

Responsabilidade civil pela perda de uma chance

*Paulo Henrique Ribeiro Garcia*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Théo Assuar Gragnano

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: I. Introdução. II. Pressuposto jurídico da análise. III. Pressuposto fático da perda da chance – a situação subjetiva do lesado. IV. A reparação da perda da chance. V. Chances perdidas como dano certo. VI. Chances reais e sérias. VII. A quantificação do prejuízo-chance. VIII. Conclusão. IX. Bibliografia.

I. Introdução

Chance é a possibilidade, a probabilidade de ocorrência de um evento que, favorável a alguém, configura uma vantagem potencial e desperta o interesse na sua concretização, frequentemente mobilizando esforços e balizando decisões.

Está relacionada, portanto, a situações fáticas de desfecho incerto nas quais alguém toma parte, voluntária ou involuntariamente, sem saber se obterá ou não uma vantagem ao final. A vantagem mostra-se possível, mas não certa, como se dá, por exemplo, na participação em um concurso literário (em relação a determinado concorrente), na aposta em um jogo (relativamente ao apostador), num processo judicial (em relação à parte) ou no tratamento de uma doença (quanto ao paciente).

A incerteza quanto ao resultado final de determinado evento pode ter diversas origens, como o desconhecimento das regras de causa e efeito ou das leis da natureza. Seja qual for a causa, dado evento será taxado de aleatório ou incerto, como ensina Daniel Amaral Carnáuba,

¹ Especialista em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura.

porque não dispomos de todas as informações necessárias para dizer se ele existirá ou não.²

A sociedade, em desenvolvimento, conhece cada vez mais e melhor os fenômenos naturais, sejam físicos, químicos ou biológicos. Simultaneamente, avançam os conhecimentos da estatística, conferindo algum grau de previsibilidade a eventos aleatórios³.

De resultado mais ou menos previsível, certo é que eventos aleatórios, das mais variadas ordens, caracterizam diversos fenômenos sociais e constituem fator de influência às decisões individuais, podendo, inclusive, em determinadas circunstâncias, ingressar no tráfego jurídico como objeto de trocas.

Na medida em que balizam decisões, mobilizam esforços, investimentos e constituem, enfim, objeto de legítimo interesse humano, os eventos aleatórios, especificamente as chances de obtenção de uma vantagem ou de coarctação de um prejuízo têm reclamado a tutela do direito, notadamente quando frustradas, dissipadas ou perdidas por conduta imputável a outrem.

Essa é a questão que se pretende abordar neste artigo, no âmbito da responsabilidade civil.

II. Pressuposto jurídico da análise

Destaca Alain Bénabent⁴ que o Direito Privado prevê um sistema de proteção dos interesses aleatórios, considerando os dois vetores do direito das obrigações: o contrato⁵ e a responsabilidade civil.

Quanto ao sistema de responsabilidade civil, nosso ordenamento, semelhantemente ao direito francês, está estruturado em um modelo de cláusula geral⁶ ou aberto (artigos 186 e 927, *caput* e parágrafo úni-

² *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Método, 2013. p. 1.

³ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Método, 2013. p. 7-8.

⁴ Citado por Daniel Amaral Carnaúba, in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, São Paulo: Método, 2013, p. 76.

⁵ Contrato aleatório, teoria da imprevisão, exceção de insegurança são exemplos de dispositivos contratuais destinados a disciplinar eventos aleatórios.

⁶ Nesse sentido, a lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy que enfatiza a existência de uma cláusula geral da responsabilidade civil tanto para a responsabilidade subjetiva, desde o Código Civil de 1916, como também para a responsabilidade sem culpa do vigente artigo 927, do Código Civil de 2002 (in: *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181).

co, do Código Civil), no qual os interesses cuja violação caracteriza um dano reparável não são enumerados em rol fechado⁷.

Desse modo, a partir da norma genérica, necessário se apresenta a construção de uma diretriz conceitual apta a enfrentar o problema básico que o sistema de responsabilidade civil busca solucionar, que consiste em definir em que casos e sob quais condições será permitido ao lesado fazer repercutir o dano sofrido sobre a esfera jurídico-patrimonial de outrem⁸.

Satisfaz, para tanto, aquele conceito unitário de responsabilidade proposto por Marco Comporti, de reação a um dano injusto mediante a atribuição ressarcitória a determinado sujeito, por intermédio de um dos diversos critérios de imputação oferecidos pelo sistema normativo⁹.

O dano injusto espelha aquele prejuízo que a vítima não deveria experimentar e cujos efeitos, por isso, não deve suportar. Não se restringe, porém, aos casos de violação de um direito subjetivo previsto pela norma, estendendo-se às expectativas consideradas legítimas, ou seja, a certas posições subjetivas. Disso decorre a consagração do conceito de dano como a lesão de um interesse legítimo juridicamente protegido (definição que compreende as duas figuras: direito subjetivo e posição subjetiva)¹⁰.

A partir do reconhecimento da centralidade da Constituição¹¹, da força normativa dos princípios nela consagrados e da adoção das denominadas cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, tem sido possível observar, impulsionado pelo princípio da dignidade humana, da solidariedade (ou solidarismo) e da reparação integral, um movimento de flexibilização do nexos causal e uma vertiginosa expansão dos danos indenizáveis.¹²⁻¹³

⁷ VISINTINI, Giovanna, in: *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Astrea, 1999, v. 2, p. 4.

⁸ A principal função da responsabilidade civil consiste em assegurar à pessoa lesada a reparação de seu dano (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les effets de la responsabilité*. Direção de Jacques Ghestin. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 1).

⁹ Citado por Claudio Luiz Bueno de Godoy, in: *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

¹⁰ VISINTINI, Giovanna, in: *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Astrea, 1999, v. 2, p. 5.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 360-372.

¹² “Ao estudar a grande modificação engendrada pelo surgimento do paradigma solidarista, observa-se que os autores costumam indicar a relativização de apenas um dos requisitos aludidos como consequência da objetivação da reparação de danos: a culpa. Entretanto, acredita-se que o desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil também provoca modificações profundas em outros

Constata-se, com José Oliveira de Ascensão, que o “*Direito Civil é cada vez mais valorativo e menos formalista*” e a sua aplicação “*torna-se assim menos segura; mas torna-se muito mais justa, porque a solução pode ser moldada ao caso a regular*”. Tais características não podem, todavia, descambar para o voluntarismo judicial, sob pena de solapar-se a segurança jurídica e abalar um dos pilares do Estado de Direito (a divisão funcional dos poderes):

O sistema não pode desaguar no sentimentalismo, que faz desaparecer a previsibilidade e, portanto, a segurança das pessoas, nem no empirismo, em que se perde a coerência do sistema. Supõe necessariamente uma racionalização. Deve fundar-se em princípios racionalmente fundados, logo comprováveis. Só assim as cláusulas gerais podem servir de respiradouro sem pôr em risco a justificação racional de cada decisão¹⁴.

A posição subjetiva daquele que se encontra em um processo aleatório (situação fática), com legítima expectativa de um resultado que lhe seja favorável (efeitos jurídicos), não pode ser sempre valorada, de maneira apodítica, como algo insignificante, pelo só fato de ser incerta a obtenção do benefício visado. O interesse aleatório, como já afirmado, baliza decisões e mobiliza esforços, relacionando-se fortemente ao poder de autodeterminação do indivíduo.

A proteção jurídica dos interesses aleatórios pode se justificar, desde que a situação subjetiva do respectivo titular se amolde àquele conceito de interesse legítimo relacionado ao dano injusto, cujos pressupostos impende verificar.

requisitos tradicionais, como o nexo de causalidade e o dano”, Rafael Pateffi da Silva, in: Responsabilidade civil pela perda de uma chance, 3. ed., Atlas, p. 6.

¹³ As profundas transformações verificadas no âmbito da responsabilidade civil não cessaram com o derruimento da culpa. Seguem avançando sobre os demais pressupostos tradicionais, atingindo o nexo causal e o conceito de dano ressarcível, a ponto de a mais autorizada doutrina falar em *erosão dos filtros da reparação*. Nesse sentido, a obra de Anderson Schreiber, *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, com o expressivo subtítulo: *da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*.

¹⁴ Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As Pessoas. Os bens. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2010. v. 1, p. 23-24.

III. Pressuposto fático da perda da chance – a situação subjetiva do lesado

Embora não se possa considerar a responsabilidade pelas chances perdidas um tema propriamente novo, se levado em conta o direito estrangeiro¹⁵, o fato é que no Brasil apenas recentemente se pôde observar a multiplicação de demandas invocando esta teoria e a repercussão favorável na jurisprudência em relação a algumas das hipóteses submetidas aos tribunais¹⁶.

A responsabilidade pela perda de uma chance tem sido invocada em casos de: (i) falhas cometidas por advogado que privaram o cliente da chance de obter êxito na demanda judicial (STJ, Resp n. 993.636/RJ, j. 27.03.2012, Rel. Min. Luis Felipe Salomão); (ii) erro médico por força do qual foram subtraídas ao paciente chances de cura ou sobrevida (STJ, REsp 1.254.141/PR, Rel. Min. Nancy Andighi, j. 4.12.2012); (iii) falha em sistema antifurto que reduziu as chances de evitar a subtração de bens (TJPR, Apelação Cível n. 551308-0-, Rel. Des. Albino Jacomel, j. 15.10.2009); (iv) indevida exclusão de concorrente de sorteio, eliminando as chances de ser contemplado (STJ, EDcl no AgRg no AI 1.196.957/DF, Rel. Min. Isabel Galloti, j. 10.04.2012); (v) formulação de pergunta sem alternativa de resposta correta, na última fase de competição de perguntas e respostas, eliminando as chances de êxito do concorrente (STJ, REsp n. 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 8.11.2005).

Essas hipóteses todas têm ao menos quatro elementos em comum, que caracterizam e distinguem a situação fática da perda de uma chance.

A *preexistência de um interesse sobre um resultado aleatório* é o primeiro elemento necessário para a configuração da situação subjetiva

¹⁵ Alguns autores indicam, como pioneiro, acórdão proferido pela Câmara de Recursos da Corte de Cassação francesa em 17.07.1889. Daniel Carnaúba sustenta, porém, que essa decisão não aplicou o conceito de perda de uma chance, adotado realmente apenas em 1932 (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 11 e 96).

¹⁶ Rafael Pettefi da Silva aponta o acórdão proferido na Apelação Cível n. 58907996, do TJRS, relatada pelo então Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior e julgada em 12.06.1990, como o primeiro em que a teoria da perda de uma chance foi mencionada, embora não tenha sido efetivamente aplicada. A apelação versava hipótese de erro médico e o órgão julgador entendeu que estava provado o nexo causal entre a conduta do réu e o dano final, afastando, assim, a aplicação da teoria da perda de uma chance (op. cit., p. 210). O *leading case*, porém, é identificado com o célebre caso do Show do Milhão, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2005 (Resp n. 788.459/BA, rel. Min Fernando Gonçalves).

da perda de uma chance, conforme lição de Daniel Amaral Carnáuba.¹⁷ Observa-se o curso de um processo fático cujo desfecho, potencialmente benéfico a alguém, é aleatório (o processo judicial, o tratamento de uma doença, o curso de um delito, um sorteio ou o concurso de perguntas e respostas). Há probabilidade de superveniência do resultado favorável e, assim, o interessado no benefício potencial tem chances de que ele se concretize (chances de obter sucesso no processo judicial, a cura da doença, a não concretização da subtração de seus bens, o sorteio de seu nome e a vitória no concurso de perguntas e resposta).

Esse resultado aleatório pode ser positivo (chance de se obter vantagem) ou negativo (chance de se afastar um prejuízo) e há, quanto à sua ocorrência, uma incerteza intrínseca ao processo fático em curso e não criada pelo autor do ilícito.

O segundo elemento, que inspira o nome da teoria, é a *perda da chance*. Ocorre a eliminação ou diminuição da chance de se obter o resultado favorável em virtude da conduta comissiva ou omissiva de alguém¹⁸.

Essa diminuição ou perda da chance somente adquire relevância se a ela se soma a certeza do infortúnio, isto é, se o resultado aleatório desejado se frustra definitivamente. A existência da álea no curso dos fatos (incerteza) é substituída por uma certeza: a não obtenção do resultado aleatório desejado (no processo judicial no qual o advogado perdeu o prazo, sobreveio decisão definitiva desfavorável ao cliente; o paciente cujas chances de cura ou sobrevida foram subtraídas faleceu ou experimentou a consolidação das lesões; os bens do tomador do serviço de alarme que não funcionou foram efetivamente furtados; o sorteio do qual um dos concorrentes se viu indevidamente excluído foi realizado)¹⁹.

Como terceiro elemento, exige-se uma *conduta comissiva ou omissiva de alguém que interfere no regular curso do processo fático aleatório*, subtraindo ou diminuindo as chances do interessado. Tal

¹⁷ *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013.

¹⁸ Em se tratando de perda de chance, a conduta do agente não cria o risco, ao contrário, elimina a álea e a própria chance de obter a vantagem. Se o agente cria o risco, que posteriormente se desencadeia em um dano à vítima, a questão foge do âmbito da perda de uma chance e se situa no campo da responsabilidade por risco criado.

¹⁹ Se a perda da vantagem é elemento lógico e automático decorrente da privação total das chances de obtenção do resultado favorável, o mesmo não se pode dizer a respeito da situação em que existe apenas a diminuição das chances, hipótese em que se exige o término do processo aleatório a fim de se constatar se a diminuição da chance foi significativa ou não.

conduta não se insere na álea do processo fático e tem por consequência a privação, total ou parcial, das chances de o interessado obter o resultado favorável por ele desejado. O efeito direto da conduta é a privação ou diminuição das chances.

A perda do prazo pelo advogado tem como consequência a subtração das chances de vitória na demanda, o equívoco no tratamento dispensado pelo médico diminuiu as chances de cura ou sobrevida, o não funcionamento do sistema alarme privou a vítima das chances de evitar a subtração patrimonial, a indevida exclusão do nome do concorrente do sorteio o privou das chances de ser contemplado e a formulação de pergunta sem alternativa de resposta correta subtraiu ao participante a chance de sagrar-se campeão do concurso de perguntas e respostas.

Mas não se pode afirmar, em nenhum desses casos, o nexo de causalidade jurídica entre a conduta do lesante e o prejuízo final experimentado pelo lesado, uma vez que tal prejuízo poderia ter se verificado a despeito da conduta daquele.

Em relação ao resultado final desejado pelo lesado, a conduta do lesante tem por efeito direto apenas inviabilizar o conhecimento sobre se a vantagem seria ou não obtida.

Essa é a quarta característica da situação subjetiva da perda de uma chance: a *incerteza contrafactual*, adotando-se aqui o expressivo termo utilizado por Daniel Amaral Carnaúba²⁰.

Em lógica, contrafactual é a situação ou evento que não aconteceu, mas poderia ter acontecido. Assim, a incerteza contrafactual representa a dúvida em relação àquele que teria sido o resultado do processo aleatório, ou seja, o que teria ocorrido caso o agente não tivesse atuado.

Não é possível saber se o autor seria vitorioso sem a falha do advogado; se acabaria curado não fosse a falha do médico; se preservaria seus bens acaso o sistema antifurto houvesse funcionado adequadamente; se o sorteio o contemplaria caso seu nome não tivesse sido indevidamente excluído; ou, finalmente, se venceria o concurso de perguntas e respostas se uma questão válida houvesse sido formulada.

Nas precisas palavras de Daniel Carnaúba, isso se dá porque, olvidada uma ou mais regras causais ou um dado da realidade impassível de revelação:

²⁰ *Responsabilidade civil pela perda de uma chance - a álea e a técnica*. Método. 2013.

A persistência de um elemento desconhecido atinge um dos pilares de nosso pensamento: as regras de causa e efeito. A ignorância impede que a causalidade seja posta em prática e, por essa razão, a determinação do evento considerado aleatório torna-se matematicamente impossível, de forma que nenhuma afirmação categórica sobre sua existência pode ser feita [...] A confirmação ou a negação de um evento aleatório depende de uma variável, incerta por definição”²¹.

Para que exista a incerteza contrafactual, portanto, deve ser inconclusiva a tarefa de estabelecer o nexos de causalidade jurídica entre a perda do benefício que o lesado poderia auferir ao final do processo aleatório e a conduta tida como lesiva²².

IV. A reparação da perda da chance

A histórica solução para casos de perda de uma chance, ante os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil (conduta, dano e nexos causal), era de rejeição da pretensão indenizatória, uma vez que não se identificava o nexos causal entre a conduta do réu e a perda da vantagem esperada pelo lesado ao final do processo aleatório; vantagem que, aleatória, não se amoldaria ao conceito de dano certo.

Considerando insuficiente essa resposta, a jurisprudência francesa, pelo menos desde os anos trinta do século passado, em caminho que recentemente começou a ser trilhado pelos tribunais brasileiros, passou a conceder reparações às chances (de obtenção de uma vantagem ou coarctação de um prejuízo) de que o lesado foi privado pela conduta do réu.

Os primeiros julgados da Corte de Cassação francesa diziam respeito a falhas de advogados que resultaram na perda de todas as chan-

²¹ Op. cit., p. 4-5.

²² “A incerteza contrafactual atinge duas condições da responsabilidade civil: de um lado, ela impede a constatação de um prejuízo certo; de outro, ela se opõe à idéia de causalidade jurídica.” (Daniel Amaral Carnaúba, in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 65).

ces de obtenção de resultado favorável em processo judicial e a atrasos no serviço de transporte de cavalos que desaguaram na perda da oportunidade de o animal vencer o páreo, os quais se tornaram casos clássicos de perda de uma chance.

Na década de sessenta do século passado, a Corte de Cassação aplicou pela primeira vez a teoria da perda de uma chance a um caso de falha médica, suscitando veemente crítica de René Savatier, o qual não considerava tais hipóteses, em que – diversamente daquelas até então enfrentadas – já se tem ciência do resultado do processo aleatório (a morte ou incapacidade do paciente), passíveis de solução pela teoria da perda de uma chance, sustentando que caberia ao juiz, diante da consolidação do resultado danoso, avaliar a presença do nexos causal entre a conduta do médico e a morte ou incapacidade, para conceder ou negar a reparação integral (do dano final)²³.

A crítica de René Savatier repercutiu na doutrina francesa, que passou a defender a distinção entre os casos médicos e aqueles ditos clássicos de perda de uma chance, afirmando que nos primeiros estaria prevalecendo uma desvirtuação do conceito de causalidade jurídica e não a concepção das chances perdidas como dano autônomo em relação à vantagem aleatória esperada.²⁴

A jurisprudência daquele país, todavia, ignorou essa questão e seguiu aplicando aos casos de responsabilidade médica, e a outros em que a conduta do réu não enseja a completa interrupção do processo aleatório, a técnica da perda de uma chance.²⁵

Essa distinção - entre hipóteses de erro médico (ou outros casos em que a conduta do réu não acarreta a interrupção do processo aleatório) e as ditas clássicas - também não surtiu efeito na jurisprudência brasileira, ao menos até agora, mas ela é relevante para evidenciar a dificuldade de enquadramento jurídico da questão nas categorias dogmáticas tradicionais: as chances perdidas constituem, enfim, uma espécie de dano ou elas relativizam o nexos causal entre a conduta do réu e a vantagem final que era esperada pelo lesado?

A questão se afigura relevante para elucidar a efetiva reparabilidade das chances perdidas à luz do conceito de dano e de nexos causal vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

²³ SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 84.

²⁴ Idem, p. 89.

²⁵ Idem, p. 89.

Volta-se, visando elucidar o problema, aos julgados franceses relativos aos casos da seara médica, em que a falha do profissional não acarreta a interrupção do processo aleatório e não elimina todas as chances do paciente, e que suscitaram a crítica de utilização de um conceito distorcido de causalidade jurídica. Rafael Pateffi cita, a esse propósito, o magistério de Jean Penneau:

Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame, um cavalo não pôde participar de uma corrida. Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. 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 esse prejuízo e o ato ilícito do médico: não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito ou a evolução natural da doença²⁶.

De acordo com essa visão, portanto, diante de casos em que, a despeito da conduta do réu, o processo aleatório teve curso, culminando na consolidação do prejuízo *final* (morte ou incapacidade, nos casos médicos), não seria possível compreender a perda de chances (de cura ou sobrevida) como um prejuízo autônomo. Restaria apenas investigar a presença do nexos causal entre a conduta e o prejuízo final, isto é, se a morte ou a incapacidade têm como causa o erro médico, adotando-se a solução *tudo ou nada*. O recurso à teoria da perda de uma chance (de cura ou de sobrevida) nessas hipóteses seria “o paraíso do juiz inde-

²⁶ Op. cit., p. 86-87.

ciso” e implicaria “um desvirtuamento da utilização dos princípios da causalidade civil e um risco para a certeza de todo o sistema”²⁷.

Acaso procedente essa distinção, o acolhimento, entre nós, da responsabilidade pela perda de uma chance em tais hipóteses (em que o processo aleatório teve curso e desaguou no prejuízo final) reclamaria uma acentuada flexibilização do nexos causal²⁸.

Daniel Carnaúba aponta que a única diferença entre as duas hipóteses (os casos em que a conduta do réu ensejou a interrupção do processo aleatório e aqueles em que o processo se desenvolveu a despeito da conduta do réu) está em que nos casos ditos tradicionais de perda de uma chance a conduta do réu é *causa suficiente* da perda da vantagem aleatória, porque subtraiu todas as chances de obtenção do resultado aleatório favorável (assim o advogado que perde o prazo para interpor o recurso ou retarda o ajuizamento da ação até a ocorrência da prescrição da pretensão), o que normalmente não se verifica nos casos médicos, em que apenas algumas chances de cura ou sobrevivência foram subtraídas pela conduta do réu. A causalidade suficiente (diferentemente da causalidade necessária), todavia, ressalta o referido autor, é juridicamente irrelevante, porque não basta para estabelecer legalmente o nexos causal; em ambas as hipóteses, “o ato imputado ao réu não é uma causa necessária à perda de vantagem esperada”, de modo que essa distinção não se justificaria e desaguaria na atribuição de efeitos jurídicos diversos a casos essencialmente semelhantes²⁹.

Fernando Noronha também afirma que se as críticas da doutrina francesa (à extensão da responsabilidade pelas chances perdidas aos casos médicos) “fossem inteiramente válidas, procederiam também contra a teoria clássica” e considera que nas hipóteses de erro médico é prescindível a flexibilização do nexos causal para autorizar a reparação.

Propõe o eminente civilista uma distinção entre as hipóteses de “frustração da chance de obter uma vantagem futura” e de “frustração da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido”, esta última podendo configurar-se “em razão de fato de outrem” ou “em razão de

²⁷ Rene Savatier, citado por Peteffi, op. cit., p. 89.

²⁸ Rafael Pateffi defende que em todos os casos em que o processo aleatório seguiu seu curso, não apenas aqueles pertinentes à seara médica, seja como regra investigada a presença do nexos causal entre a conduta do réu e o dano final, adotando-se a perda de uma chance apenas em último caso, a bem do paradigma solidarista, op. cit., p. 106, 154 e 252-253.

²⁹ Op. cit., p. 64.

fato do próprio lesado, mas em consequência de falta de informação devida por outrem”. Os casos médicos se enquadrariam na primeira subdivisão da segunda categoria e, “diversamente do que acontece nos casos que cabem na perda de chance clássica, agora as chances não dizem respeito a algo que poderia vir acontecer no futuro, antes são relativas a algo que poderia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado”³⁰.

Tanto nos casos em que a conduta do lesante interrompeu o processo aleatório como naqueles em que este processo seguiu seu curso (a despeito da conduta do lesante), isto é, tanto nos casos ditos clássicos de perda de uma chance como nos casos médicos, não é possível estabelecer o nexos de causalidade jurídica entre o comportamento imputável ao lesante e o prejuízo final sofrido pelo lesado. Isso porque é impossível determinar se o processo aleatório, numa ou noutra hipótese, *eliminada a conduta comissiva ou omissiva do réu*, desaguaria no benefício almejado pela vítima ou evitaria o prejuízo por ela experimentado.

Daniel Carnáuba afirma que a incerteza:

Inerente aos casos de perda de chance, atinge num só golpe a certeza do prejuízo e o nexos causal. Neste, a incerteza impede a constatação de relação de necessidade; naquela, ela impede a constatação de uma lesão certa a um interesse da vítima³¹.

O Superior Tribunal de Justiça, em magnífico acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, enfrentou detidamente a questão da distinção entre os casos ditos clássicos e os de erro médico, concluindo que a reparabilidade das chances perdidas prescindia, também nos últimos, de uma flexibilização do nexos causal.

Colhe-se da ementa do julgado que:

Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance

³⁰ *Direito das obrigações*. 4. ed. Saraiva. p. 722.

³¹ *Op. cit.*, p. 68.

nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional” (REsp n. 1.254.141-PR, j. 4.02.2012).

Parece-nos correta a consideração de que as chances perdidas, ainda que se relacionem estreitamente com o nexos de causalidade jurídica (porque só entram em cena quando esse nexos não se estabelece entre a conduta e o prejuízo final), não reclamam a flexibilização deste para ensejarem reparação, tanto nos casos ditos clássicos como nos demais, bastando que assumam a característica de dano certo.

É verdade que não se pode ignorar que a pretensão da vítima nunca foi inicialmente relacionada à chance perdida em si mesma, mas àquela vantagem final que a participação no processo aleatório poderia lhe proporcionar. Essa circunstância evidencia duas características: a) a situação subjetiva da vítima sempre indicará a existência de dois eventos danosos, um de maior intensidade relacionado à vantagem aleatória e outro de menor intensidade referente à chance perdida; e b) a subsidiariedade da perda de uma chance; esta sempre será um interesse secundário ante a vantagem aleatória desejada.

O fato de o princípio da reparação integral colocar em primeiro plano a reparabilidade da lesão maior, representada pela perda do resultado favorável desejado, não autoriza a exclusão, quando aquele não puder ser indenizado por ausência de nexos causal, da eventual reparação do dano da perda da chance, cujo caráter subsidiário deve ser reconhecido³².

Nos casos inicialmente enfrentados pela jurisprudência francesa, em que a responsabilidade pela perda de chances foi acolhida, não era possível se determinar o nexos causal entre a conduta do réu e o desfecho que seria favorável à vítima, mas era certo que a interferência do

³² “*Esses dois prejuízos jamais poderiam ser reparados ao mesmo tempo, visto que isso implicaria a dupla indenização do demandante*”. (Daniel Amaral Carnaúba, in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 103).

agente havia eliminado *todas as chances* de o lesado obter um resultado favorável e provocado a interrupção do processo aleatório no qual ele estava inserido, como nos casos em que o advogado havia perdido o prazo para interposição do recurso de apelação ou em que o transportador não entregara o animal a tempo para a competição.

Tendo por pressuposto a possibilidade de se isolar o dano representado pelas chances perdidas daquele – incerto e sem relação de causalidade jurídica com a conduta do réu – consistente na perda da vantagem final desejada pela vítima, essa concepção evidenciou a desnecessidade do recurso a um conceito heterodoxo de causalidade para conceder a reparação.

A chance isolada é concebida, desse modo, “como uma propriedade incluída no [...] patrimônio e [...] totalmente independente do dano final”³³; propriedade que, tendo sido diretamente lesada pela conduta do réu, acarreta o dever de indenizar de acordo com os requisitos tradicionais da responsabilidade civil.

Assim encarada, a adoção da teoria depende, entre nós, apenas da assimilação das chances perdidas pelo conceito de dano, o que se mostra possível mediante a compreensão deste como a lesão de um legítimo interesse da vítima e não necessariamente de um direito subjetivo.

Trata-se de técnica de deslocamento da reparação, como afirma Daniel Amaral Carnáuba: “em vez de visar à vantagem aleatória desejada pela vítima, concede-se reparação de outro prejuízo, a saber, a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem”³⁴.

A avaliação do nexos causal estabelecerá qual dano será objeto de indenização, pois se a perda da vantagem, em que pese aleatória em um primeiro momento, eventualmente surgir como causa necessária da conduta do agente ou, por outro lado, com ela não tiver qualquer relação, nem sequer se discute a figura da perda de uma chance.

O prejuízo final pode ser integralmente reparado com fundamento em imputação objetiva ou em presunções, quando houver ensejo para a aplicação dessas técnicas, estabelecendo-se então o nexos de causalidade jurídica entre a conduta do lesante e o dano final experimentado.

Uma questão que, por exemplo, se pode resolver a partir da imputação objetiva é aquela hipótese apontada por Fernando Noronha em

³³ SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 86.

³⁴ *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 103.

que “havia uma oportunidade de o lesado tomar uma decisão esclarecida, que se frustra em razão da quebra de um dever de informar que recaía sobre o indigitado responsável”³⁵.

São casos em que está em curso um processo aleatório cujo desfecho desfavorável se concretiza mediante decisão tomada pelo próprio lesado, o qual, todavia, poderia ter deliberado diferentemente, de modo a evitar ou minorar o prejuízo, acaso as informações devidas pelo apontado responsável não houvessem sido sonegadas.

Para ilustrar essa hipótese, Noronha refere caso mencionado por J. Penneau em que um paciente acometido por surdez foi submetido a cirurgia que, embora tenha curado o mal de que padecia, acarretou paralisia facial, a qual consistia em risco conhecido a respeito do qual o paciente não havia sido informado; a cirurgia, ademais, não era a única opção de tratamento, pois a surdez poderia ter sido parcialmente corrigida com o uso de aparelhos. O médico não incorreu em imprudência, imperícia ou negligência, mas suprimiu, com a sua conduta omissiva, uma chance, que o lesado tinha, de optar pelo outro tratamento. Tal profissional foi condenado a indenizar o paciente.³⁶

Em um primeiro momento, não é possível estabelecer a causalidade necessária (jurídica) entre o dano e a quebra do dever de informar, de modo que a discussão a respeito da aplicação da perda de uma chance poderia ser invocada.

A Corte francesa, porém, responsabilizou os profissionais pelo dano final, como informa Rafael Pateffi, com fundamento na teoria do risco, em razão da realização de procedimento perigoso sem o consentimento informado do paciente³⁷.

Noutros casos, dependendo do modo e do momento em que a conduta do agente produz seus efeitos no processo aleatório, será eventualmente possível identificá-la como causa necessária da perda da vantagem almejada³⁸.

³⁵ Op. cit., p. 715.

³⁶ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 735.

³⁷ Op. cit., p. 164.

³⁸ Exemplos: 1) Um espectador de uma corrida de maratona que invade a pista e abraça um dos competidores logo no início da prova, afeta apenas o curso aleatório dos fatos, eliminando ou diminuindo as chances de vitória. Se referido espectador invade a pista em seu trecho final e abraça aquele que está em primeiro lugar, a poucos metros da linha de chegada, segurando-o por tempo suficiente de modo a ocasionar a ultrapassagem do segundo colocado que assume o primeiro posto e vence

A técnica da presunção, por sua vez, se dá mediante um raciocínio lógico, fundamentado em juízo de probabilidade, pelo qual o aplicador do direito afirma a existência de um fato controverso como prognóstico de resultado derivado de fatos antecedentes por ele conhecidos.

Não se trata de adivinhação, devendo haver probabilidade excepcionalmente grande para se presumir a realização de um evento favorável, conforme esclarece Daniel Amaral Carnaúba, que ainda traz o seguinte exemplo:

A partir de seu excelente histórico escolar, o estudante que foi injustamente impedido de realizar um exame poderia demonstrar que sua aprovação no teste em questão era bastante verossímil. Se esses argumentos convencerem o juiz, seu pedido de reparação será acolhido. O magistrado presumirá que a situação contrafactual seria a aprovação e que tal situação não se produziu em razão de fato imputável ao réu. Por outro lado, a conclusão inversa é igualmente possível. Constatando que o candidato não estava se preparando para o exame, o juiz pode concluir que sua reprovação era inevitável, não havendo assim qualquer motivo para conceder-lhe direito à reparação.³⁹

As presunções podem, portanto, afastar o deslocamento da reparação para a perda de uma chance, seja quando autorizam a indenização referente à vantagem desejada, seja quando afastam por completo a possibilidade de indenização, eliminando a incerteza contrafactual.

A perda da chance não pode ser invocada, todavia, para resolver problema de falta de prova do nexos causal, sendo por isso indispensável a presença do elemento da incerteza contrafactual para permitir o deslocamento do interesse objeto da reparação.

a prova, existe interferência do próprio resultado. 2) O goleiro que invade o campo durante uma partida de futebol e altera o trajeto da bola chutada em direção ao gol, quando já inalcançável pelo goleiro e demais jogadores, de modo a impedir o gol que daria a vitória para uma das equipes, não elimina ou diminui chances, mas altera o próprio resultado do jogo, se faz isso nos segundos finais da partida.

³⁹ *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 88-89.

V. Chances perdidas como dano certo

A teoria da perda de uma chance, segundo Daniel Amaral Carnaúba, “antes de ser um tipo de prejuízo ou uma nova teoria causal é um conceito forjado pelos juízes para deslindar as dificuldades trazidas pela intromissão da incerteza no seio da responsabilidade civil”⁴⁰.

Por meio dessa técnica, há sempre um deslocamento da reparação:

Em vez de visar à vantagem aleatória desejada pela vítima – um prejuízo incerto e que não tem relação causal com o ato do réu –, os juízes concedem a reparação de outro prejuízo, a saber, a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem⁴¹ ou de evitar o prejuízo experimentado.

Essa técnica de deslocamento da reparação exige, evidentemente, que as chances sejam encaradas como um dano certo⁴².

Anderson Schreiber, ao sustentar a necessidade de retomar a noção de dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado, afirma que a sua vinculação ao decréscimo matemático é a causa da “histórica resistência, no Brasil, à indenização por perda de uma chance”⁴³.

A compreensão do dano indenizável à luz da teoria da diferença, segundo a qual “o prejuízo a ser reparado corresponde à diferença entre o valor atual do patrimônio do lesado e aquele que teria caso não tivesse sido afetado pela ocorrência do ato ilícito”⁴⁴, é mesmo um aparente embaraço à assimilação das chances perdida pelo conceito de dano. Porque não é possível saber qual seria o patrimônio da vítima sem a conduta lesiva, já que o desfecho do processo aleatório no qual ela estava inserida poderia lhe ter sido favorável ou desfavorável a despeito da conduta do réu.

⁴⁰ Op. cit., p. 12.

⁴¹ Op. cit., p. 103.

⁴² “Evidentemente, esse deslocamento pressupõe que a privação de uma chance representa, em si, um prejuízo sofrido pela vítima. Tal é a condição fundamental da técnica, visto que é sobre essa espécie de prejuízo que a reparação será deslocada”, op. cit., p. 21.

⁴³ Op. cit., p. 105.

⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

E ainda que concebido o dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado ou, mais abrangentemente, como “lesão a um interesse não proibido pela ordem jurídica”⁴⁵, tem-se o aparente óbice da certeza, uma vez que a lesão será certa “todas as vezes em que a vítima se encontraria em uma situação mais vantajosa sem a conduta imputável ao réu”⁴⁶ e, incerto por definição o desfecho do processo aleatório, é impossível afirmar que a vítima estaria numa posição mais vantajosa sem a conduta do réu.

É inegável, porém, que, ao suprimir ou diminuir as chances de obtenção de uma vantagem, o réu atingiu legítimas expectativas da vítima. Antes da conduta apontada como lesiva, a vítima conservava as chances de obter um desfecho favorável no processo aleatório que se desenvolvia, mantinha essas chances em seu patrimônio.

Anota com precisão Fernando Noronha que:

O dano final é a irreversível perda da vantagem que era almejada, ou a efetiva ocorrência do prejuízo que não foi oportunamente impedido. O dano de perda de chance, que se contrapõe ao final, é constituído pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem que era almejada, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer⁴⁷.

Por isso é que se justifica o deslocamento da reparação, a fim de tutelar o interesse não sobre a vantagem esperada, mas “sobre as chances de obter essa vantagem”⁴⁸, a probabilidade do resultado favorável, cuja supressão, total ou parcial, surge então como *lesão certa a um interesse aleatório da vítima*.

Trata-se, pois, de dano certo e também atual, segundo Massimo Bianca, justamente por dizer respeito à perda de uma ocasião favorável (chance).⁴⁹ Não é, portanto, a perda do lucro que eventualmente se verificaria, mas o dano certo e atual que deriva da perda em si da probabilidade de resultado favorável, consistindo em dano emergente⁵⁰.

⁴⁵ Paulo de Tarso Sanseverino, com apoio em Eduardo A. Zannoni, op. cit., p. 144-145.

⁴⁶ CARNAÚBA, Daniel. Op. cit., p. 53.

⁴⁷ Op. cit., p. 697.

⁴⁸ CARNAÚBA, Daniel. Op. cit., p. 103.

⁴⁹ *Diritto civile* - la responsabilità - V. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 182.

⁵⁰ Anderson Schreiber. In: *Novos paradigmas da responsabilidade civil* - da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013. p. 207.

Se antes da conduta do réu a vítima conservava o interesse aleatório na obtenção de determinada vantagem ou no afastamento de certo prejuízo, depois dela as chances de auferir a vantagem ou evitar o prejuízo estão definitivamente perdidas. A chance ou a probabilidade existia e dela o lesado foi privado. Daí Henri Lalou falar, ao abordar as chances perdidas, em “certeza da probabilidade”⁵¹.

E se não é possível conceder uma reparação que conduza o lesado à situação (incognoscível) em que ele estaria sem a conduta do lesante, se afigura possível, ao menos, restituir o *status quo ante*: “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”⁵².

VI. Chances reais e sérias

Para ser digna de tutela, a chance perdida deve representar um interesse real e sério⁵³, “muito mais do que uma simples esperança subjetiva”⁵⁴, o que impõe, ao aplicador do direito, a valoração da incerteza contrafactual para legitimar o interesse aleatório.

Existe dúvida insuperável em relação àquele que teria sido o resultado do processo aleatório, então: qual era a probabilidade de obtenção do resultado favorável à vítima, não fosse a atuação do autor do ilícito?

Massimo Bianca anota que, na jurisprudência italiana, exige-se um juízo de prognóstico superior a cinquenta por cento para ser objeto de ressarcimento, caso contrário será uma perda economicamente irrelevante.⁵⁵

Sérgio Savi ressalta o mesmo entendimento, apontando precedente da Corte de Cassação italiana no qual se assentou que “a chance perdida somente será indenizável nos casos em que se produza prova de que a possibilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50%”⁵⁶.

⁵¹ Citado por Paulo de Tarso Sanseverino, op. cit., p. 167.

⁵² Carnaúba, op. cit., p. 109.

⁵³ Carnaúba, op. cit., p. 123; Peteffi, p. 138-142; Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, 15. ed., Saraiva, p. 366.

⁵⁴ Peteffi, op. cit., p. 138.

⁵⁵ *Diritto civile - la responsabilità* - V. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 180.

⁵⁶ *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed., Atlas, 2012. p. 31.

Essa fixação de critério apriorístico, contudo, não conta com respaldo doutrinário e jurisprudencial entre nós. Basta lembrar que no célebre caso do “show do milhão”, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a seriedade das chances da autora, ainda que tenha estimado em 25% a probabilidade de obtenção da vantagem final almejada. Noutro caso mais recente, a mesma Corte concedeu indenização a uma consumidora que concorria, com outras 899 pessoas, ao sorteio de 30 casas e cujo nome não foi incluído no momento do sorteio; entendeu-se que o dano material não correspondia ao valor de uma das casas, mas “à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado”⁵⁷.

Ainda a esse propósito, a V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, editou o enunciado n. 443, assentando que “a chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.

E a duplicidade de qualificação da perda da chance (séria e real) não é meramente retórica, encerra mesmo dois distintos requisitos⁵⁸.

A realidade é um requisito objetivo, que diz respeito à efetiva existência de uma probabilidade de ocorrer o resultado favorável no curso do processo aleatório.

A seriedade, por seu turno, diz com a dimensão daquela probabilidade e sua relação com a vítima. A chance diminuta não constituirá interesse digno de proteção, porque não é séria, embora real, ao passo que a elevada possibilidade de um resultado positivo será digna de tutela.

Essa advertência é feita por Massimo Bianca ao estabelecer como premissa para a reparação a existência de uma elevada probabilidade e não mero potencial quanto ao resultado favorável objeto da chance perdida⁵⁹.

⁵⁷ REsp n. 788.459/BA.

⁵⁸ Nesse sentido, Flavio da Costa Higa, citado por Daniel Amaral Carnaúba: “a realidade antecede a seriedade, embora somente a conjugação de ambos torne a vítima apta a pedir a reparação do dano. É possível haver uma chance real que não seja séria, mas não é possível cogitar de uma chance séria que não seja real”. E exemplifica: “o enfermo cientificamente condenado não possui uma chance real, logo ela não é séria; já o possuidor de um bilhete com uma chance de 50 milhões possui uma chance inegavelmente real - tanto assim que adquire o bilhete mediante paga -, mas que, para efeitos jurídicos, não pode ser considerada séria”. (in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 182).

⁵⁹ *Diritto civile* - la responsabilità - V. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 180.

Esse raciocínio de probabilidade pode ser feito com fundamento nas regras de experiência ou ainda com apoio da estatística, com o eventual auxílio de prova pericial.

Além da elevada probabilidade, a seriedade da chance reclama que o resultado favorável constituísse um interesse relevante para a vítima⁶⁰.

Jungida ou não a critérios apriorísticos, a aferição da seriedade e realidade das chances perdidas é de subida importância para evitar demandas aventureiras. Constitui mesmo requisito sem o qual a teoria “redundaria no direito ao sonho: o réu estaria obrigado a reparar todas as aspirações da vítima; o único limite dessa dívida seria a imaginação do prejudicado”⁶¹.

VII. A quantificação do prejuízo-chance

Ao deslocar a reparação do prejuízo final experimentado para as chances efetivamente perdidas, tutelando o interesse aleatório do lesado, a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance supera o problema da incerteza do dano, mas o transfere em alguma medida para a sua quantificação:

E é por essa razão que podemos afirmar que a reparação de chances perdidas envolve sempre uma certeza e uma probabilidade. A primeira é constatada quando da identificação do prejuízo a reparar; e a outra entra em cena no momento da mensuração do prejuízo⁶².

⁶⁰ Daniel Amaral Carnaúba oferece o seguinte exemplo da jurisprudência francesa: “A alta Corte casou, em 1961, uma decisão que denegava a uma jovem, vítima de um acidente, a reparação das chances de se tornar comissária aérea. A despeito do fato de que a demandante não exercia, na época do acidente, nenhuma atividade assalariada, a Corte de Cassação ressaltou que ela acabara de concluir estudos específicos e de realizar uma viagem à Inglaterra para melhorar seus conhecimentos de inglês, com o objetivo de se preparar para a profissão de comissária de bordo, e que desse modo o acidente a havia impedido de aproveitar sua aptidão para o emprego em questão, aptidão essa obtida com seu trabalho especialmente realizado para tanto e pelas despesas que incorreu em sua preparação”. (in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a área e a técnica, Método, 2013, p. 127).

⁶¹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 123.

⁶² CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 108.

Parece evidente que a reparação será sempre inferior ao benefício final esperado pela vítima ou ao prejuízo por ela experimentado⁶³, uma vez que se está a indenizar precisamente as chances, frustradas pela conduta do lesante, de obtenção desse benefício. De modo que se deve considerar, no dimensionamento do prejuízo-chance, “o grau da probabilidade que havia, no processo aleatório que estava em curso, de ser alcançada a vantagem em expectativa, ou inversamente, de ser evitado o evento final danoso”⁶⁴.

O Superior Tribunal de Justiça teve ocasião de se pronunciar sobre a questão, expressando que:

Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção do prejuízo final experimentado pela vítima [...]. O acórdão recorrido não reconheceu ao médico a responsabilidade pela morte do paciente. Não pode, assim, fixar reparação integral, merecendo reparo nesta sede (REsp n. 1.254.141/PR, Min. Nancy Andrighi, j. 4.12.2012).

No mesmo sentido, o desembargador Ênio Zuliani, abordando a responsabilidade civil do advogado, obtemperou que, na ação ajuizada pelo cliente prejudicado:

O juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance⁶⁵.

Prepondera, pois, aquele cálculo em duas etapas defendido por Daniel Amaral Carnáuba:

⁶³ Carlos Roberto Gonçalves, op. cit., p. 367; Peteffi, op. cit., p. 226 e ss.; Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, Saraiva, 4. ed., p. 700; Sérgio Savi, op. cit., p. 68; Carnáuba, op. cit., p. 179.

⁶⁴ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 700.

⁶⁵ In: *Responsabilidade civil do advogado*, Seleções Jurídicas, Rio de Janeiro, COAD, out./nov. 2002, citado por Carlos Roberto Gonçalves, op. cit., p. 365.

Num primeiro momento, determina-se qual seria o ganho auferido ou a perda evitada, se a vítima tivesse obtido o resultado aleatório. Depois, esse valor será multiplicado pela porcentagem de chances que a vítima perdeu em função do ato imputável ao réu. O resultado dessa conta será o montante a ser indenizado em razão da perda da chance⁶⁶.

O método revela também que a indenização pela perda de uma chance deve ter a mesma natureza do dano que a perda do resultado favorável aleatório teria o efeito de causar⁶⁷. Se a perda da vantagem teria como consequência somente um hipotético dano moral, deve-se, na primeira etapa, mensurar o valor apto a compensar a lesão hipotética, para, em um segundo momento, reduzir aquele montante, conforme o percentual da chance. O mesmo raciocínio vale para o dano patrimonial, que não pode ter a chance perdida indenizada como se dano moral fosse.

VIII. Conclusão

No “choque entre velhas estruturas (da responsabilidade civil) e novas funções”⁶⁸, há que se identificar critérios dogmáticos seguros para se aferir a reparabilidade dos novos danos, sem perder a consciência de que a transposição de certos parâmetros não prescinde de modificações no direito positivo.

De partida, a compreensão do conceito de dano como a lesão de um interesse legítimo juridicamente protegido é fundamental para o desenvolvimento dessa tarefa.

A chance, em determinadas circunstâncias, configura uma situação subjetiva que confere ao respectivo titular um legítimo interesse aleatório, cuja perda, em certas condições, é digna de reparação.

A reparação pela perda de uma chance, contudo, tem natureza subsidiária, uma vez que o princípio da reparação integral exige, de maneira prioritária, a indenização do próprio resultado final (vanta-

⁶⁶ In: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 180.

⁶⁷ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 181.

⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 7.

gem final que se almejava auferir ou prejuízo final que se esperava conjurar). Assim, antes do deslocamento da reparação para a perda da chance, é necessário aferir a reparabilidade do próprio resultado aleatório desejado.

Nessa tarefa, a causalidade desempenha papel relevante.

Não se realiza o deslocamento da reparação – do dano final para as chances – caso seja possível (por meio de outras técnicas como a das presunções ou da imputação objetiva) o reconhecimento do nexos causal entre a conduta do agente e a perda da vantagem final almejada pelo lesado ou, ainda, caso seja descartada por completo a possibilidade de nexos causal entre a conduta do agente e a perda do resultado.

Afastado o nexos de causalidade jurídica entre a conduta e o prejuízo final (a vantagem que o lesado poderia auferir ao final do processo aleatório ou o prejuízo que ele esperava conjurar), deve-se verificar a presença de todos os elementos necessários para a caracterização da situação subjetiva referente à perda de uma chance: a) a preexistência de um interesse sobre um resultado aleatório; b) a eliminação ou diminuição da chance de se obter o resultado favorável; c) o nexos causal entre a conduta do indigitado responsável e a eliminação ou diminuição das chances; e d) a incerteza contrafactual, isto é, a incognoscibilidade a respeito de qual seria o desfecho do processo aleatório sem a conduta tida como lesiva.

Os pressupostos fáticos da reparação civil da perda de uma chance são distintos daqueles que dão ensejo à indenização do prejuízo final (da vantagem final que se frustrou), circunstância que conduz a uma observação relevante do ponto de vista prático: a diversidade de causas de pedir em relação aos pleitos. Logo, em se tratando de perda de uma chance, exige-se a adequada descrição dos pressupostos na petição inicial, sob pena de não se poder conhecer do pedido.⁶⁹

Presentes os pressupostos fáticos da perda de uma chance, passa-se à valoração da realidade e seriedade do interesse aleatório, predicados sem os quais não se reconhece a presença de interesse legítimo, digno de tutela jurídica.

⁶⁹ Esse é o entendimento esboçado pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no RESP nº 1.190.180-RS: “a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da perda de uma chance, condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais”.

Por fim, afere-se a indenização do interesse aleatório, real e sério, relacionado à perda da chance, a qual corresponderá a uma proporção, conforme a maior ou menor probabilidade de obtenção do resultado final, da indenização que seria devida pela vantagem final.

Observados esses parâmetros, a reparação das chances perdidas não será fruto da indecisão ou da arbitrariedade do magistrado e, conferindo proteção jurídica a interesses legítimos que balizam decisões de vida e mobilizam esforços e investimentos, surge como imposição do princípio da reparação integral.

IX. Bibliografia

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2010. v. I.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Saraiva: São Paulo, 2009.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile – la responsabilità* – V. 2. ed. Milano: Giuffrè. 2012.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance – a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

JOURDAIN, Patrice; VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil – les effets de la responsabilité*. Direção de Jacques Ghestin. Paris: L.G.D.J, 2010.

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

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. Saraiva: São Paulo, 2010.

SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. Atlas: São Paulo, 2012.

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

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

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexó de causalidade: temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil – les effets de la responsabilité*. Direção de Jacques Ghestin. Paris: L.G.D.J, 2010.

VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidade civil*. Tradução de Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Astrea, 1999.