LUIS MEDINA, op. cit., p. 54-6.

¹⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2009, p. 72.

¹⁴² GONDIM, 2013, p.128.

¹⁴³ Op.cit, p. 129.

pois os elementos que lhe foram fornecidos, que comprovam que a vantagem provavelmente ocorreria, são tão precisos, que possibilitam o intérprete a presumir a **vantagem como uma verdade**¹⁴⁴, caso o dano não tivesse ocorrido¹⁴⁵.

Por outro lado, ao tratarmos da **perda de uma chance**, estamos lidando com um sistema de **probabilidades**, uma vez que diferentemente dos lucros cessantes, o dano final aqui não pode ser presumido, tendo em vista que não existem formas de comprovação¹⁴⁶ do mesmo, ou seja, é **impossível afirmar que a vantagem aconteceria caso o dano não houvesse existido**. Em suma, não há certeza do resultado final – caso a chance não fosse perdida, mas há certeza – mediante a chance séria e real – que a perda da oportunidade resultou em prejuízo¹⁴⁷.

Dessa forma, faz-se uso do **sistema de probabilidade**, no caso da perda de uma chance, não para se supor qual seria o estado atual da vítima caso da ausência do dano – tendo em vista que esse nunca se saberá ao certo -, mas **para identificar se a chance perdida é passível de indenização**, a probabilidade nos faz ser capazes de dizer se a chance é real e séria¹⁴⁸.

Contudo, a diferenciação não para por aí, sendo possível diferenciar os institutos diante do *quantum* indenizatório que ambos pretendem. Como visto, os lucros cessantes abandonam a dúvida e tratam toda a situação de prejuízo como verdade – caso devidamente comprovado-, assim os lucros cessantes indenizarão o próprio resultado perdido, autorizando a reparação no equivalente a 100% do dano final.

Em contrapartida, a perda de uma chance, tendo em vista a impossibilidade da previsão do dano final, objetiva indenizar a chance perdida com a retomada do *status quo ante*. Dessa forma, a chance perdida nunca poderá ter igual valor ao benefício final, pois impossível de se comprovar que o mesmo ocorreria, essa somente se principiará sob o dano final para aplicar,

¹⁴⁴ A citada presunção deve ser feita com base no princípio da razoabilidade, nas palavras de Higa: “O sustentáculo de aferição dos lucros cessantes é informado, nos termos do Código Civil tedesco, pelo que razoavelmente se poderia esperar que ocorresse dentro de um determinado padrão, que atenta para um aspecto geral – curso normal das coisas -, e outro especial – circunstâncias peculiares do caso concreto.” HIGA, 2012, p. 71

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Curso de direito civil: obrigações, vol. 2, 11.ed, Salvador. Ed. JusPodivm, 2017, p. 605.

¹⁴⁸ HIGA, 2012, p.71

sobre ele, indenização correspondente ao percentual de possibilidades de obtenção do desfecho esperado¹⁴⁹.

Nesse sentido, precisa a postura do Superior Tribunal de Justiça ao considerar que “não é possível a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima, isso porque o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima”¹⁵⁰.

Por fim, de forma que não restem dúvidas sobre o tema, traz-se a voga elucidativo exemplo de Nelson Roselvand. Digamos então que um advogado, contrariando recomendação de seu cliente e de forma negligente, deixa de interpor recurso de apelação, no devido prazo legal, sendo o referido recurso não conhecido pela manifesta intempestividade o que faz cair por terra toda a possibilidade de êxito de seu cliente na demanda – transitando em julgado a lide.

No caso exposto, o dano estará caracterizado? Em primeiro lugar, importante esclarecer que a simples perda do prazo não resulta em imediata responsabilização do advogado. A responsabilização dependerá das possibilidades de êxito de seu cliente. Passemos às possibilidades: (i) digamos que haja súmula vinculante contrária ao pedido do cliente, inexistiria quaisquer possibilidades de ganho de causa e conseqüentemente de responsabilização do advogado. (ii) Porém, se a análise da jurisprudência comprovar que significativo número de casos obtém provimento, na matéria objeto de discussão da lide, poderá se aplicar a teoria da perda de uma chance, de forma a requerer que o advogado negligente indenize o cliente pela perda da chance de se consagrar vencedor do litígio. (iii) Radicalizando o exemplo, caso exista súmula vinculante favorável ao pedido do cliente, já não mais estaremos no campo da chance perdida, mas sim na esfera dos lucros cessantes, pois poderemos presumir que a vitória judicial ocorreria. Nesse caso, o cliente deverá ser indenizado pelo próprio valor final que pretendia obter da parte contrária com o litígio¹⁵¹¹⁵².

¹⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, 2017, p. 604.

¹⁵⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Informativo nº 0513. Período: 6 de março de 2013. Terceira Turma. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4.12.2012.

¹⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: responsabilidade civil, vol. 3, 2.ed, São Paulo. Ed. Atlas, 2015, p. 234/235.

¹⁵² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0456. Período: 15 a 19 de novembro de 2010. Quarta Turma. “RESPONSABILIDADE CIVIL. ADOGADO. PERDA. CHANCE. A teoria de perda de uma chance (perte d’une chance) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais

Com isso, finda-se o proposto estudo basilar da perda de uma chance pretendido por esse estudo. O presente capítulo objetivou elucidar o conceito da teoria da perda de uma chance, sua transição histórica, a definição de chance em si, passando então às modalidades da teoria, seus pressupostos de aplicação até chegar a questões mais delicadas, como a diferenciação do instituto da perda de uma chance e dos lucros cessantes, consolidando assim toda a teoria de forma a possibilitar a discussão central pretendida por essa monografia: o debate sobre a natureza jurídica da perda de uma chance.

vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas. Nos casos em que se reputa essa responsabilização pela perda de uma chance a profissionais de advocacia em razão de condutas tidas por negligentes, diante da incerteza da vantagem não experimentada, a análise do juízo deve debruçar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo eventualmente perdida por desídia do causídico. Assim, não é só porque perdeu o prazo de contestação ou interposição de recurso que o advogado deve ser automaticamente responsabilizado pela perda da chance, pois há que ponderar a probabilidade, que se supõe real, de que teria êxito em sagrar seu cliente vitorioso. Na hipótese, de perda do prazo para contestação, a pretensão foi de indenização de supostos danos materiais individualizados e bem definidos na inicial.” REsp 1.190.180-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

4. DEBATE EM ABERTO: A NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE

Concluído todo estudo preliminar sobre o tema passa-se a questão central do presente estudo: A natureza jurídica da perda de uma chance. O presente capítulo, inicialmente, para fins didáticos, se prestará a apresentar as dificuldades de enquadramento de ambas as modalidades da teoria da perda de uma chance nos moldes da responsabilidade civil “tradicional”, tendo em vista que tal entendimento facilitará a compreensão das possibilidades de natureza jurídica do dano pela perda de uma chance apresentados pela doutrina.

Na sequência, buscando enfrentar a problemática trazida pela presente monografia e **compreender se seria ou não a perda de uma chance uma nova espécie de dano autônomo no ordenamento brasileiro**, iremos nos aprofundar na dualidade apresentada pela doutrina brasileira especializada no tema, pela contraposição do posicionamento, quanto à natureza jurídica do dano pela perda de uma chance, de Rafael Peteffi – que não considera a perda de uma chance como um dano por si só, mas sim como uma extensão do nexo de causalidade, apoiado pela teoria da causalidade parcial –; e de Fernando Noronha – que acredita que o dano pela perda de uma chance seria uma nova espécie de dano, por si só.

Após isso, se trará a voga o posicionamento de outro especialista no tema, o Professor Daniel Carnaúba que apresenta a perda de uma chance como mera técnica argumentativa. Ato contínuo, o capítulo tratará sobre as demais possibilidades da natureza da perda de uma chance apresentada pela doutrina minoritária, sejam elas: (i) como espécie de lucros cessantes, (ii) de dano emergente, (iii) como expressão de dano moral.

Por fim, e de forma breve, o presente capítulo apresentará um sintético panorama da jurisprudência do STJ, sobre a aplicação da teoria, para que se visualize o tratamento adotado pelo tribunal de modo que ao final será possível tratar o seguinte questionamento: a perda de uma chance caracterizaria nova espécie de dano autônomo no ordenamento brasileiro?

4.1 DA DIFICULDADE DO ENQUADRAMENTO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE À RESPONSABILIDADE CIVIL TRADICIONAL.

Antes de adentrarmos ao estudo da natureza jurídica da perda de uma chance, necessário ampliarmos nossos estudos sobre as modalidades da teoria: Clássica¹⁵³ (ou Originária) e a modalidade de evitar prejuízo (tida como a perda de uma chance na seara médica)¹⁵⁴ de modo a evidenciar a dificuldade de enquadramento de cada uma delas aos moldes da responsabilidade civil tradicional que conta com os pressupostos do ato ilícito, nexo causal e dano.

4.1.1 DA MODALIDADE CLÁSSICA: A IMPOSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO DO NEXO CAUSAL E DO DANO FINAL.

A modalidade clássica da teoria da perda de uma chance ocorre quando temos um processo aleatório em curso que é interrompido por ato de terceiro o qual provoca a perda da chance da vítima de obter vantagem legítima e esperada. Nesta modalidade, cria-se o dever de reparação da chance séria e real, diante de sua extinção por ato de terceiro, ainda que não seja possível afirmar que a vítima alcançaria o benefício almejado caso não houvesse a alteração do curso natural da situação.¹⁵⁵

Pode se dizer então que a perda de uma chance clássica é marcada pela interrupção do curso natural do feito, com a perda da chance, mas sem que seja possível se afirmar o desfecho da situação. Ou seja, se faz impossível confirmar o resultado final e conseqüentemente o dano se torna incerto¹⁵⁶. É por esse cenário de incerteza que a chance nunca poderá se igualar ao dano¹⁵⁷, conforme já exposto no 2.1 do presente estudo.

De forma a ilustrar a aplicação da teoria volta-se à seguinte situação hipotética trazida por Leitão¹⁵⁸: imagine que um pianista, após se classificar para segunda fase de um concurso promovido por uma gravadora, no qual o prêmio é a gravação de um CD, por aquele que prestasse a melhor apresentação musical. Ocorre, contudo, que em que pese sua classificação para realiza a apresentação, a gravadora não avisa ao pianista a data na qual o mesmo deveria se apresentar. Em razão disso, o candidato perde o dia das audiências e é desclassificado da

¹⁵³ Fernando Noronha em seus ensinamentos esclarece que tal denominação e diferenciação foi cunhada pela doutrina Francesa, NORONHA, 2013, p.699.

¹⁵⁴ Op.cit, p.699.

¹⁵⁵ Op.cit, 701.

¹⁵⁶ LEITÃO, 2016, p. 44.

¹⁵⁷ NORONHA, 2013, p. 696.

¹⁵⁸ LEITÃO, 2016, p. 42.

competição. Certo, porém, que a mera participação do pianista na referida fase do concurso não traz qualquer garantia que o mesmo se consagraria vencedor, vindo a gravar o almejado CD¹⁵⁹.

Passemos então a destrinchar o exemplo de forma que não restem dúvidas quanto ao seu enquadramento na teoria da perda de uma chance clássica bem como a impossibilidade deste se enquadrar na teoria da responsabilidade civil tradicional que pressupõe a ocorrência de ato ilícito, nexa causal e dano à vítima. Vejamos:

O ato ilícito e culposo existe e se configura da postura omissa da gravadora que ao deixar de notificar o pianista, da data da realizações das apresentações, e gera sua desqualificação para permanecer no concurso ante a não participação do mesmo nas apresentações¹⁶⁰. Já **o nexa causal se configura** pois a omissão da gravadora foi a responsável por levar a ausência do pianista às audiências e por consequência sua exclusão do concurso. Contudo, como o curso do evento foi interrompido de forma inesperada **não se pode afirmar qual é o dano final**, ou seja, não se pode confirmar que o benefício perdido é de vencer o concurso¹⁶¹.

Por não ser possível imputar a perda do benefício ao terceiro responsável pelo ato ilícito uma vez que, **mesmo na ausência deste, poderiam ocorrer diversas situações que implicariam da vantagem almejada**,¹⁶² bem como pela existência de chances sérias e reais – o pianista já se encontrava na última etapa do concurso logo tinha chances de vencê-lo –, estamos diante de um caso de perda de uma chance clássica onde o pianista só pode esperar pela indenização da chance perdida e não pelo dano final, como ocorre na responsabilidade civil tradicional.

E nas palavras de Leitão:

Basicamente, **o carácter aleatório do resultado final do processo causal hipotético não permite que se preencha o pressuposto do nexa de causalidade – e consequentemente do dano –** pois não possibilita a afirmação de que a falta de informação foi *conditio sine qua non* da perda do benefício; o juiz, ao elaborar o juízo de adequação posterior (prognóstico

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Cfr. PEDRO, Teixeira Rute, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção da Perda de uma Chance e a Tutela do Doente Lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 203 “ não se sabe se, retirado que fosse o facto de terceiro, a vantagem seria alcançada (ou perdida) ou a desvantagem seria efetivamente evitada (ou se consumaria)”.

objetivo), **não pode concluir que a falta de informação foi causa do dano final, uma vez que o processo causal (hipotético) nunca se concretizou**¹⁶³.

Pelo exposto fez-se claro que a dificuldade de enquadramento da teoria da perda de uma chance clássica, aos moldes da responsabilidade civil tradicional, se dá pela ausência de certeza do nexo causal e do dano final causado pelo caráter aleatório do resultado final em razão da não concretização do evento.

4.1.2 DA MODALIDADE DE EVITAR PREJUÍZO: A PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA E A DIFICULDADE DE DEFINIÇÃO DO NEXO CAUSAL

A segunda modalidade da teoria, denominada por Fernando Noronha, como modalidade de evitar de prejuízo, ocorre quando a negligência do agente é influência no dano final que o mesmo deveria ter evitado, se concretizando justamente por não ter sido interrompido por aquele que poderia e deveria fazê-lo.¹⁶⁴

Para tais casos, Fernando Noronha expõe que “é imprescindível que já estivesse em curso o processo que levou ao dano e que houvesse possibilidade dele ser interrompido por um certa atuação, que fosse exigível do indigitado responsável, mesmo que não seja possível garantir que com tal atuação o dano teria sido evitado”¹⁶⁵.

Dito isso, faz-se claro, que nessa modalidade, diferentemente do que ocorre na teoria clássica, conhece-se o dano final, de modo que as chances não estão relacionadas a algo que poderia vir a ser, mas sim a concretização do dano (como por exemplo a progressão de uma doença) que poderia ter sido evitado, não fosse o ato ilícito (negligência do médico).

Em razão desse processo tem-se o resultado final (quer seja morte, quer seja diminuição da probabilidade de cura) o qual contudo não se pode afirmar que se deu única e exclusivamente por esse ato ilícito, nessa modalidade **persiste a dúvida quando ao nexo causal apesar de haver a ciência do dano final**¹⁶⁶. Nas palavras de Rafael Peteffi:

¹⁶³ Op.cit, 43.

¹⁶⁴ VAZ, Marcela, 2018, p.3.

¹⁶⁵ NORONHA, 2013, p.706.

¹⁶⁶ LEITÃO, 2016, p.45 “nestes casos a perda de chance é efetivamente uma etapa de todo um processo ininterrupto que conduz à concretização do dano final, sem que este possa ser conexionado com aquela com segurança suficiente que permita admitir preenchido o pressuposto do nexo de causalidade, uma vez que no processo concorreram outras causas potenciais da produção do dano”.

A perda de chances de cura ou de sobrevida coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. **A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre o prejuízo e o ato ilícito do médico:** não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito ou a evolução (ou a complicação) natural da doença¹⁶⁷.

E novamente para que não restem dúvidas ilustra-se: Diga-se que determinado paciente chega ao hospital reclamando de fortes dores de cabeça, dificuldade na fala e em se manter de pé, após ter passado mal e perder os sentidos, sendo constatado que apresentava pressão arterial sistólica alta e informando o médico histórico de acidente vascular encefálico. Mesmo diante do quadro, o médico deixa de requerer exames complementares e concede ao paciente alta sob o diagnóstico de labirintite. Ato contínuo, o paciente consulta um neurologista que informa que o mesmo sofreu um Acidente Vascular Cerebral (AVC), não conseguindo mais andar e vindo a falecer dias depois¹⁶⁸.

No relato a cima, o **ato ilícito existe** e consiste na postura negligente do médico que mesmo diante da crítica situação em que se apresenta o paciente, não requerer quaisquer exames complementares, proferindo diagnóstico precipitado e errado. **O dano final também se concretiza**, pois não há qualquer interrupção do processo, que no exemplo citado é a perda de mobilidade do paciente e seu falecimento. Contudo, **o nexos de causalidade é incerto**, pois não se pode afirmar que caso o diagnóstico fosse correto desde o primeiro momento, a morte do paciente seria evitada.

De modo que novamente estamos lidando com uma situação de responsabilidade civil pela perda de uma chance e não de responsabilidade civil tradicional uma vez que o paciente não poderá obter indenização pela morte em si, pela ausência de nexos causal compatível, nas palavras de Sérgio Cavaliere Filho:

A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Em outras palavras, o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. **O que se perde é a chance de cura e**

¹⁶⁷ SILVA, Rafael Peteffi da, 2013, p.87.

¹⁶⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação nº 0010548-44.2013.8.19.0028, Relator: Desembargadora Regina Lúcia Passos, Vigéssima Quarta Câmara Cível, Data do Julgamento: 16.09.2015, Data da Publicação DJE: 18.09.2015.

não a continuidade de vida. A falta reside em não dar ao paciente todas as chances de cura (obrigação de meio).¹⁶⁹.

Por todo exposto, fez-se evidente que mesmo quando se trata da modalidade de evitar prejuízo, onde há a conclusão do evento, com a definição do dano final não há como adequar as possibilidades da teoria da perda de uma chance nos moldes da responsabilidade civil tradicional, uma vez que permanece a problemática do nexo causal.

Esclarecidas as dificuldades de adaptação e singularidades da teoria passa-se ao **debate central da presente monografia**, que diz respeito às manobras realizadas pela doutrina para **enfrentar a problemática de indefinição do nexo causal e incerteza do dano final através da definição da natureza jurídica** trazida pela doutrina especializada no tema, de Rafael Peteffi e Fernando Noronha. Onde Peteffi apresenta as chances perdidas ora como causas parciais – decorrente da teoria da causalidade parcial do nexo causal – ora como dano autônomo e Noronha milita somente pela adoção da natureza de dano autônomo.

4.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE: UM DEBATE ENTRE A DOCTRINA ESPECIALIZADA NO TEMA DE PETEFFI E NORONHA

Como bem exposto às sessões anteriores, as modalidades da perda de uma chance apresentam entraves de enquadramento junto à teoria tradicional da responsabilidade civil, uma vez que as teorias tradicionais do nexo causal não são suficientes para fundamentar a reparação pela perda de uma chance já que nesses casos o nexo causal não é bem definido¹⁷⁰.

As dificuldades, como já visto, se apresentam tanto na modalidade clássica onde não se pode afirmar que a conduta do agente foi condição necessária ao dano final pois esse nunca se concretizou, quanto na modalidade de evitar prejuízo por não se possível confirmar que sem o ato de terceiro o dano não teria ocorrido.

É sobre essas questões que se debruçará o cerne do presente capítulo. **Se as teorias tradicionais do nexo de causalidade**¹⁷¹ **não são capazes de justificar a reparação pela**

¹⁶⁹ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 413/414.

¹⁷⁰ SILVA, Rafael Peteffi da, 2013, P. 50/51.

¹⁷¹ Com teorias tradicionais do nexo causal se pretende: a teoria da equivalência de condições (conditio sine qua non), teoria da causalidade adequada, teoria da causalidade direta e adequada, para aprofundamento sobre o tema ver, TARTUCE, Flávio, *Manual de responsabilidade civil: volume único I*, 1ª ed, Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 297/313.

perda de uma chance por onde perpassa a fundamentação da teoria? A discussão ganhou grande proporção doutrinária, e foi abordada pelo professor Rafael Peteffi e pelo professor Fernando Noronha que ao delimitar a natureza jurídica da perda de uma chance, cada qual ao seu viés, dão finalização teórica ao instituto.

Passemos ao debate.

4.2.1 DO POSICIONAMENTO DE RAFAEL PETEFFI: DA NATUREZA JURÍDICA DÚPLICE DO DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE.

Rafael Peteffi, em sua obra *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, estabelece **duas sistemáticas para definição da natureza jurídica da perda de uma chance** dividindo-as pelos casos em que a perda de uma chance assume **natureza de dano autônomo** e pelos casos em que as chances perdidas terão **natureza de causas parciais** em relação à conduta do réu com o dano final¹⁷².

A sistemática adotada por Peteffi leva em consideração as próprias modalidades da teoria, já apresentadas na sessão 2.2 da presente monografia, onde em cada uma delas – modalidade clássica e de evitar prejuízo – existem possibilidades diferentes de verificação do processo aleatório. Quais sejam **(i)** modalidade clássica: o processo é interrompido por terceiro antes de ser concluído de forma que o dano final nunca chega a se concretizar. **(ii)** modalidade de evitar prejuízo: o dano final é conhecido contudo não pode se confirmar que esse não existiria não fosse a negligência do ato de terceiro¹⁷³.

Dessa forma, temos que a **primeira modalidade, apresenta a perda de uma chance com natureza jurídica de dano autônomo, contemplando os casos clássicos**, podendo ser ilustrado com o exemplo do pianista que foi impossibilitado de seguir no concurso por não ter sido avisado da data da audição ou ainda para utilização do leading case do tema, a situação em que a participante perde a chance de se consagrar milionário em programa de perguntas e respostas por nenhuma das soluções ser a correta.

¹⁷² SILVA, Rafael Peteffi da, 2013, p. 53.

¹⁷³ HIGA, 2012, p.165.

Nesses casos, é patente que, apesar da impossibilidade de se confirmar o resultado final do evento, as chances de obter o benefício pretendido foram efetivamente extintas¹⁷⁴ e por mais que não se saiba definir o dano final nos casos em comento, o mesmo se faz presente.

De modo que Peteffi afirma que existe “uma independência dos prejuízos representados pela perda da vantagem esperada (dano final) e a perda das chances”¹⁷⁵ e conclui de maneira brilhante:

Desta feita, nunca se saberá se o recurso, mesmo interposto dentro do prazo lograria êxito ou se a jovem conseguiria o emprego, mesmo com saúde perfeita. Logo as chances são uma “suposição legítima do futuro” (...). Nesses casos, a chance pode ser **isolada como uma propriedade anterior da vítima, que está incluída no seu patrimônio e se encontra totalmente independente do dano final**. Aqui o fato do ofensor impossibilita totalmente a “aposta”, isto é, retira a álea própria da vantagem esperada. **O processo aleatório é interrompido antes de chegar ao seu fim, desse modo, resta absoluta a relação causal entre o fato danoso e a perda das chances caracterizando essas como um dano específico distinto do dano final**¹⁷⁶.

Conclui-se então que **condicionar a reparação dos casos de perda de uma chance clássica ao dano final mitigaria a possibilidade de tutela** da vítima devendo a chance – séria e real - **perdida ser considerada como a própria ensejadora da reparação**, temos então a construção da natureza jurídica da perda de uma chance como dano por si só, ou seja, **dano autônomo pela perda de uma chance**¹⁷⁷.

De outro lado, a segunda modalidade apresentada por Peteffi apresenta a **perda de uma chance com causa parcial do dano final** contemplando os **casos de perda de uma chance de evitar prejuízo ou perda de uma chance na seara médica** que podem ser exemplificados como os casos em que um médico, por negligência, apresenta diagnóstico errado do paciente que se vê impedido de iniciar imediatamente o devido tratamento de sua doença, só vindo a obter o correto diagnóstico meses depois, e vindo a falecer na sequência.

¹⁷⁴ SILVA, Rafael Peteffi da, 2013, p. 56.

¹⁷⁵ Op.cit, p. 88.

¹⁷⁶ Op.cit, 2013, p. 86

¹⁷⁷ SILVA, Rafael Peteffi da, 2013, p. 88

Não se pode afirmar que com o diagnóstico prévio não haveria o falecimento do paciente, mas certamente a negligência médica resultou na perda de sobrevida do mesmo. **Nesses casos não existem dúvidas quanto ao dano final, a dificuldade está quanto a confirmação do nexo de causalidade**¹⁷⁸. De modo que Petterfi propõe se utilizar da **teoria da causalidade parcial para definir as chances**. Explica-se.

A adoção da teoria da causalidade parcial nos casos de perda de uma chance médica se dá pela presunção de que sendo o ato apenas causa provável do dano devem existir múltiplas causas concorrentes para concretização do dano. Nas palavras de Leitão:

Com efeito, esta premissa comporta duas conclusões necessárias: **em primeiro lugar a de que, sendo um facto apenas causa provável de um dano, podem existir outras causas concorrentes para a produção desse dano; em segundo lugar, a de que essas múltiplas causas são independentes entre si, o que pode implicar a responsabilização parcial de mais do que um agente, na proporção da relação de probabilidade que o facto por si praticado tenha com o dano final. Assim, nunca a qualquer um dos factos poderá corresponder uma indemnização integral do dano, uma vez que nenhum deles é *conditio sine qua non* do dano**¹⁷⁹.

Logo, nessa segunda modalidade não há como, segundo Peteffi, se falar em dano autônomo, tendo em vista que o fato de um médico apresentar diagnóstico errôneo **não gera, por si só, a perda do benefício almejado** – no caso a cura - **mas sim diminuição de obter o mesmo ou aumento do risco**¹⁸⁰. Assim, nesses casos não se pode mais olhar para a perda de uma chance como dano autônomo sendo **necessário passar a analisar a ligação provável que o ato de terceiro tem com o dano final**¹⁸¹.

Dito isso, a **segunda modalidade**, adotada nos casos de se evitar prejuízo – onde o **dano é conhecido** – se utiliza da **teoria da causalidade parcial para contornar a problemática do nexo causal incerto**, ao determinar que o terceiro, causador do dano, seja condenado a **ressarcir o dano que segundo as estatísticas se espera que ele tenha causado ou contribuído**¹⁸².

¹⁷⁸ Op.cit.

¹⁷⁹ LEITÃO, 2016, p.49.

¹⁸⁰ HIGA, 2012, p. 168.

¹⁸¹ LEITÃO, 2016, p.49.

¹⁸² SILVA, Rafael Peteffi da, 2013, p.62.

Conclui-se então que essa modalidade foge do padrão “tudo ou nada” do nexo causal possibilitando a correlação existente entre o fato gerador da responsabilidade e o dano¹⁸³ e ainda que a **chance não pode constituir dano autônomo pois absolutamente subordinada à existência do dano final**¹⁸⁴. Logo, para Peteffi, nesses casos a chance terá a mesma **natureza jurídica de causa e integrará o dano final** pois, embora não se tenha certeza sobre se a ação do terceiro causou o dano final, essa ação é causa provável desse dano, devendo sua quantificação se dar pela adoção da teoria da causalidade parcial.

4.2.2 DO POSICIONAMENTO DE FERNANDO NORONHA: DA NATUREZA JURÍDICA EXCLUSIVAMENTE AUTÔNOMA DO DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE.

Fernando Noronha também apresenta notável proposta para definição da natureza jurídica da perda de um chance em sua obra Direito das Obrigações. O autor defende que a perda de uma chance sempre possuirá natureza de dano autônomo, concordando parcialmente com Peteffi mas discordando quanto à possibilidade de adoção das chances como causas parciais.

A divergência apresentada pelo autor está no fato desse defender que o nexo causal sempre poderá ser verificado, explicando que tal fato não significa imputar à vítima o dever de fazer prova irrefutável de que o dano sofrido foi consequência direta do ato ilícito de terceiro, sendo suficiente que se prove que esse ato era causa adequada do dano diante de sua previsibilidade¹⁸⁵. E completa:

Se o lesante praticou um fato suscetível de causar o dano (na hipótese de responsabilidade subjetiva, ou de objetiva comum), ou se esse fato aconteceu dentro da sua esfera de risco (na hipótese de responsabilidade objetiva agravada), sobre ele deva recair o ônus de provar que, apesar da condicionalidade, não houve adequação entre o fato e o dano¹⁸⁶.

Quanto à questão do dano Noronha defende que só haverá o dever de indenizar em situações em que exista o dever de evitar o dano antes de que ele ocorresse ou naquelas em que havia pretensão de se obter vantagem futura antes do dano ocorrer. O dano pela perda de

¹⁸³ Op. cit, p.60.

¹⁸⁴ Op.cit, p.89.

¹⁸⁵ NORONHA, 2013, p. 712.

¹⁸⁶ Ibidem.

uma chance se constitui a partir da quebra da expectativa, que se traduz na impossibilidade de obter vantagem ou de não sofrer dano e é por si só um dano certo¹⁸⁷, o “incerto é saber se o fato antijurídico terá sido a causa do dano final”¹⁸⁸. Vejamos a explicação de Noronha:

Depois de provada a causa da interrupção do processo, isto é, depois da prova do nexa causal, vem a prova do próprio dano: é preciso demonstrar que este efetivamente existe e qual é o seu montante. Esta é uma prova mais difícil. [...] **O dano não pode consistir na vantagem que era esperada, porque esta não passava de mera expectativa**, que não há mais condições de saber se viria a concretizar-se, caso não tivesse ocorrido o fato antijurídico tal vantagem agora não passará de um dano incerto e, por isso, insuscetível de reparação. **O dano só pode consistir na perda da própria chance: esta perda é um prejuízo distinto do benefício que era esperado, como enfatizou bem os autores franceses.** [...] Portanto, **é o prejuízo constituído pela perda da chance que vai ser objeto de reparação.** Mas é preciso saber como fazer a respectiva avaliação¹⁸⁹.

Dessa forma é nítido que a divergência ocorre quanto ao posicionamento adotado por Noronha, que entende que o nexa causal sempre pode ser comprovado sendo a chance sempre dano indenizável de forma autônoma e Peteffi que acredita na natureza dúplice da perda de uma chance. Certo ainda, que os dois autores em momentos distintos classificam as chances como bem juridicamente relevante capaz de ser atingida por ato ilícito de terceiro e aceitam que o elemento da aleatoriedade é característico ao dano em si.

Transcorrido o debate entre Peteffi e Noronha faz-se ainda necessário destaque ao posicionamento de Daniel Carnaúba, também estudioso do tema que diverge de ambos os Professores ao entender a perda de uma chance como mera técnica de julgamento.

4.2.3 DA DIVERGÊNCIA DE CARNAÚBA: A PERDA DE UMA CHANCE COMO MÉTODO DECISÓRIO

Indo em sentido diametralmente oposto necessário apresentar os ensinamentos do professor Daniel Carnaúba também representante da doutrina especializada sobre o tema. Carnaúba defende, em sua obra *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: A Álea e a*

¹⁸⁷ “Os danos ligados a chances perdidas não de ser danos certos, isto é, danos que não só sejam consequência adequada de um determinado fato jurídico, como também objeto de prova suficiente para demonstrar a sua ocorrência, razão pela qual tão necessária a verificação da probabilidade para reparar a chance”. NORONHA, 2013, p. 671.

¹⁸⁸ Op.cit, p. 712.

¹⁸⁹ Op. cit, p. 714.

Técnica, que a responsabilidade civil pela perda de uma chance seria na realidade apenas um método decisório criado para contornar a problemática da reparação dos “interesses aleatórios”¹⁹⁰. Vejamos:

a perda de uma chance seria mais bem definida como uma técnica decisória, criada pela jurisprudência francesa para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Essa técnica consiste no deslocamento da reparação: a responsabilidade deixa de se preocupar com a intangível vantagem aleatória desejada, e passa a considerar a chance como objeto a ser reparado¹⁹¹

Dessa forma, Carnaúba, para defender sua tese sustenta a inexistência de nexo causal nos casos de perda de uma chance, uma vez que inexiste prejuízo previamente determinado¹⁹². Vejamos:

Causalidade e prejuízo estão unidos por um nexo de dependência, desta em relação a aquele. Para que possamos analisar a causalidade jurídica, é necessário pressupor um prejuízo a fazer às vezes de efeito, e uma conduta, a representar a causa. Logo, **é impossível afirmar a existência de um nexo causal se não houver um prejuízo previamente determinado.** Partindo desta observação podemos entender a razão da inexistência de um nexo causal nos casos de perda de chance. Como poderíamos identificar um nexo entre a conduta e o prejuízo, se esse último foi declarado incerto? **O óbice à causalidade nada mais seria do que a consequência lógica do óbice à certeza do prejuízo**¹⁹³.

O autor ainda trata sobre a possibilidade da perda de uma chance como dano autônomo para restringi-la, afirmando que tal busca é “fadada ao fracasso” uma vez que em que pese concordar com o fato de que a chance e o interesse final pretendido pela vítima são distintos, a chance nunca poderia ocupar lugar de interesse autônomo uma vez que só existe em razão do interesse final¹⁹⁴. Nas palavras do Autor:

A perda de chance de obter um resultado jamais será independente ou autônoma em relação à perda desse resultado. De forma mais precisa, poderíamos afirmar que a lesão a um interesse aleatório é uma lesão subordinada, cuja existência não deixa de ser uma expressão atenuada da perda da vantagem em jogo¹⁹⁵.

¹⁹⁰ CARNAÚBA, Daniel, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma chance: a Aléa e a Técnica*, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 144.

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² Op.cit, p.67.

¹⁹³ Ibidem

¹⁹⁴ Op.cit, p 130.

¹⁹⁵ Ibidem

Assim, Carnaúba adota o argumento da técnica de reparação das chances perdidas, e considera as chances como elemento pertencente à vítima que deixa de existir sem, contudo, ser possível a imputação desse desaparecimento ao ato ilícito de terceiro. Estando o pleito reparatório justificado pela pretensão da vítima e dos aplicadores do direito em indenizar os danos injustos¹⁹⁶.

Por tal posicionamento, o deslocamento da reparação ultrapassaria o acaso ao confirmar a certeza da chance de forma a permitir a aplicação das normas de responsabilidade civil mesmo em meio à inexistência de nexos causal comprovado.

Por fim, traspassados os ensinamentos trazidos pela doutrina especializada no tema ainda se faz necessário apresentar outras classificações para natureza jurídica da perda de uma chance apresentados pela doutrina minoritária quais sejam: (i) como espécie de lucros cessantes (espécie de dano material), (ii) de dano emergente (espécie de dano material), (iii) como expressão de dano moral.

4.2.4 DAS DEMAIS POSSIBILIDADES DE NATUREZA JURÍDICA TRAZIDAS PELA DOUTRINA MINORITÁRIA:

Em que pese o posicionamento da doutrina especializada no tema se dividir entre a possibilidade de a perda de uma chance adotar natureza jurídica de dano autônomo ou causalidade parcial, uma série de doutrinadores tratam o instituto como mera extensão dos danos já existentes, o presente tópico apresentará tais possibilidades.

4.2.5 DA PERDA DE UMA CHANCE COMO ESPÉCIE DE LUCROS CESSANTES:

Em que pese o presente trabalho em sua sessão 3.5.2 já ter esclarecido os motivos pelos quais a perda de uma chance não poderá ser equiparada aos lucros cessantes, uma parte da doutrina adota tal posicionamento sob a justificativa de que a perda de uma chance apenas frustra a vítima a expectativa de ganho futuro, configurando-se, assim, espécie de lucros cessantes.

¹⁹⁶ CARDOSO, Clarissa Medeiros, *A teoria da perda de uma chance uma chance na relação entre cliente e advogado : uma análise jurisprudencial da compreensão do tema pelos tribunais brasileiros*, Dissertação-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, 2016, p. 88.

Sobre o conceito de lucros cessantes, Sérgio Cavalieri Filho assevera que o mesmo consiste “na perda do ganho esperável na frustração da expectativa de lucros, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”¹⁹⁷.

Dessa forma, pode-se dizer que os lucros cessantes têm como característica o interesse futuro, uma vez que dizem respeito ao bem que ainda não se possui no momento do prejuízo¹⁹⁸, é aquilo que nos termos do Código Civil de 2002, representa o que “razoavelmente se deixou de lucrar” em decorrência do dano.

Dessa forma, diante da conceituação de lucros cessantes, argumenta-se que ambos os institutos se caracterizam pela ausência da possibilidade de comprovação do dano final, tendo em vista que sempre será possível se questionar sobre eventualidade que alteraria o suposto curso natural dos acontecimentos pretendido pela vítima¹⁹⁹.

Dessa forma, aqueles que adotam tal posicionamento firmam-se no fato da perda de uma chance não poder ser indenizada por si só diante da incerteza do dano final, como é o caso de José de Aguiar Dias, que enquadra a perda de uma chance como lucros cessantes, como se infere no trecho a seguir:

Se o advogado, porém, deixa de recorrer, não obstante os desejos do cliente, incorre em responsabilidade. [...] Não há advogado digno desse título que não avalie a gravidade da falta de não preparar o recurso. Contudo – e é o que sucederá na maioria dos casos – o autor não fizera prova do prejuízo e, nessas condições, não obstante reconhecida a responsabilidade, não seria, realmente, possível uma condenação²⁰⁰.

Ainda nesse sentido, Sérgio Novais Dias, ao também abordar clássica situação de dano pela perda de uma chance, onde o advogado, por negligência, perde o prazo recursal, trata a perda de uma chance como lucros cessantes ao defender que a responsabilidade de indenização do advogado só existiria caso houvesse a devida comprovação de que o cliente teria êxito ao interpor o recurso²⁰¹

¹⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2009, p. 72.

¹⁹⁸ GONDIM, 2013, p.128.

¹⁹⁹ SAVI, 2009, p. 14.

²⁰⁰ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 296.

²⁰¹ NOVAIS DIAS, Sérgio, 1999, p.66.

Em que pese a semelhança dos institutos, adotamos a posição de que os mesmos não se confundem, conforme já exposto na sessão 3.5.2 do presente trabalho. Contudo, necessário destacar que a confusão técnica é recorrente até mesmo entre os julgados do respeitável Supremo Tribunal de Justiça, a saber:

(...) A simples inscrição do autor em concurso público ou o fato de estar, no momento do acidente, bem posicionado em lista classificatória parcial do certame, **não indicam existir situação de real possibilidade de êxito capaz de autorizar a aplicação, no caso, da teoria da perda uma chance, não havendo falar, portanto, na existência de lucros cessantes a serem indenizados** (...) ²⁰²

Conclui-se então que a justificativa para classificação da perda de uma chance como lucros cessantes perpassa pela impossibilidade de comprovação do dano final. De forma que aqueles que exigem tal comprovação classificam o instituto como lucros cessantes, uma vez que, caso assim não fosse, a perda de uma chance cairia no limbo da prova diabólica, o que reduziria a possibilidade de indenização pela vítima, diante da impossibilidade de se comprovar evento futuro e incerto.

4.2.6 DA PERDA DE UMA CHANCE COMO ESPÉCIE DE DANO EMERGENTE:

De outro lado, alguns autores defendem que a perda de uma chance teria natureza jurídica de dano emergente. Para os adeptos da teoria, a chance estaria no âmbito do interesse patrimonial do indivíduo, sendo, portanto, merecedora de tutela, por tal razão, para a presente corrente doutrinária, a perda de uma chance configuraria dano presente e concreto, responsável por gerar a diminuição imediata do patrimônio da vítima²⁰³. Ao defender o posicionamento, Sérgio Savi esclarece:

Ao se inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado, indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado. [...] Assim, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem. Isto é, faz-se uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo²⁰⁴.

²⁰² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça., Resp nº 1591178 RJ, Relator. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Data do julgamento 25/04/2017, Data da publicação Dje. 02/05/2017.

²⁰³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. 2011, p. 122-123.

²⁰⁴ SAVI, Sérgio, 2009, p. 122.

Nesse mesmo sentido Gustavo Tepedino:

Se a chance de fato existia, foi considerada séria e a conduta culposa do agente impediu que ela se verificasse, é certo que a vantagem esperada está perdida e disso resulta, segundo a doutrina mais recente, um dano emergente, passível de indenização. Certo não é o bom êxito que a chance descortina, ainda que extremamente provável. Certa é a chance em obter-lo, o que só por si constituía um ativo, às vezes importante, no patrimônio de quem a perdeu²⁰⁵.

Assim, para os adeptos desta classificação, a perda de uma chance consistiria em espécie de dano emergente diante do entendimento de que a chance corresponderia ao benefício, que, não fosse a interrupção do evento por terceiro, seria conquistado pela vítima²⁰⁶.

4.2.7 DA PERDA DE UMA CHANCE COMO EXPRESSÃO DO DANO MORAL:

Por fim, faz-se necessário destacar que o dano pela perda de uma chance poderá envolver interesses de cunho patrimonial e extrapatrimonial, a referida conclusão foi firmada pelo enunciado nº 444 da Jornada de Direito Civil, proposto por Rafael Peteffi, cujo a redação se transcreve:

Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos²⁰⁷.

No mesmo sentido, Gisela Sampaio da Cruz ressalta que, na verdade, a perda de uma chance configuraria “uma nova situação lesiva da qual pode originar um dano patrimonial ou extrapatrimonial, a depender do interesse em jogo”²⁰⁸ e ainda pela Professora Glenda Gondim “A chance pode ter caráter extrapatrimonial, desde que a lesão em discussão seja um bem jurídico não patrimonial”²⁰⁹.

²⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena Barboza; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.727.

²⁰⁶ GONDIM, Glenda, 2010,p.137.

²⁰⁷ Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>, acesso em 05.05.21.

²⁰⁸ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes, do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: RT, 2011, P. 125.

²⁰⁹ GONDIM, Glenda, 2010,p.131.

Todd Aagaard, ao defender o posicionamento, utiliza como exemplo as situações de perda de uma chance na seara médica, o autor identifica nesses casos a chance como dano extrapatrimonial por se traduzir “pela dor decorrente da perda de se ver curado, pela angústia de saber que não mais poderá ser submetido a um tratamento adequado”.²¹⁰

Destaca-se, nesses casos de seara médica, a necessidade de distinguir o dano moral indenizável decorrente da dor gerada pela perda da vítima e da chance tida como extrapatrimonial, que irá consistir na dor criada pela negligência do médico ao proferir diagnóstico que impossibilita o paciente de obter o tratamento adequado. Glenda Gondim, citando Todd Aagaard, traz a voga o caso *Evers versus Dollinger*²¹¹, onde a corte americana foi capaz de realizar tal distinção. Cita-se:

As cortes diferenciaram a dor sentida pela doença em si, incluindo os seus próprios resultados, e a frustração pela impossibilidade de tratamento correto. No julgamento de *Evers versus Dollinger*, expressamente foram distinguidas as afetações psicológicas decorrentes da própria patologia preexistente daquelas provenientes especificamente da conduta do médico, que dizem respeito ao sentimento de lhe ter sido retirada a oportunidade de evitar o resultado final, a frustração psicológica em não mais existirem recursos para tentar uma cura ou a sobrevida em razão da conduta equivocada. Esses são exemplos de danos extrapatrimoniais a serem reparados como chance²¹².

Dessa forma, a doutrina defensora desse posicionamento entende que a chance poderá ter natureza jurídica de dano extrapatrimonial caso o interesse jurídico que ela visava tenha esse caráter.

²¹⁰ Gondim, Glenda, 2010, p. 131 ao citar AAGAARD, Todd, *Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases*, 96 MICH. L. REV. 1335., 1998, p. 5.

²¹¹ Op. cit, p. 131: Nos casos de James e Evers, ambos reclamaram a dor emocional e o sofrimento decorrentes do atraso no diagnóstico. A corte que julgou o caso de James descreveu “a angústia mental pela sensibilização da oportunidade perdida”, os danos foram compensados pelo “benefício psicológico em não ter conhecimento que tinha câncer [por dois prévios anos ante o atraso no diagnóstico]. No Julgamento: Evers, a corte destacou que “ansiedade emocional e a aflição mental”, causada pela conduta negligente do réu ao não diagnosticar corretamente o câncer da autora causou “danos à senhora Evers” emocionalmente e sofrimento mental que devem ser comprovados pela prova que a aflição resultou da negligência do médico em diagnosticar o tumor e efetuar prontamente o devido tratamento. Enquanto no Julgamento: Evers a corte tomou o cuidado em verificar a condição mental causada pela doença preexistente – que não será compensada a não integra o dano reparável – e distingui-la pelo sofrimento decorrente especificamente da conduta do médico, ou seja, a ansiedade pelo conhecimento da autora de que o médico atrasou o possível tratamento e aumentou o risco dela ser vítima, talvez fatal, da doença, sendo isso o que será compensado.

²¹² Op. cit, p.132.

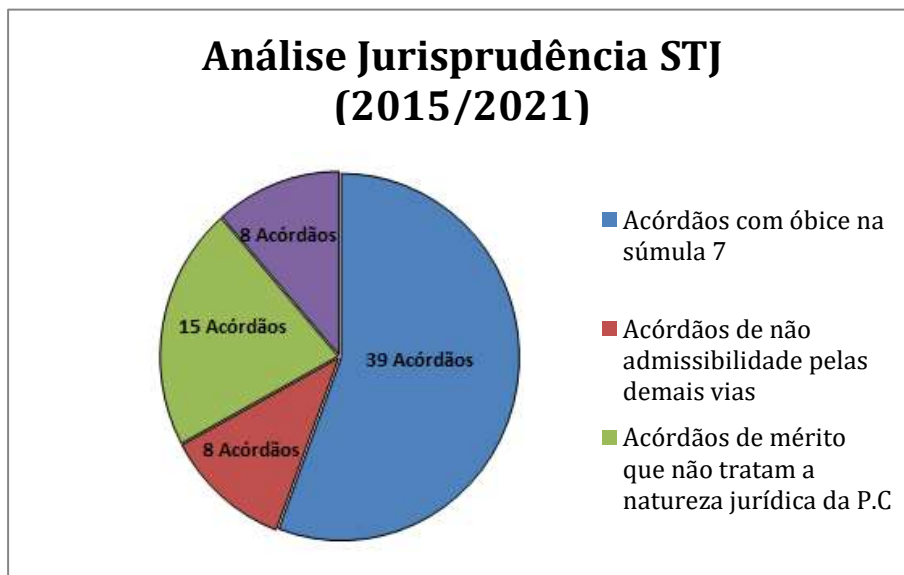
4.3 DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

Ultrapassada a exposição doutrinária sobre o tema onde se confirmou a ausência de consenso atual sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, passa-se a uma breve análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema de forma que seja possível visualizar como o debate vem sendo tratado na prática pelos aplicadores do direito.

Utilizando-se da ferramenta de consulta jurisprudencial do Tribunal Superior de Justiça, aplicando-se o parâmetro “perda de uma chance” e se delimitando a pesquisa entre o período que se inicia em 1º de janeiro de 2015 e finda em 1º de maio de 2021, foram encontrados 72 (setenta e dois) acórdãos. Contudo, dois dos acórdãos encontrados estão em duplicidade no site sendo certo que o total correto encontrado são 70 (setenta) acórdãos.

Após essa triagem, os acórdãos foram divididos entre aqueles que enfrentaram o mérito do recurso e aqueles em que o recurso não foi admitido diante da óbice da súmula nº 7 do STJ ou ainda pela falta de pré questionamento (súmula nº 211 do STJ), ausência de dissídio jurisprudencial (Art. 1.030, I,b do CPC). De modo que 39 (trinta e nove) acórdãos versam sobre recursos que tiveram seu prosseguimento obstado em razão da súmula nº 7 do STJ, 8 (oito) acórdãos inadmitiram o recurso pelas demais vias e 23 (vinte e três) adentraram o mérito do recurso. Desses, apenas 8 (oito) abordaram de alguma forma a natureza jurídica da perda de uma chance. Segue abaixo gráfico representativo da pesquisa realizada:

Figura 1 – Acórdãos do período de 1ª de janeiro de 2015 a 1ª de maio de 2021 proferidos pelo STJ em que se encontra o termo “perda de uma chance”



Passemos a breve análise dos oito julgados em que se discute a natureza jurídica da perda de uma chance. Entre esses, um acórdão atribuiu à perda de uma chance natureza jurídica de lucros cessantes, dois acórdãos consideraram a perda de uma chance como dano material e cinco acórdãos adotaram a natureza jurídica de dano autônomo.

O REsp nº 1591178/RJ, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, **atribuiu ao instituto da perda de uma chance natureza jurídica de lucros cessantes**. No caso dos autos, o Autor sustentava fazer jus a indenização por lucros cessantes decorrentes da perda de uma chance por ter sido impossibilitado de participar de concurso público no qual estava inscrito em razão de atropelamento anterior. Ao tratar sobre o tema o Relator declara:

Na hipótese, inexistência do dever de indenizar por **lucros cessantes decorrentes da suposta perda de uma chance**. (...) Isso porque a simples inscrição do autor no concurso ou mesmo o fato de estar, no momento do acidente, bem posicionado na lista classificatória parcial do certame, **não indicam existir situação de real possibilidade de êxito capaz de configurar a existência, no caso, de lucros cessantes a serem indenizados**. (...) Tais circunstâncias evidenciam que a pretensão do recorrente, pelo menos nesse ponto específico, está atrelada mais à frustração de uma esperança subjetiva do que de uma séria e real a possibilidade de êxito²¹³.

Assim, no caso em comento conforme amplamente já demonstrado pelo presente trabalho, há clara confusão entre os institutos da perda de uma chance e do lucros cessantes. Em que pese o erro técnico no julgado anterior, oportuno citar o voto proferido em sede do REsp nº 1.750.233/SP de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que realiza com maestria a correta distinção dos institutos:

De acordo com o CC/02, os **lucros cessantes representam aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar**, por efeito direto e imediato da inexecução da obrigação pelo devedor. (...) Noutra toada, a **perda de uma chance** não tem previsão expressa no nosso ordenamento jurídico, tratando-se de instituto originário do direito francês, recepcionado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, e que **traz em si a ideia de que o ato ilícito que tolhe de alguém a oportunidade de obter uma situação futura melhor gera o dever de indenizar**. (...) **Infere-se, pois, que nos lucros cessantes há certeza da vantagem perdida, enquanto na perda de uma chance há certeza da probabilidade perdida de se auferir a vantagem. Trata-se, portanto, de dois institutos distintos**²¹⁴.

²¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1591178 RJ, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 25/04/2017, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 02/05/2017.

²¹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1750233 SP, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 05/02/2019, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 08/02/2019.

Dando sequência, os REsp nº 1.637.375 / SP e REsp nº 1.757.936 / SP, ambos de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas, atribuem à **perda de uma chance natureza de dano material** ao adotarem o raciocínio de que a perda de uma chance obedece aos “interesses do jogo”, conforme posicionamento adotado pela Professora Gisela Sampaio.²¹⁵ Vejamos os trechos dos acórdãos de ambos os casos, respectivamente:

A conduta de não observar o prazo para apresentar defesa em autos judiciais equivale à perda da chance de obter uma situação mais favorável na demanda judicial. (...) A partir desse entendimento, havendo pedido de indenização por perdas e danos em geral, **pode o juiz reconhecer a aplicação da perda de uma chance sem que isso implique em julgamento fora da pretensão autoral**, como igualmente ocorreu na hipótese dos autos. (...) Assim, **no caso dos autos, diante de todas essas considerações, inexistente o alegado julgamento extra petita, pois o autor postulou indenização por danos materiais e as instâncias ordinárias condenaram o réu em conformidade com o pedido**, apenas concedendo a reparação em menor extensão²¹⁶.

Da aplicação da teoria da perda de uma chance e do cabimento da indenização por danos materiais. (...) Assim, ao adotar essa técnica legislativa, **os danos passíveis de reparação não são apenas aqueles enumerados pelo legislador**, a exemplo dos incisos I e II do artigo 948 do CC/2002, **podendo abranger também a chance perdida**, desde que estejam comprovados a prática do ato lesivo e o nexo causal entre a conduta do ofensor e a perda da chance. (...) para se **quantificar o conteúdo efetivo da chance perdida**, os recursos da estatística e da probabilidade devem ser utilizados, partindo-se do valor final que o autor poderia obter, no caso dos autos, o montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), prêmio oferecido pelo programa, **para se chegar ao valor do dano decorrente da eliminação e correspondente à chance perdida.** (...) Assim, correto o acórdão recorrido que fixou a **indenização por danos materiais por perda da chance** em R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), **valor que corresponde a 25%** (vinte e cinco por cento) **do total do prêmio** de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)²¹⁷.

Quanto ao segundo julgado, intriga a conclusão ao qual chega o nobre Ministro Relator Sr. Ricardo Villas Bôas que no decorrer de sua fundamentação trata a perda da chance como dano indenizável por si só, levando a crer que a posição adotada seria pela natureza autônoma do dano pela perda de uma chance, mas por fim confirma o acórdão que fixou a indenização por danos materiais decorrentes da perda de uma chance de modo que a chance estaria enquadrada em espécie de dano material e não de dano autônomo.

²¹⁵ Pela qual a perda de uma chance “pode originar um dano patrimonial ou extrapatrimonial, a depender do interesse em jogo” GUEDES Gisela Sampaio da Cruz., 2011, p. 125.

²¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 1637375 SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuerva, Data de Julgamento: 17/11/2020, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 25/11/2020.

²¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 1757936 SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuerva, Data de Julgamento: 20/08/2019, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 28/08/2019.

Por fim, os REsp nº 1.750.233 / SP, 1.540.153 / RS, 1.662.338 / SP, 1.677.083 / SP e 1.622.538 / MS atribuem a **perda de uma chance natureza de dano autônomo** ao adotarem o raciocínio de que o instituto seria um meio termo entre os já conhecidos danos emergentes e lucros cessantes, devendo a **chance real e séria ser reparada por si só**. Vejamos os trechos elucidativos dos brilhantes julgados:

A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - **é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo**, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro²¹⁸.

É fato que as fronteiras da responsabilidade civil alargaram-se para além dos limites da teoria tradicional com foco no agente causador do dano e na constatação da culpa no caso concreto. A vanguarda civilista se preocupa, de um tempo para cá, com o ressarcimento do dano injustamente suportado pela vítima, situação que contribuiu para a **ampliação da categoria dos danos indenizáveis** (...) É certo que, **ordinariamente, a responsabilidade civil tem lugar somente quando há dano efetivo verificado, seja moral, seja material, este último subdividido na clássica estratificação de danos emergentes e lucros cessantes.** É certo também que, na configuração da responsabilidade **pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer será o agente causador responsabilizado por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro**, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. (...) **A doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas se reduz a um dano hipotético** (cf. SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007).(...) Nesse passo, percebe-se que ambos os deslocamentos propostos pela teoria, o de objeto e o temporal ou cronológico, viabilizaram a tomada de decisão, quando apresentadas as situações de conflito. Na verdade, dado que a chance encerra em si o elemento aleatório – por definição, a realização de uma chance nunca é certa –, **a reparação das chances superou a necessidade, imposta pela teoria da responsabilidade civil, de aniquilar a dúvida sobre o resultado do evento aleatório.** (...) Assim, a análise do caso deve ocorrer, como sói acontecer, a partir do pressuposto de que a venda ocorreu sem a autorização do autor, configurando, por consequência, ato ilícito dos recorrentes, capaz, em tese, de fundamentar a responsabilização por eventual dano sofrido pela outra parte. **Nesse particular, o dano sob investigação**

²¹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1750233 SP, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 05/02/2019, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 08/02/2019.

consiste exatamente na perda da chance de obter uma vantagem, qual seja, a venda daquelas ações por melhor valor²¹⁹.

Assim, a **perda de uma chance** de sobrevivência ou de cura **“consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final”**. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou à paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexos causal pode suscitar” (REsp 1254141/PR, de minha relatoria, 3ª Turma, DJe de 20/02/2013)²²⁰.

Em confronto com parte da doutrina estrangeira citada em seu voto, que enxerga a **teoria da perda de uma chance como um processo de mitigação do nexos causal**, por isso de questionável aplicação, ponderou a Ministra Nancy Andriighi que **“(...) a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexos causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização (...)”**Esse modo de pensar põe de lado a controvérsia existente quanto à caracterização do nexos causal entre a conduta médica (comissiva ou omissiva) e o resultado danoso, pois considera a chance perdida um bem jurídico autônomo, passível de ser indenizado se indevidamente subtraído de seu titular²²¹.

Diante do cenário retratado pode-se concluir que a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem, em sua maioria, adotando a teoria da perda de uma chance, atribuindo-lhe natureza de dano autônomo em prestígio ao **objetivo primeiro da teoria, de indenizar os interesses reais e as justas expectativas da vítima, expandindo os alcances da responsabilidade civil e valorizando a tutela do indivíduo** nas situações de eventos aleatórios onde o dano final não se concretiza (modalidade clássica) e de difícil comprovação da responsabilidade do agente pelo dano final (modalidade de evitar prejuízo).

²¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1540153 RS, Relator: Ministro Luis Felipe Salimão, Data de Julgamento: 17/04/2018, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 06/06/2018.

²²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1662338 SP, Relator: Ministra Nancy Andriighi, Data de Julgamento: 12/12/2017, Terceira Turma, Data de Publicação Dje. 02/02/2018 e Resp nº1622538 MS, da mesma relatoria, com data de julgament em 21/03/2017 e publicação em 24/03/2017.

²²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 1677083 SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuerva, Data de Julgamento: 14/11/2017, Terceira Turma, Data de Publicação: Dje 20/11/2017.

CONCLUSÃO

O presente estudo se dedicou a apresentar, de forma pormenorizada, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, seus pressupostos, suas modalidades, realizando distinções necessárias deste dos institutos do dano hipotético e dos lucros cessantes, para então se debruçar sobre o debate da natureza jurídica do dano pela perda de uma chance, objetivando responder o seguinte questionamento: A perda de uma chance caracterizaria nova espécie de dano autônomo no ordenamento brasileiro?

Por todo exposto nos capítulos anteriores, pode-se concluir que, até o presente momento, **inexiste consenso sobre a natureza jurídica da perda de uma chance**, levando em consideração a existência de **posicionamentos conflitantes na doutrina especializada sobre o tema**. A presente monografia trouxe a voga a divergência entre os ensinamentos de Rafael Peteffi, que milita pela natureza jurídica dúplice de dano autônomo e causa parcial do dano final da perda de uma chance, de Fernando Noronha que defende a natureza de dano autônomo e de Daniel Carnaúba que a apresenta a teoria apenas como método decisório para ultrapassar a problemática dos interesses aleatórios. Apresentando ainda, sobre a temática, **uma série de naturezas jurídicas atribuídas ao instituto pela doutrina minoritária**, a saber: lucros cessantes, dano emergentes, e natureza decorrente do interesse tutelado.

Em que pese o cenário de multi posicionamentos apresentado pela doutrina sobre a temática da natureza jurídica da perda de uma chance, uma breve análise da jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça nos permite realizar conclusões interessantes sobre o tema, vejamos: **(i) inexistem dúvidas quanto à aceitação da teoria e sua aplicação no ordenamento Brasileiro, (ii) as confusões técnicas entre o instituto da perda de uma chance e o instituto dos lucros cessantes ainda são recorrentes** apesar da incompatibilidade dos mesmos. Certamente, a dificuldade pode ser explicada pelo fato da teoria ainda ser muito recente no país²²², muito tendo ainda de ser debatido pelos estudiosos do tema e pelos tribunais pátrios, **(iii) o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça, em sua maioria, tem adotado o entendimento de que a perda de uma chance possui natureza jurídica de dano autônomo.**

²²² Relembre-se que apesar da sua criação, pelo direito francês remontar o século final do século XIX, a aceitação da teoria e aplicação, no cenário nacional se deu somente em meados dos anos 2000, sendo o primeiro acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 1991.

Dito isso, fundamental destacar as consequências práticas de tais conclusões ao ordenamento brasileiro atual, sobretudo quanto da aceitação da teoria pelos tribunais do país. São elas:

- (i) **A adoção da teoria da perda de uma chance, na seara da responsabilidade civil, expande a tutela de interesses, possibilitando a indenização por situações que antes eram inviabilizadas diante da impossibilidade da comprovação do dano (casos de perda de uma chance típica), que antes caíam no limbo das chamadas “provas diabólicas”²²³.**
- (ii) **A adoção da teoria permite a responsabilização em casos onde não se é possível confirmar o nexo causal, entre a conduta do agente e o dano final, mas se é possível constatar a existência de conduta do agente que influenciou – negativamente – para que o dano final viesse a existir. Possibilitando ao menos a responsabilização parcial do agente, na proporção de sua influência, como nos casos de perda de uma chance na seara médica. Tem-se a mitigação do sistema “tudo ou nada”²²⁴ da prova.**
- (iii) **Independentemente da natureza jurídica que se tem atribuído ao instituto, na prática, ele tem atingido os nobres objetivos supracitados.** Tendo em vista que conforme já demonstrado nesse estudo, muitos dos julgados tratam sobre indenização pelo dano moral pela perda de uma chance, por lucros cessantes pela perda de uma chance, por dano material pela perda de uma chance, mas **indenizam pela chance séria e real perdida por si só, o que em outras palavras significa admitir reparação a eventos de resultado aleatório tendo em vista a expectativa da vítima.**

Por fim, em que pese não seja possível, somente pelo presente estudo, confirmar que a perda de uma chance se traduz em uma nova espécie de dano autônomo no ordenamento brasileiro, sobretudo pelo cenário de tamanha divergência apresentado e pela brevidade da análise jurisprudencial realizada é certo que a simples adoção da teoria pelo ordenamento, ao possibilitar a reparação das chances perdidas, já traduz grande vitória em face da tutela dos chamados “danos injustos”²²⁵.

²²³ STOCO, 1997, p.65

²²⁴ LEITÃO, 2016, p.26.

²²⁵ NORONHA, 2013, p. 540.

REFERÊNCIAS

AAGAARD, Todd, **Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases**, 96 Mich. L. Rev. 1335., 1998.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALCOZ, Luis Medina. “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades.” **Revista de La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros**, n. 30, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BODIN DE MORAES, Maria Celina, **Risco, solidariedade e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

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

BORÉ, Jacques. L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable. **Juris Classeur Périodique – édition générale**, Paris, S. I, n. 2620, 1974.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Informativo n. 0513**. 6 de mar, 2013. REsp 1.254.141-PR, Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp n. 1.660.167 RJ**, Relator: Ministra Nancy Andrichi, julgado em: 25/04/2017, DJe 02/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp n. 1591178 RJ**, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 25/04/2017, DJe. 02/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp n. 1591178 RJ**, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 25/04/2017, DJe. 02/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp n. 1637375 SP**, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuerva, julgado em: 17/11/2020, DJe. 25/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp n. 1662338 SP**, Relator: Ministra Nancy Andrichi, julgado em: 12/12/2017, DJe. 02/02/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp n. 1677083 SP**, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuerva, julgado em: 14/11/2017, DJe. 20/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. turma). **REsp n. 1750233 SP**, Relator: Ministra Nancy Andrichi, julgado em: 05/02/2019, DJe. 08/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp n. 1750233 SP**, Relator: Ministra Nancy Andrichi, julgado em: 05/02/2019, DJe. 08/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp n. 1757936 SP**, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuerva, julgado em: 20/08/2019, DJe. 28/08/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Informativo n. 0456**. Período: 15 a 19 de novembro de 2010. REsp 1.190.180-RS, Relator: Min. Luis Felipe Salomão.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp n. 1104665 RS**. Relator: Massami Uyeda, julgado em 09/06/2009, DJe. 04/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp n. 1540153 RS**, Relator: Ministro Luis Felipe Salimão, julgado em: 17/04/2018, DJe. 06/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp n. 788459 BA**, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, julgado em: 10.05.2006, DJe. 13.05. 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2106153&num_registro=200501724109&data=20060313&tipo=51&formato=PDF, Acesso em: 05.07.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1622538 MS**. Relator: Min. Nancy Andrichi. Julgado em: 21/03/2017, DJe 24/03/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. **Diário da Justiça**: seção 2, Brasília, DF, p. 49, 20 out. 1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **Apelação n. 0010548-44.2013.8.19.0028**, Relator: Desembargadora Regina Lúcia Passos, Vigéssima. Quarta Câmara Cível, julgado em: 16/09/2015, DJe. 18/09/2015.

CARDOSO, Clarissa Medeiros. **A teoria da perda de uma chance uma chance na relação entre cliente e advogado**: uma análise jurisprudencial da compreensão do tema pelos tribunais brasileiros. 2016. Dissertação (Mestrado em direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A Álea e a Técnica**: Coordenação de Maria Fernanda Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado**. São Paulo: LTr, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: obrigações, vol. 2, 11. ed, Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil, vol. 3, 2. ed, São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Júlio Vieira. **Em Torno do Dano da Perda de Chance** - Algumas Reflexões. vol. 2. Portugal: Coimbra, 2008.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A Reparação Civil Na Teoria DA Perda De Uma Chance**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma chance. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, out. 2005, 1994, vol. 840.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes, do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: RT, 2011.

HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITÃO, António Pedro Santos. **Da Perda de Chance Problemática do Enquadramento Dogmático**. 2016, 91 f. Dissertação (Ciências Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito Civil) – Universidade de Coimbra, Portugal, 2016.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. ()

MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil**, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, 4 ed , São Paulo: Saraiva, 2013.

PEDRO, Teixeira Rute, **A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção da Perda de uma Chance e a Tutela do Doente Lesado**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 589069996**. Responsabilidade civil, médico, cirurgia seletiva para correção de miopia. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Porto Alegre, 12 jun. 1990. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5309479/apelacao-civel-ac-589069996-rs-tjrs>. Acesso em: 20 maio 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 591064837**. Responsabilidade civil, advogado, perde uma chance. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Porto Alegre, 29 ago. 1991. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5434026/apelacao-civel-ac-591064837-rs-tjrs>. Acesso em: 20 maio 2021.

RODRIGUES, Cássio. **A certeza do dano como limite de atuação da função preventiva da responsabilidade civil**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance. São Paulo: Atlas. 2013.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TARTUCE, Flávio, Manual de responsabilidade civil: volume único I, 1. ed, São Paulo: MÉTODO, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena Barboza; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VAZ, Marcella Campinho. A reparação pela perda de uma chance. In: Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva. (Org.). **Controvérsias Atuais em Responsabilidade Civil.** 1. ed. São Paulo: Almedina, 2018.