



SOB

ADVOGADOS

ARTIGO

WWW.SOBADV.COM.BR

INDENIZAÇÃO POR PERDA DE CHANCE

Liability for the loss of a chance
Revista de Direito Privado | vol. 117/2023 | p. 161 - 182 | Jul - Set / 2023
DTR\2023\9071

Hugo Tubone Yamashita

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Sócio na área de Solução de Conflitos. hugo.tubone@sobadv.com.br

Marco Antonio Savazzo Duarte Filho

Mestrando em Direito Civil e Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado na área de Contencioso Cível e Arbitragem. mduarte@iwrcf.com.br

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: O presente trabalho acadêmico visa a analisar e a abordar algumas questões relacionadas à reparação civil pela perda de uma chance. Embora já aceita pela jurisprudência brasileira, a responsabilidade por perda de uma chance ainda não é amplamente utilizada no ordenamento. Diante disso, este trabalho tem a finalidade de apresentar o conceito, os requisitos, a classificação e os meios para quantificar o dano a ser reparado por perda de chance.

Palavras-chave: Responsabilidade civil – Perda de chance – Indenização – Critérios de reparação do dano por perda de chance

Abstract: This academic study aims at analyze and indicate some issues related to liability for the loss of a chance. Although already accepted by Brazilian courts, the liability for the loss of a chance is still not widely used in the legal system. Therefore, this academic study aims to present the concept, legal conditions, classification and means to quantify the damage to be repaired due to loss of chance.

Keywords: Civil liability – Loss of chance – Indemnity – Indemnification – Criteria for restoration of loss of a chance damage

Para citar este artigo: Yamashita, Hugo Tubone; Duarte Filho, Marco Antonio Savazzo .

Indenização por perda de chance. *Revista de Direito Privado*. vol. 117. ano 24. p. 161-182. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023. **Disponível em:**

<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2023-9071>. **Acesso em:** DD.MM.AAAA.

Sumário:

1. Introdução - 2. Indenização por perda de chance - 3. Quantificação da reparação pela perda de uma chance - 4. Conclusão - 5. Referências - 6. Jurisprudência

1. Introdução

Embora inexista positividade expressa na legislação brasileira, a indenização por perda de chance é admitida por parte da doutrina e jurisprudência brasileira, desde que respeitados os seus requisitos.

Apesar de aceita, alguns estudiosos¹ sobre o tema esclarecem que, no Brasil, há poucos materiais que se debruçam sobre a teoria da indenização por perda de chance, e que as posições doutrinárias são divergentes sobre a admissão, a origem, a natureza, o correlato enquadramento e a mensuração do dano.²

Não obstante tais divergências, grande parte dos autores brasileiros³ destaca que a responsabilização por perda de chance possui significativa relevância no direito francês, sendo o local que “encontrou maior evolução”.⁴

Os últimos séculos (final do século XIX e todo o século XX) foram permeados por uma profunda transformação do instituto da responsabilidade civil. Em decorrência dos avanços tecnológicos, sociais e econômicos dos tempos recentes, verificou-se uma alteração nos paradigmas da

responsabilidade civil, de modo a aproximá-la da visão *solidarista* do direito civil (a tutela da famigerada *dignidade da pessoa*), como reação ao espírito *individualista* dos *oitocentistas*. Resultado disso foi o afastamento do eixo da busca pela *condenação do culpado* para o eixo da *reparação do dano*. Assim, com todas as atenções voltadas ao ressarcimento do prejuízo material e imaterial sofrido pela vítima, encontrou-se uma miríade de novas categorias de danos: quebra de expectativa, quebra de privacidade, risco econômico, entre outros.

Na esfera nacional, essa mudança de enfoque no âmbito da responsabilidade civil, segundo Rogério Donnini,⁵ iniciou-se a partir da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, que estabeleceram a maioria das hipóteses de responsabilidade civil sem a análise de culpa. Para ele, além da alteração legislativa, a jurisprudência e a doutrina começaram a analisar a responsabilidade civil com enfoque na vítima, de modo a privilegiar a proteção à pessoa humana. Mudou-se, assim, o pensamento “eminente patrimonialista de outrora”, para outro que valoriza a pessoa humana, na medida em que a Constituição Federal de 1988 “privilegiou uma vida com dignidade, que está associada a um comportamento correto, segundo a boa-fé e que tem de estar vinculado ao imperativo ‘não lesar’, para que haja cuidado e proteção à sociedade”.

É justamente nessa toada que a perda da chance assume relevância como instituto do sistema de reparação civil brasileiro. O surgimento da reparação por perda de chance, de acordo com Alessandra Cristina Furlan,⁶ está atrelado à “dificuldade na perquirição da subjetividade do causador do dano e o aumento de lesões aos direitos decorrentes da sociedade industrial”.

Com essa mudança de pensamento, houve a aceitação da doutrina e da jurisprudência quanto à possibilidade de indenizar a vítima pela perda da possibilidade de alcançar uma vantagem esperada ou de evitar um prejuízo, mesmo em casos de incerteza do resultado esperado ou quando não comprovado o nexo de causalidade direto e imediato entre a conduta antijurídica e o dano suportado. Entendeu-se, para a maioria da doutrina brasileira sobre o tema, que a expectativa ou a chance de alcançar um resultado ou de evitar um dano é um bem que merece proteção jurídica e deve, por isso, ser indenizado.

Apesar da aceitação por grande parte da doutrina, há estudiosos franceses, ambientados no *locus* de origem da teoria da reparação por perda de uma chance,⁷ que criticam duramente a possibilidade de reparação da vítima por uma expectativa frustrada. As críticas acirram-se especialmente no caso de perda da possibilidade de evitar um prejuízo, hipótese atrelada a um fato pretérito – isto é, quando já ocorreu o prejuízo –, pois, para eles, “seria uma porta aberta às arbitrariedades”.⁸

Nesse contexto, e sem a pretensão de exaurimento do tema ou de apresentar uma posição definitiva, o presente trabalho visa a revisitar posicionamentos doutrinários acerca da teoria da perda de uma chance, tanto para o conceito de perda de uma chance clássica (oportunidade futura) como para a perda da possibilidade de evitar um dano (prejuízo já ocorrido), na tentativa de identificar o atual estado da arte acerca do tema.

2. Indenização por perda de chance

2.1. Brevíssimo esboço histórico

A teoria da perda de uma chance surgiu e desenvolveu-se por meio de excertos pretorianos. Suas primeiras aplicações remontam ao final do século XIX, na França. Os casos mais conhecidos do período datam de 1889 e 1902, sendo que ambos se referiam à responsabilidade de oficiais ministeriais que impossibilitaram a interposição de recurso contra decisões judiciais. De acordo com Rute Teixeira Pedro, talvez o fato de a teoria ter surgido em casos como esses facilitou sua atual aceitação no caso de falhas na prestação de serviços jurídicos.⁹

Ulteriormente, apenas em 1911, há a primeira aparição da teoria no *common law*. No precedente inglês que ficou conhecido como *Chaplin v. Hicks*, a Corte britânica concedeu à autora indenização pelo fato de ter sido impedida de participar da fase final de concurso de beleza pelo organizador do evento. Pelos termos da decisão, a autora da demanda teria 25% (vinte e cinco por cento) de chances de ganhar um dos prêmios do concurso e, portanto, foi indenizada pela perda dessa possibilidade.¹⁰ Outro exemplo clássico refere-se ao cavalo de corrida que é impedido de participar de páreo, perdendo a chance de concorrer com o prêmio.¹¹

Na jurisprudência francesa, o conceito da perda da chance foi acentuadamente ampliado, passando

a ser aplicado tanto para os casos de inadimplemento contratual como para as hipóteses de ato ilícito (seja na modalidade de responsabilidade subjetiva, seja na de responsabilidade objetiva).¹²

E a matéria da *perda de uma chance* assumiu relevância tal no panorama jurídico internacional que acabou incorporada inclusive pela *soft law*. O artigo 7.4.3 dos princípios relativos aos contratos comerciais internacionais UNIDROIT faz referência à teoria ao tratar da certeza do dano.¹³

Justamente pelo desenvolvimento quase que exclusivamente pretoriano da *teoria da perda de uma chance*, há uma profusão de entendimentos e correntes acerca da temática, dificultando as tentativas de sistematização da matéria. Cada um dos cientistas que se debruçou sobre o fenômeno buscou identificar determinados padrões nas decisões proferidas, dando ensejo à riquíssima discussão doutrinária, como se demonstrará a seguir.

2.2. Noções gerais e requisitos

Para a teoria da reparação por perda de uma chance, a vítima deverá ser indenizada em razão da interrupção injusta de um processo, que possibilitaria a ela alcançar uma vantagem ou evitar um prejuízo. A despeito da singeleza da fórmula, é espinhosa a discussão em torno do seu enquadramento nos quadrantes da responsabilidade civil.

Em linhas gerais, a doutrina divide-se em duas correntes principais: (i) aqueles que encaram a *chance perdida* como uma categoria autônoma de dano; e (ii) aqueles que compreendem que a *chance perdida* decorre de uma aplicação menos ortodoxa do nexos de causalidade.¹⁴ O primeiro entendimento teria sido pioneiro, correspondendo o segundo a uma desnaturação daquele sistema, especialmente por razões relacionadas à prova processual.¹⁵

Joseph King Jr. é um dos principais defensores do enquadramento da *chance perdida* como uma categoria independente de dano. Para ele, as chances perdidas pela vítima são indenizáveis, mostrando-se desnecessária qualquer utilização alternativa do nexos de causalidade.¹⁶ O critério para se decidir pela procedência ou não da demanda indenizatória seria a prova de que a ação ou omissão do réu foi *condição necessária* para a diminuição da probabilidade de a vítima auferir a vantagem esperada ao final do processo aleatório.¹⁷

O mesmo autor explica ainda que inexistem diferenças entre casos em que o processo aleatório foi concluído e aqueles em que esse processo foi interrompido. Em ambas as hipóteses, a conduta do réu forçou o magistrado a confrontar-se com uma situação *imponderável* acarretada por um conhecimento imperfeito. Ou seja, em razão de um ato de ação ou omissão do réu, ficou desconhecido qual seria o resultado final do processo aleatório. A conduta do réu *fechou as portas da percepção*.¹⁸

Assim, Joseph King Jr. conclui que o mais adequado não é focar o dano como a *chance literal*; mas, sim, como a *perda da oportunidade de se deixar que os processos sigam seu curso natural até o final*.¹⁹ Ou seja, sob a óptica dessa teoria (*unitária*), o indenizável seria a impossibilidade de se conhecer o resultado final que teria advindo do curso regular de um determinado evento em desenvolvimento. Isso porque, ou se impossibilitou que efetivamente houvesse um resultado final (v.g., caso do advogado que perde o prazo), ou se impossibilitou que se soubesse se o dano final teria sido evitado sem a ação do autor (v.g., caso de falha médica).

Diante de tais características, Rute Teixeira Pedro conclui que a chance pode ser erigida à categoria de entidade autônoma e o *dano* que dela resulta também poderá ser considerado *autônomo*. Esse dano referir-se-ia a uma situação *intermédia* que não coincide com o malogro final. Afinal, se assim não fosse, o ofensor deveria ser responsabilizado pelo prejuízo final.²⁰ Esse dano representa, sob sua óptica, um dano *presente*, uma vez que seu ressarcimento se volta a indenizar a privação da chance (bem presente) e não a utilidade final (privação futura e eventual).²¹ Por esse motivo, e em razão do fato de que não há como se provar um ganho esperado (portanto, não há que falar em *lucros cessantes*), esse dano deveria estar enquadrado na categoria de *dano emergente*.²²

Entre nós, o Professor Ruy Rosado²³ defende, em igual linha, que “na perda da chance, há processo interrompido com a aniquilação da oportunidade (de ganho, de evitação de resultado, de cura), e o ordenamento jurídico autoriza uma interpretação mais alargada do conceito de dano, para nele compreender também essa perda”. Em nosso ordenamento, a responsabilidade civil, em regra geral, só é caracterizada quando constatada uma ação ou omissão antijurídica do agente, o dano injusto e

o nexo de causalidade entre os dois primeiros requisitos. Para a perda de uma chance, não seria diferente, “sendo que o dano consiste na perda de uma expectativa”.²⁴ Isto é, a indenização será concedida pela perda da oportunidade de alcançar determinada vantagem ou evitar certo dano.

Em linha com os estrangeiros, Ruy Rosado defende que o objeto da indenização é a frustração da expectativa, em razão da interrupção injusta de determinado processo. Não se está, portanto, a indenizar o resultado perseguido (objetivo final) ou o dano sofrido em relação a que não se constatou o nexo de causalidade direto e imediato com o ato antijurídico do agente; mas, sim, a possibilidade/expectativa de alcançá-lo (no caso do resultado perseguido) ou evitá-lo (no caso de evitar o mal).

A perda de uma chance, como preceitua Ruy Rosado,²⁵ pode ser oriunda de ação ou omissão praticada pelo agente, assim como pode ter natureza de responsabilidade contratual ou extracontratual. Além disso, Fernando Noronha²⁶ bem esclarece que os prejuízos advindos da perda de uma chance podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Ainda de acordo com o professor Ruy Rosado, o dano é emergente, eis que consiste na diminuição imediata do patrimônio da vítima. E “será proporcional à extensão da oportunidade, considerando a situação em que se encontrava o lesado, a existência de um bem futuro que poderia ser alcançado e seu valor, e a probabilidade de obtê-lo”.²⁷

Dessa forma, a indenização por perda de uma chance estaria, para essa parcela da doutrina, em consonância com o art. 403 do Código Civil (LGL\2002\400) (“as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”), motivo pelo qual não haveria óbice à sua aceitação em nosso ordenamento jurídico.

Em resumo, a indenização estaria atrelada à perda da expectativa de alcançar um determinado objetivo vantajoso ou de evitar um prejuízo. Isto é, indenizar-se-á a perda da expectativa de obter determinado resultado ou de evitar certo prejuízo, em razão de ato antijurídico do agente, que interrompeu injustamente o processo que permitiria alcançar o objeto vantajoso ou evitar um dano.²⁸ Como referido, há, de outro lado, aqueles, como Daniel Amaral Carnaúba, que entendem a perda de uma chance como uma técnica para decisão, de modo a contornar as dificuldades nos casos concretos de reparação de lesão quando há interesses aleatórios. Isto é, a perda de uma chance não seria, em si, um bem da vida indenizável.²⁹

Segundo Rafael Pettefi, parte da doutrina teria concebido a *perda de uma chance* com base na ideia de *causalidade alternativa* e visando a atender às novas demandas das realidades social, econômica e tecnológica. Essa corrente doutrinária subdivide-se ainda em outras duas filiações: (i) aqueles que argumentam que a *perda da chance* deve ser encarada como uma aplicação da ideia de *causalidade parcial*; e (ii) aqueles que a concebem por meio de uma *presunção de causalidade*.³⁰

Os que creem na aplicação da perda de uma chance por meio da *causalidade parcial* encaram-na como “um meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final (a vantagem esperada)”.³¹ Assim, a probabilidade de que a conduta do réu tenha dado causa ao dano experimentado é exatamente a quantidade de prejuízo que será ressarcido. Ilustrativamente, se existe 80% de probabilidade de que o dano tenha sido ocasionado por ato ou omissão de um determinado indivíduo, esse deverá ser condenado a ressarcir 80% do dano experimentado.

Abre-se, desse modo, uma alternativa às tradicionais teorias causais, eis que, no caso da *chance*, não há como se considerar o ato do agente como *condição necessária* para o dano final. Nem mesmo para os partidários dessa ideia há que considerar a *chance perdida* como uma *modalidade de dano*, uma vez que não se concebe uma indenização pela perda da chance caso o dano não tenha se concretizado. A tutela da chance como uma categoria autônoma de dano deveria ensejar a pretensão indenizatória já no momento em que a chance é perdida e não apenas ao final do processo aleatório com a efetiva concretização do dano – tal qual se concebe mesmo por aqueles que a entendem como uma nova categoria de dano.³²

Em outras palavras, se é necessário que se verifique o dano final para que se ressarça pela perda da chance, esta não representa verdadeiramente outra espécie de dano. Por essa razão, os pensadores filiados à corrente da causalidade alternativa (John Makdisi, Jacques Boré) compreendem que a *chance perdida* não terá, quanto ao aspecto qualitativo, qualquer distinção com o *prejuízo final*: “se a

perda da vantagem esperada representa um dano moral, a perda das chances também será um prejuízo extrapatrimonial, o mesmo acontecendo com o dano material, se este for a categoria na qual se encaixe o prejuízo derradeiro”.³³

A *chance perdida* seria, assim, vislumbrada como uma nova forma de causalidade: a *causalidade parcial*. Valendo-se da flexibilização do nexos de causalidade trazida pela *causalidade alternativa*, os partidários do argumento suplantaram a mera presunção de causalidade, dispensando-se, inclusive, sua prova.³⁴ A questão da chance perdida resolver-se-ia com a *análise estatística* da participação de provável causa no dano experimentado. Assim, ilustrativamente, em hipótese de responsabilização por tratamento médico inadequado, se, em perícia, avalia-se que a terapia indicada é eficaz em 60% dos casos, poder-se-ia condenar o médico-réu pela perda da chance de a vítima recuperar-se, representados pelos 40% de chances de fracasso do tratamento.³⁵

Essa ideia de repartição do nexos causal é justamente a maior fonte de críticas da doutrina tradicional com relação à *causalidade parcial*.³⁶ Embora possa haver a concorrência de autores do dano (como se estabelece no artigo 942 do Código Civil (LGL\2002\400)),³⁷ a *causa necessária ou adequada* para a ocorrência deve, de acordo com as clássicas teorias causais, ser apenas uma. Ou há o nexos causal, ou não há. E, por conseguinte, ou há dever de indenizar, ou não há.

Essas críticas são defendidas por Jacques Boré e John Makdisi com base na precisão científica que pode ser alcançada por meio da utilização da Estatística. O primeiro argumento lançado à objeção contra a *causalidade parcial* é o de que o aferimento tradicional do nexos causal já faz uso das probabilidades. Afinal, é impossível que se alcance a verdade absoluta ou metafísica no procedimento judicial. Quando o juiz, nos casos mais simples, vale-se de sua experiência, ele está considerando eventos anteriores em que o resultado alcançado habitualmente se deu de determinada maneira. Ou ainda, quando o juiz questiona ao perito se determinado tratamento médico foi correto e o *expert* sinaliza-lhe que, na grande parte dos casos, a terapia foi eficaz, também está a se pensar estatisticamente (o julgador provavelmente eximiria o réu, com base na conclusão do perito de que “em grande parte dos casos” o tratamento foi eficaz). Assim, o juiz já apreciaria a correlação estatística entre o fato gerador da responsabilidade e o dano. A aplicação da causalidade parcial em matéria da perda de uma chance apenas aprimoraria esse mecanismo.³⁸ John Makdisi, a seu turno, acresce que a utilização da *causalidade parcial*, ao invés do critério “ou tudo, ou nada” das teorias causais tradicionais, seria *economicamente e pedagogicamente* mais eficiente. Isso porque o manejo parcial do nexos causal possibilitaria a responsabilização dos agressores na medida adequada do dano para o qual concorreram, sem que houvesse *subcompensação* ou *ultracompensação*.³⁹

Já para aqueles que creem que a *perda da chance* configuraria mera facilitação do ônus da prova (presunção causal), a distinção entre a procedência da demanda indenizatória e a condenação pela *perda da chance* situar-se-ia no seguinte critério: caso haja mais de 50% de probabilidade de que o ato de ação ou omissão teria causado o dano final, o agente deve ser condenado à indenização integral; caso haja menos, a condenação deve ser proporcional, mediante o expediente da perda da chance.

A lógica do raciocínio residiria no fato de que, como mencionado, jamais se concebe que houve 100% de probabilidade de que determinado evento foi a causa do dano. De acordo com os defensores dessa ideia, o nexos de causalidade, no esquema “ou tudo, ou nada”, já é normalmente mensurado deste modo: acima de 50% de probabilidade, já se consideraria verificado o liame causal.⁴⁰

Em via alternativa, há ainda autores que trabalham apenas com a ideia de *presunção causal*, mas que, ao final, compreendem que, ainda que tenha havido somente a chance perdida, deve-se indenizar pela vantagem total que a vítima poderia ter auferido ao final do processo aleatório. Em outros termos, sob esse viés, conquanto haja menos do que 50% de probabilidade de causa e efeito, ainda assim se deve indenizar o montante integral do prejuízo. Esse entendimento é aplicado por alguns tribunais norte-americanos sob a rubrica da *teoria do fator substancial*,⁴¹ bem como é defendida por Geneviève Viney, especificamente para os casos de responsabilização na seara médica.⁴²

Entre nós, como sabido, vigora o entendimento de que somente danos diretos e imediatos são efetivamente ressarcidos à vítima. Por essa razão, é bastante compreensível que parcela

considerável da doutrina ainda se apegue à conceituação da chance perdida como uma categoria autônoma de dano. A construção esteada sob a flexibilização do nexo de causalidade – “matematicamente” lógica e que, inclusive, soa bastante aderente à efetiva prática forense – tem como desafio a transposição de dogmas há muito cristalizados no direito obrigacional brasileiro. A conciliação faz-se necessária até para evitar a “abertura de porta às arbitrariedades” e também se dar o tratamento correto à matéria, especialmente no âmbito instrutório.

Ora, se se tratar de categoria autônoma de dano, uma vez comprovada sua verificação, seria plenamente aceitável que se relegasse sua quantificação após o trânsito em julgado da decisão de mérito (CPC (LGL\2015\1656), art. 491). De outro lado, em se tratando de nexo de causalidade, é de rigor que o assunto seja resolvido ainda na fase de conhecimento, haja vista ser matéria que concerne ao *an debeatur*. Independentemente da corrente que se siga, parece ser medida de extrema cautela que, ao se conceder a tutela condenatória, busque-se o maior grau de certeza possível ao *quantum indenizatório*, evitando-se deixar debates sobre critérios de cálculos para a etapa liquidatória.⁴³

Por se tratar de responsabilidade civil por *perda de uma chance*, o que denota uma situação aleatória, a aplicação desse instituto desenvolvido pela doutrina e, como adiantado, aceito pela jurisprudência brasileira deve respeitar alguns requisitos, para evitar a reparação civil por danos meramente hipotéticos.

Considerando a impossibilidade de indenização por danos hipotéticos em nosso ordenamento jurídico, a aplicação da responsabilidade da perda de uma chance deve estar atrelada ao “caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável”.⁴⁴ Isto é, a chance perdida pela vítima deve “representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva”.⁴⁵

Como bem ensina Rafael Peteffi, os Tribunais franceses, para aplicação da teoria da perda de uma chance, analisam o *grau de seriedade e realidade das chances perdidas*, de modo a evitar indenização por danos hipotéticos e eventuais:

“[...] a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas e# o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada.”⁴⁶

Tendo em vista que o exame da perda de uma chance está atrelado à seriedade e à realidade de determinada situação benéfica e a possibilidade de sua concretização, a análise casuística é sempre de grande relevância, “pois somente a comparação de casos concretos poderá traçar alguns parâmetros úteis”⁴⁷ para a correlata aplicação.

É importante destacar que, além da seriedade, isto é, do grau de probabilidade da ocorrência do evento esperado pela vítima, a responsabilidade por perda de uma chance dá-se, tão somente, quando não é possível provar o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o que se esperava obter – ou deixar de sofrer – em sua integralidade (perda da vantagem que era esperada, caso houvesse o desenrolar integral do processo aleatório).⁴⁸ Até porque, se comprovado o nexo de causalidade entre o ato ilícito do agente e a vantagem e/ou dano integral suportado ao final do curso de eventos, indenizar-se-ia o dano suportado em si e não a expectativa de alcançar um resultado esperado.⁴⁹

Fixadas essas premissas, passa-se a analisar as especificidades inerentes à aplicação da teoria a situações diversas.

2.3. Modalidades da perda de uma chance

A perda de uma chance, como visto, está atrelada à ideia de que a vítima restou impossibilitada, por uma obstrução injusta, de alcançar uma determinada vantagem ou evitar um dano.

Assim, nota-se que há uma divisão entre as espécies da perda de chance: na primeira, houve perda da expectativa de alcançar algo futuro e incerto, mas com alto grau de probabilidade de ocorrer; na segunda, o resultado já ocorreu (prejuízo) e não foi possível evitá-lo ou diminuí-lo em razão da conduta injusta do agente.⁵⁰

Em ambas as situações, deve-se partir do ponto de referência inicial, quando ainda existia a

oportunidade frustrada, para, a partir daí, realizar “projeções sobre o que viria a acontecer, se não fosse o fato antijurídico verificado”.⁵¹

Nos casos “clássicos” da perda de uma chance, houve um fato presente que frustrou a expectativa ou possibilidade (chance) para que as vítimas alcançassem o resultado futuro esperado. Isto é, o fato antecedente, que é o caracterizador da ação ou omissão do agente (e.g., não apresentar o rol de testemunhas; não recorrer da sentença desfavorável; acidente de trânsito), eliminou a expectativa da vítima de alcançar um resultado futuro esperado (e.g., ganhar a causa; participar do concurso e ser aprovado). É essa eliminação da expectativa, “que não mais poderá ser realizada”, que consiste no dano a ser indenizado, de acordo com a teoria da perda de uma chance.⁵² Em outros termos, o dano não consiste no resultado esperado pela vítima (e.g., ganhar a causa, passar no concurso), mas, sim, na eliminação da expectativa/possibilidade. Como adiantado, o dano ocorre no momento da eliminação da oportunidade, pelo que é considerado, por Ruy Rosado de Aguiar,⁵³ como dano emergente.

Para avaliação do dano, deverá ser considerado o grau de probabilidade de alcançar o resultado esperado ou programado (ganhar a causa; participar e passar no concurso) e “a participação causal do agente na eliminação da expectativa”.⁵⁴ Exemplificando, a vítima deverá comprovar que “o fato externo existia ou estava programado” (ação em curso; concurso estava programado); que ela estava, naquele momento, em condições de alcançá-lo; e “que o réu praticou a ação que eliminou a expectativa de obter o resultado aleatório, sem que incida causa excludente de responsabilidade do agente”.⁵⁵

A outra espécie da perda de uma chance está atrelada à frustração de evitar ou diminuir um prejuízo. Ou, como classifica Ruy Rosado de Aguiar, “perda da oportunidade de evitar o mal”.⁵⁶ Nessa espécie, considerando que o dano já se verificou, é necessário que o processo que acarretou o dano e que fosse possível de ser evitado, por meio da interrupção do agente responsável para tanto, estivesse em curso.⁵⁷

Esclarece-se que, para a caracterização da perda de uma chance, não se pode ter a absoluta certeza de que, uma vez interrompido o processo que acarretou o prejuízo, não haveria dano. Afinal, nessa hipótese, estar-se-ia diante do instituto da responsabilidade civil clássica. Deve-se considerar que, mesmo se houvesse a interrupção do processo que acarretou prejuízo, era *possível* que o dano ocorresse.

Para exemplificar, pensemos na seguinte hipótese: um estabelecimento comercial tinha sistema de alarme antifurto, mas o sistema não funcionou e houve a constatação de furtos enquanto os sistemas não estavam funcionando. Embora não se tenha certeza de que o sistema de alarme impediria a realização dos furtos, eis que poderiam ter ocorrido mesmo com a integral e ampla funcionalidade dele, a inoperância do sistema de alarme antifurto eliminou a oportunidade do estabelecimento de evitar ou diminuir os prejuízos.⁵⁸

Nesse sentido, a vítima deverá provar que a possibilidade/expectativa de evitar ou diminuir o prejuízo existia, mas a omissão ou ação do agente eliminou a sua expectativa (no caso, a ineficiência do sistema de alarme) e o grau de probabilidade de que seria possível evitar ou diminuir o prejuízo constatado.

Fernando Noronha⁵⁹ esclarece que a distinção entre perda de chance clássica e a de evitar o mal é de fácil percepção, na medida em que aquela visava a um acontecimento futuro que fora injustamente frustrado, enquanto, na perda de evitar o mal, o prejuízo já está estabelecido, sendo que a eliminação da oportunidade de evitá-lo ocorreu durante o desenvolvimento do processo. Considerando que na espécie da perda de evitar um mal o foco de sua análise, para alguns autores, está atrelado ao nexos de causalidade, o que foge, de certa maneira, da concepção clássica do instituto da responsabilidade civil, o tema será aprofundado em capítulo específico.

2.4. Perda de uma chance de evitar o mal: perda de chances de cura ou sobrevida

Além do exemplo apresentado no capítulo anterior, Ruy Rosado⁶⁰ e Fernando Noronha⁶¹ destacam que, dentro da espécie de perda de uma chance de evitar o mal, as situações mais relevantes para o estudo estão relacionadas a casos médicos, “devido à natureza em maior ou menor medida aleatória dos tratamentos disponíveis” e à incerteza se a morte ou agravamento da doença do paciente podem

ser imputados ao médico ou à doença.⁶² Explicam os autores que, na França, essas situações são chamadas de perda de chances de cura ou de sobrevivência.⁶³

Para melhor ilustrar, a perda de chance de cura ou de sobrevivência está relacionada, por exemplo, e entre outros, ao diagnóstico, ao exame e à indicação de tratamento. Isto é, quando o médico diagnostica erroneamente o paciente ou indica um tratamento ineficaz, ele praticou uma ação (ou omissão, quando deixa de diagnosticar ou determinar um tratamento) que, no caso em estudo, pode ter ocasionado a morte ou a lesão ao paciente. Ou seja, não se tem a certeza de que a ação ou omissão do médico efetivamente causou o dano ao paciente, pois, se houvesse essa certeza, não seria perda de chance de sobrevivência ou de cura, e o médico deveria reparar o paciente pelo prejuízo efetivamente causado (morte, incapacidade etc.).

Nesse sentido, a perda de uma chance de evitar o mal, para Fernando Noronha, Rafael Peteffi e Daniel Carnaúba, é analisada sob o enfoque do “nexo causal” (causalidade parcial), eis que não há a comprovação de que a ação ou omissão do médico efetivamente causou o dano no paciente (causa direta e imediata), o que, na concepção clássica da responsabilidade civil, afastaria o dever do médico de indenizar.

Conforme Rute Teixeira Pedro, “nos casos de responsabilidade médica, não nos encontramos perante ‘uma causalidade certa que produz um dano incerto’, mas perante ‘um dano certo produzido por uma causalidade incerta’”.⁶⁴ Assim, diante dessa dificuldade em se estabelecer o vínculo, mas verificando uma conduta censurável do profissional, o magistrado opta por uma decisão “salomônica”, concedendo uma *indenização parcial* do dano final (morte ou invalidez).⁶⁵

No entanto, de acordo com a teoria da perda de uma chance, embora não haja a prova do nexo causal entre a ação e o dano, o defeito na ação médica reduziu as “expectativas (cura, melhores condições de sobrevivência, tratamento menos doloroso etc.), a responsabilidade é pela perda dessa oportunidade, a ser indenizada segundo o regime da perda da chance”.⁶⁶

Isto é, para a teoria da perda da chance, “não se indeniza parcialmente o dano final: indeniza-se integralmente o dano pela perda da chance”.⁶⁷ Em outros termos, o agente (médico) responde, tão somente, pela eliminação da oportunidade de que o paciente teria de evitar ou diminuir o dano sofrido (cura ou sobrevivência) e não pelo resultado final (morte ou incapacidade, por exemplo), até porque, nessa hipótese, inexistente certeza quanto ao nexo causal entre a ação ou omissão do médico e a morte ou incapacidade do paciente.⁶⁸

Para melhor ilustrar, Fernando Noronha esclarece que só será aplicada a teoria das chances perdidas de sobrevivência ou cura quando a causa do agravamento do paciente, ou mesmo da morte, não é conhecida e houve a indicação de tratamento inadequado (ou diagnóstico errado, cirurgia equivocada etc.). Nessas situações, complementa que, embora não se conheça a causa do agravamento da saúde do paciente, tem-se consciência de que o dano ocorreu “em uma de duas situações”: “ou foi devido simultaneamente ao ato terapêutico inadequado e à evolução endógena da doença, ou resultou somente de um destes fatores, sem saber qual”.⁶⁹

Diante dessa explanação, constata-se que, no primeiro caso, é uma hipótese de causalidade concorrente (a ação do médico e a própria doença agravaram a saúde do paciente) e, na segunda, de causalidade alternativa (a ação do médico ou a doença agravaram a saúde do paciente).

No caso da causalidade concorrente, a causa da morte ou do agravamento da saúde do paciente não é conhecida, mas se tem conhecimento de que houve a prestação de serviços médicos de forma equivocada. Portanto, a ocorrência do prejuízo suportado pelo paciente “só poderá ser da modalidade concurso entre fato do responsável (deficiência no tratamento) e caso fortuito ou de força maior (evolução da própria doença)”.⁷⁰

Como esclarece Fernando Noronha, no caso da causa concorrente, não se sabe se a imperícia do médico (e.g., tratamento equivocado, ausência de diagnóstico) efetivamente contribuiu ou não para o resultado final (o dano), mas se tem certeza de que “o dano só pode ter resultado ou de um daqueles fatores, evolução endógena da doença ou ato terapêutico inadequado, ou os dois, atuando conjuntamente”.⁷¹

Essa ideia de causa concorrente, quando há a incerteza a respeito de qual circunstância causou o dano, afastaria, em tese, o dever de indenizar, na medida em que seria necessário ter certeza de

que a atuação ineficaz do médico teve relação direta e imediata com o dano.

No entanto, como preleciona Fernando Noronha,⁷² essa regra de “ou tudo, ou nada” não é a melhor maneira para aplicar nos casos em que, mesmo não sabendo qual circunstância direta e imediatamente causou o dano, há a constatação de que a ineficiência da prestação médica provavelmente causou ou auxiliou no dano. Para ele, ciente do ato terapêutico inadequado que criou “séria possibilidade de ocorrência do dano”, deve-se reparar a vítima.

Fixada essa premissa, a vítima deve, para fins de comprovação do nexo de causalidade, comprovar que o ato praticado pelo médico (fato antijurídico) criou séria possibilidade da ocorrência do dano, excluindo a oportunidade de a vítima evitar ou minimizar o dano. Nesse sentido, restará ao médico desincumbir-se do ônus de provar que a sua atuação não auxiliou no dano (agravamento da saúde ou morte, por exemplo).⁷³

A causalidade alternativa, por sua vez, é aquela em que há “dois ou mais fatos com potencialidade para causar um determinado dano, mas não se sabe qual deles foi o verdadeiro causador”.⁷⁴

Da mesma forma como defendido para a causalidade concorrente, a incerteza sobre qual fator causou diretamente determinado dano não é suficiente para afastar o nexo de causalidade e, por consequência, a responsabilização do fato antijurídico. Nas duas hipóteses, será necessário realizar “um cálculo das possibilidades que cada um dos fatores postos [...] teria na causação do dano”,⁷⁵ que certamente influenciará na quantificação da reparação a ser fixada.

Diante dessa explanação, nota-se que Fernando Noronha, Rafael Peteffi⁷⁶ e Daniel Carnáuba consideram ser possível a aplicação da causalidade parcial ou da causalidade alternativa para imputar a obrigação de reparar a vítima por perda de uma chance, o que, em tese, seria contrário à causalidade imediata e direta tida como adotada pela legislação pátria (CC (LGL\2002\400), art. 403

⁷⁷ -78-79). Essa posição é, no entanto, contrária ao entendimento do Professor Ruy Rosado, que, como visto, afirma que a chance é um bem indenizável e que, para a caracterização da responsabilidade civil, deve estar comprovado o nexo de causalidade direto e imediato entre o ato antijurídico do agente e a interrupção do processo que possibilitaria à vítima obter um resultado esperado ou de evitar um dano (perda de uma chance).

A perda da chance de evitar o mal na seara médica, de fato, tem lógica própria e diversa da expectativa de vantagem subitamente frustrada. Essa dualidade já é reconhecida, inclusive, no âmbito da jurisprudência nacional.⁸⁰ De toda maneira, adotada a premissa idealizada por Joseph King (dano causado pela alteração do curso de eventos), ainda assim seria defensável o enquadramento dessa modalidade como uma categoria autônoma de dano.

3. Quantificação da reparação pela perda de uma chance

Apontadas as noções gerais, os requisitos e as classificações doutrinárias sobre a responsabilidade por perda de uma chance, resta discorrer sobre a quantificação do dano a ser reparado. Essa tarefa é, de certa forma, árdua, na medida em que sempre será necessário analisar detidamente o caso concreto e verificar o grau de probabilidade de ocorrência do evento benéfico esperado pela vítima.

Considerando que a reparação, no caso de responsabilidade por perda de uma chance, está atrelada à frustração da oportunidade, causada por ato injusto do agente, de alcançar determinado benefício ou evitar determinado prejuízo, a sua quantificação sempre será menor do que a vantagem esperada.

Nesse sentido, esclarece o professor Ruy Rosado, utilizando-se dos ensinamentos de Judith Martins Costa, que:

“a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima, não devendo ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado, pois nunca a chance esperada é igual à certeza realizada.”⁸¹

Está no grau de probabilidade de ocorrência do benefício esperado ou de evitar determinado dano a dificuldade de quantificação do dano a ser reparado. Para o professor Ruy Rosado, “a dificuldade se assemelha ao dano moral, pois, embora seja um dano patrimonial, não decorre de diminuição

concreta do patrimônio, aferível, por exemplo, por perícia, mas de um dado que somente poderá ser arbitrado, de acordo com o prudente critério dos julgadores”.⁸²

No mesmo sentido, entende Daniel Carnáuba que a quantificação do dano a ser reparado (a chance perdida) “dependerá da prudência do magistrado”,⁸³ na medida em que não é possível, para toda e qualquer hipótese, “conceder valores precisos e incontestáveis a um bem”, muito menos às chances perdidas.

Para Fernando Noronha, o grau de probabilidade que existia antes do ato antijurídico do agente de alcançar a vantagem esperada ou de evitar determinado prejuízo “é que determinará o valor da reparação”⁸⁴.

Sendo assim, há casos em que é possível quantificar o dano pela perda de uma chance por meio de perícia ou mesmo por estudos científicos, que possibilitarão identificar o grau de probabilidade de ocorrência do benefício esperado ou inversamente de evitar o dano. Com isso, é possível, de certa forma, afastar a quantificação do critério subjetivo dos julgadores.

Para corroborar tal afirmação, Rafael Peteffi apresenta a seguinte situação:

“Um proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar a importância de R\$ 20.000,00 (vantagem esperada), proveniente do primeiro prêmio da corrida que seu cavalo participaria não fosse a falha do advogado, o qual efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Se as bolsas de apostas mostravam que o aludido cavalo possuía vinte por cento (20%) de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pelas chances perdidas seria de R\$ 4.000,00.”

Outra situação seria, por exemplo, a ineficiência do diagnóstico apontado pelo médico que deixou de identificar, quando ainda havia chances de cura, que o paciente estava com câncer. Nessa hipótese, deve-se verificar, por meio de estudos ou mesmo perícia, qual era a probabilidade de cura do paciente caso o médico houvesse realizado tempestiva e corretamente o diagnóstico. Não se ignora que, por se tratar de saúde, é difícil identificar a probabilidade de sucesso no tratamento, caso tivesse sido prescrito tempestivamente.

De acordo com Daniel Carnáuba, os Tribunais, para quantificação do dano a ser reparado por perda de uma chance, devem, em primeiro lugar, identificar qual seria a vantagem obtida ou a perda evitada e, na sequência, estabelecer o percentual de chances perdidas pela vítima. Em síntese, estipula que a fórmula consiste na multiplicação de dois fatores: “um referente ao valor da vantagem aleatória desejada; e a outra referente às probabilidades de obtenção dessa vantagem, probabilidades essas que foram destruídas pelo fato imputável ao réu”.⁸⁵

Ainda, há outra metodologia, proposta por Paul Speaker, que diferencia os casos em que já houve a concretização do dano final (em grande parte, casos de responsabilidade médica) dos demais.⁸⁶ O autor norte-americano preleciona que, naquele primeiro grupo de casos, não há qualquer sentido em se fazer uma análise em termos de probabilidade de que o dano venha a ocorrer. Afinal, o dano já se efetivou e operou-se a lesão da vítima. A utilização do método tradicionalmente utilizado pelos tribunais pode ensejar, como se verá, a *subcompensação* dos danos. Assim, ele propõe, com base em um exemplo de ação coletiva, uma nova regra de liquidação dos danos para esses casos.⁸⁷

Para sua análise, Paul Speaker toma como base o caso *Herkovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*. Nessa ação, houve a condenação do réu pela perda de uma chance, em decorrência de falha médica, no patamar de 14% sobre o dano final, uma vez que teria havido a redução da chance de sobrevivência de 39% para 25% (*liquidação do dano*: $39\% - 25\% = 14\%$).⁸⁸

Na demonstração de sua proposta, o autor insere a suposição de que 100 pessoas teriam sido submetidas à mesma falha médica que reduziu as chances de vida dos pacientes de 39% para 25%. Assim, estatisticamente, desse grupo, o número de pessoas que sobreviveria à determinada moléstia reduziu de 39 para 25, com uma redução de 14 pessoas no grupo de sobreviventes (ou elevação de 14 pessoas no grupo dos falecidos). Assim, se essas 14 pessoas faleceram em decorrência da *falha médica* do réu, ele deverá ser condenado a indenizar exatamente a perda dessas 14 vidas.⁸⁹

Pela teoria tradicional, mantendo-se a condenação de 14% sobre o dano final, caso o réu fosse obrigado a indenizar os 75 falecimentos, ele indenizaria, em verdade, 10,5 vidas, eis que esse é o resultado da aplicação do percentual ao número total de falecimentos ($14\% \times 75 \text{ vidas} = 10,5 \text{ vidas}$).

Isso ensejaria uma *sub-reparação* dos danos acarretados.⁹⁰

No exemplo, o erro, segundo o autor, é que a forma de liquidação dos danos pela chance de sobrevivência perdida na teoria tradicional levaria em conta os 25% das pessoas que foram submetidos à falha médica, mas ainda assim sobreviveram. Esses indivíduos não deveriam receber qualquer tipo de indenização, porquanto não sofreram qualquer dano. Aliás, essa seria a principal diferença entre os casos em que o processo aleatório encerrou seu curso e aqueles em que ele foi interrompido: naquele grupo de casos, podem ser perfeitamente individualizados os indivíduos que sofreram danos daqueles que não os sofreram.⁹¹

De posse de tais informações, Paul Speaker propõe então uma fórmula geral para a liquidação dos danos nos casos em que o *processo aleatório* chegou ao fim:⁹²

$$X - Y$$

$$\frac{1 - Y}{1 - Y}$$

onde X é a chance de se evitar o dano final

Y é a chance diminuída por ato do agressor

Essa fórmula é a defendida por Rafael Pettefi como a mais adequada para a quantificação dos danos decorrentes de chances perdidas cujos danos concretizaram-se. Para os demais (*casos clássicos*), em que houve a *interrupção do nexo causal*, o autor defende a utilização da metodologia tradicional, uma vez que, para aqueles, é impossível fazer qualquer distinção entre o grupo de pessoas que sofreram os prejuízos dos demais que não sofreram – afinal, o processo aleatório foi interrompido e todos deixaram de auferir a vantagem esperada.⁹³

De fato, caso se mantenha, em jurisprudência, a opção de conceder indenizações pela perda de uma chance nos casos em que houve a concretização final do dano, a última metodologia apresentada parece ser mais adequada e coerente matematicamente.

Nesse contexto, a quantificação da reparação por perda de uma chance estará sempre atrelada ao grau de probabilidade de ocorrência do benefício esperado ou de evitar o dano sofrido. Como visto, essa quantificação é difícil, na medida em que não será sempre que haverá a possibilidade de, por meio de perícia ou documentos, identificar a probabilidade exata de a vítima alcançar o benefício esperado ou de evitar o prejuízo sofrido. Assim, como pontua Ruy Rosado e Daniel Carnaúba, a quantificação, em geral, ficará a cargo da prudência do julgador,⁹⁴ valendo destacar, contudo, a existência de propostas de objetivação da forma de liquidação.

4. Conclusão

Como visto, a teoria da perda de uma chance é reconhecida pela doutrina e jurisprudência brasileira.

⁹⁵ No entanto, a sua aplicação está longe de ser elementar, na medida em que os requisitos para sua incidência dependem de uma análise casuística, justamente para identificar se a vantagem esperada ou a chance de evitar um prejuízo era real e séria. Ou seja, a sua aplicação está atrelada ao grau de probabilidade de ocorrência da vantagem esperada ou de evitar o dano.

Com relação à perda de uma chance de evitar o mal (evitar um prejuízo; de cura ou sobrevivência), há divergências de entendimentos, na medida em que, para uns (inclusive o Superior Tribunal de Justiça⁹⁶), a responsabilidade civil dessa modalidade respeita à teoria do dano direto e imediato, pois o que se indeniza é a chance frustrada (dano imediato) e não o prejuízo (dano mediato); e, para outros, seria aceitável o nexo de causalidade parcial, indenizando-se o grau de que a conduta do agente contribuiu para o resultado.

Além disso, a quantificação do dano a ser reparado é uma tarefa árdua para os julgadores, tendo em vista que o objeto da indenização é a perda da expectativa da vítima de alcançar a vantagem esperada ou de evitar o prejuízo sofrido. Apesar disso, em determinadas situações é possível a utilização de cálculos matemáticos e estatísticas para mensurar a probabilidade de a vítima alcançar a vantagem esperada ou evitar o prejuízo. Considerando o objeto da indenização (a expectativa/a chance perdida), o valor indenizatório necessariamente deverá ser menor do que a vantagem esperada.

Apesar das divergências quanto à natureza, ao conceito e à classificação da responsabilidade civil por perda de uma chance, a doutrina e a jurisprudência brasileira⁹⁷ estão, a cada dia, mais familiarizadas com essa teoria.

5. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil: a perda de uma chance. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

ANDRIGHI, Vera. Reparação moral e material pela perda de uma chance. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro: aspectos polêmicos*. São Paulo: Atlas, 2014.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 922, p. 139-171, ago. 2012.

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

DONINNI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2015.

FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, p. 119-149, jan.-mar. 2017.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 23, p. 28-46, jul.-set. 2005.

PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra, 2008.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2013.

6. Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.291.247/RJ, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador: Terceira Turma, j. 19.08.2014. Disponível em: [www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio]. Acesso em: 15.01.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.254.141/PR, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, j. 04.12.2012. Disponível em: [www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio]. Acesso em: 15.01.2023.

1 .FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, p. 119-149, jan.-mar. 2017; e NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 23, p. 28-46, jul.-set. 2005.

2 .Ibid., p. 119-149.

3 .Ibid., p. 119-149.

4 .Ibid., p. 119-149; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil: a

perda de uma chance. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 440; SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2013; e CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

5 .DONINNI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2015. p. 39-40. Em sentido similar, Alessandra Cristina Furlan também destaca que, a partir da evolução das formas de interação social, mudou-se o foco da responsabilidade civil, de modo a se atentar mais à reparação da vítima, com base no risco de certas atividades, e superar “a excessiva preocupação com a índole culposa do agente” (FURLAN, Alessandra Cristina. Op. cit., p. 119-149).

6 .FURLAN, Alessandra Cristina. Op. cit., p. 119-149.

7 .AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 440.

8 .FURLAN, Alessandra Cristina. Op. cit., p. 119-149.

9 .PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 192.

10 .SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 10.

11 .Ibid., p. 11.

12 .PEDRO, Rute Teixeira. Op. cit., p. 196-197.

13 .“(1) A indenização é devida somente em caso de danos, incluindo danos futuros, que possam ser estabelecidos com um grau razoável de certeza; (2) A indenização pela perda de uma expectativa deve ser concedida na proporção da probabilidade de sua ocorrência; (3) Nos casos em que o valor da indenização não possa ser estabelecido com um grau de certeza suficiente, o acertamento ficará à discricionariedade do tribunal”.

14 .SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 7.

15 .Traçando as distinções entre os entendimentos, Rute Teixeira Pedro ilustra didaticamente a questão: “Ora, trata-se de dois juízos distintos: a afirmação de que um facto causou a perda de uma chance, valorada em 30%, de alcançar um resultado positivo e a afirmação de que existe uma probabilidade de 30% de um facto ter sido a causa de um determinado dano. No primeiro caso, estamos, ainda, no domínio do dano, mas, no segundo, já no do nexos causal” (PEDRO, Rute Teixeira. Op. cit., p. 207).

16 .SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 75.

17 .Ibid., p. 95.

18 .Ibid., p. 95.

19 .Ibid., p. 95.

20 .Ibid., p. 221-222.

21 .PEDRO, Rute Teixeira. Op. cit., p. 223-224.

22 .Ibid., p. 224-226.

23 .AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil: a perda de uma chance. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 440.

24 .AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 441.

25 .AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 442.

26 .NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 28-46.

27 .AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 449. Corroborando essa corrente, e também entre nós, Vera Andrighi ensina que “[...] a perda da chance decorre de efeito direto e imediato do ato de obstrução do ofensor” (ANDRIGHI, Vera. *Reparação moral e material pela perda de uma chance*. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro: aspectos polêmicos*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 256). Em mesma linha, Alessandra Furlan: “o dano não se refere à perda do resultado favorável, mas às chances de consegui-lo” (FURLAN, Alessandra Cristina. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 119-149).

28 .AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Novos danos na responsabilidade civil: a perda de uma chance*, cit., p. 449.

29 .CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 922, ago. 2012. p. 141-142.

30 .SILVA, Rafael Pettefi da. Op. cit., p. 48-49.

31 .Ibid., p. 49.

32 .SILVA, Rafael Pettefi da. Op. cit., p. 51.

33 .SILVA, Rafael Pettefi da. Op. cit., p. 48.

34 .Ibid., p. 56.

35 .Ibid., p. 59.

36 .Ibid., p. 57.

37 .Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

38 .SILVA, Rafael Pettefi da. Op. cit., p. 58-59.

39 .Ibid., p. 61. À guisa de exemplo, é mencionado o caso de uma companhia elétrica que decida iniciar produção de energia com base em tecnologia atômica. Imagine-se que, com o início das atividades atômicas, eleve-se a incidência de casos de câncer na população local, cujos custos totais com tratamento e inabilitação para o trabalho alcançaram o montante de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Nessa linha, considerando-se que há uma probabilidade de 30% (trinta por cento) de que os casos decorram da nova usina, a empresa deveria ser responsabilizada em R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). Essa opção não subsistiria na concepção das teorias tradicionais, sendo que o juiz ou condenaria a empresa a arcar com todas as despesas ou com nenhuma delas.

40 .SILVA, Rafael Pettefi da. Op. cit., p. 65.

41 .Nesse sentido, vale conferir os precedentes *Hicks v. United States* e *Hammilv. Bashline*. No primeiro caso, um médico plantonista foi condenado a arcar com indenização integral em razão de morte de paciente, após ter-lhe diagnosticado de maneira equivocada (o paciente, com fortes dores abdominais, foi enviado de volta para casa, com retorno agendado para após período de oito horas, mas falece nesse meio-tempo). No outro precedente, o hospital que falhou em atender decentemente o autor é condenado ao pagamento integral de indenização em razão do falecimento daquele, sob a justificativa de que a instituição teria elevado o risco da morte.

42 .SILVA, Rafael Pettefi da. Op. cit., p. 69.

43 .Sobre o ponto, é válida a provocação de STEINER, Renata. Na pauta do STJ: Lei Ferrari e indenização. *Agire – Direito Privado em Ação*, 23.01.2023. Disponível em: [https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire49]. Acesso em: 31.01.2023.

44 .SILVA, Rafael Pettefi da. Op. cit., p. 138.

45 .Ibid, p. 138.

46 .Ibid, p. 138.

47 .Ibid, p. 138.

48 .Ibid, p. 142.

49 .Daniel Amaral Carnaúba entende que a perda de uma chance é um método decisório, justamente porque o julgador, em determinadas situações concretas, não consegue traçar uma linha direta entre o dano e o ato ilícito (nexo de causalidade), mas, ao transferir o enfoque para a expectativa frustrada, é possível identificar o liame entre o ato ilícito e a chance perdida da vítima (dano a ser reparado) (CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013).

50 .Destaca-se que, segundo o entendimento de Rafael Peteffi e Daniel Amaral Carnaúba, caso seja possível constatar o nexo de causalidade direto e imediato entre a conduta ilícita do agente e o prejuízo suportado, não é o caso de perda de uma chance, mas, sim, de responsabilidade civil *lato sensu* (indenizará a vítima pela extensão do dano/prejuízo suportado e não pela expectativa de evitar tal prejuízo).

51 .NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 28-46. No caso da perda de uma chance clássica, – *i.e.*, aquela em que a vítima foi obstada de alcançar determinada situação vantajosa –, o professor Fernando Noronha menciona os seguintes exemplos: “[...] um estudante sofre um acidente, em consequência do qual fica impedido de fazer o vestibular, ou só vai fazê-lo em condições adversas, sem lograr sucesso; um candidato a juiz fica impedido de realizar a última e definitiva prova; um funcionário não pode habilitar-se a uma promoção; a parte perde a ação judicial porque o seu advogado não apresentou o rol de testemunhas, ou não recorreu da sentença desfavorável, mas suscetível de discussão; uma moça estava recém-casada com um médico em início de carreira quando este foi morto, assim se esvaindo as expectativas dela por uma vida venturosa e economicamente bem sucedida; um órgão público suprime uma licitação obrigatória e impede determinada empresa de participar da concorrência; uma pequena empresa detentora de tecnologia nova e que havia iniciado negociações com uma grande empresa, com vista à conclusão de um contrato que projetaria o nome daquela à escala nacional (razão pela qual até fizera preços inferiores aos que seriam razoáveis), vê tudo gorado devido a manobras fraudulentas de uma concorrente” (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 28-46).

52 .AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 444.

53 .Ibid., p. 444.

54 .Ibid., p. 444.

55 .Ibid., p. 444.

56 .Ibid., p. 444.

57 .NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances, cit., p. 28-46.

58 .Ibid., p. 28-46.

59 .Ibid., p. 28-46. Nessa linha, ele bem esclarece: “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 de chance clássica o fato anti-jurídico 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”.

60 .AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Novos danos na responsabilidade civil: a perda de uma chance*, cit, p. 444.

61 .NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances, cit., p. 28-46.

62 .Rute Teixeira Pedro muito bem esclarece que há uma distinção fundamental entre a perda de vantagens econômicas e a perda de vantagens relacionadas à sobrevivência ou à cura. Afinal, enquanto aquelas podem ser facilmente avaliáveis pecuniariamente, dividindo-se em unidades e sub-unidades, as vantagens relativas a *lesões pessoais* não têm natureza decomponível. O bem *saúde* tem natureza complexa, compondo-se de estados diversos e gradações que podem se multiplicar de forma infinita. Assim, a análise da responsabilidade por esse ente poliédrico parece assumir contornos específicos do aplicador do direito (PEDRO, Rute Teixeira. Op. cit., p. 380-382).

63 .Um dos casos que provocou a percepção de René Savatier foi julgado pela Corte de Apelação de Paris em 10 de março de 1966. Nesse caso, uma mulher, após dar luz a uma criança, vem a falecer em razão de forte hemorragia. Os julgadores compreenderam que o médico havia tratado a paciente de forma negligente, de modo que deveria ser condenado. Todavia, em perícia, constatou-se que, ainda que o médico houvesse dispensado-lhe o tratamento correto, haveria 20% (vinte por cento) de chances de que a mulher viesse a falecer (eis que essa era a média de insucesso de outros casos semelhantes). Assim, o médico foi condenado pela perda de 80% das chances de cura (SILVA, Rafael Pettefi da. Op. cit., p. 82).

64 .PEDRO, Rute Teixeira. Op. cit., p. 282.

65 .Ibid., p. 284.

66 .AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 445.

67 .Ibid., p. 446.

68 .Ibid., p. 447.

69 .NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances, cit., p. 28-46.

70 .NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances, cit., p. 28-46.

71 .Ibid., p. 28-46.

72 .Ibid., p. 28-46.

73 .NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances, cit., p. 28-46.

74 .Ibid., p. 28-46.

75 .Ibid., p. 28-46.

76 .Tanto é assim que, conforme Rafael Peteffi, “[...] se o prejuízo final não está em relação causal totalmente provada com o ato do ofensor, ou seja, se este não representa uma *condition sine qua non* para a realização da perda da vantagem esperada – pode-se conceder a reparação para um prejuízo parcial e relativo, consubstanciada na perda das chances”. Complementa ainda que “os

autores da teoria do dano direto e imediato, apesar de engendrarem grandes esforços para caracterizar a corrente que aderem, não dedicam muito tempo à diferenciação específica para com a teoria da causalidade adequada” (SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 41-51).

77 .Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

78 .Não se ignoram as demais correntes sobre o nexo de causalidade, em especial a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada.

79 .Para Agostinho Alvim, a legislação civilista adotou a teoria da causalidade direta e imediata do dano (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 346).

80 .A título de exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.254.141/PR, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, j. 04.12.2012. Disponível em: [www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio]. Acesso em: 01.2023; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.254.141/PR, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, j. 04.12.2012. Disponível em: [www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio]. Acesso em: 01.2023.

81 .AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 450.

82 .Ibid., p. 444.

83 .CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 111.

84 .NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 28-46.

85 .CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 113.

86 .Ibid., p. 142.

87 .DA SILVA, Rafael Peteffi. Op. cit., p. 143.

88 .Op. cit., p. 144.

89 .Ibid., p. 144.

90 .Ibid., p. 144.

91 .Ibid., p. 144.

92 .Ibid., p. 145.

93 .Ibid., p. 147-148.

94 .CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 87; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit.

95 .BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.254.141/PR, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, j. 04.12.2012. Disponível em: [www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio]. Acesso em: 15.01.2023.

96 .BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.254.141/PR, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, j. 04.12.2012. Disponível em: [www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio]. Acesso em: 15.01.2023.

97 .BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.254.141/PR, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, j. 04.12.2012. Disponível em: [www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio]. Acesso em: 15.01.2023.