

Responsabilidade civil pela perda de uma chance: análise doutrinária e jurisprudência atual do STJ

Carolina Castro Costa

Juíza Federal Substituta. Mestranda em Direito Civil pela USP.

1. Introdução.

O Direito Civil pós-moderno, enquanto sistema regulatório das relações sociais, foi impelido a se adaptar às mudanças na organização social decorrentes da Revolução Industrial, com a massificação das trocas comerciais, bem como a crescente inovação tecnológica. Com a transformação do meio social, mostrou-se insuficiente a responsabilidade civil tradicional, pautada pela necessidade de punição do agente causador de um ato ilícito, que praticou uma conduta culposa, fazendo-se mister modificar o foco para a reparação de um dano injusto, em uma sociedade de risco.¹

É que, na sociedade contemporânea, há agentes que desenvolvem atividades que criam risco, não sendo razoável, no cotejo en-

tre sua conduta e o dano sofrido pela vítima, negar-lhe qualquer indenização, com base tão somente na impossibilidade de determinar-se a culpa. Acrescente-se a injustiça da ausência de reparação nas hipóteses em que alguém sofre um dano em decorrência de uma atividade lucrativa desenvolvida por outrem, que implica risco a terceiros, tudo a ensejar a flexibilização da prova donexo causal.² A “socialização dos riscos” desponta como reação a riscos sociais, e não meramente individuais, o que exige a repartição das consequências danosas entre todos os membros da sociedade, sendo uma possível solução a adoção geral do

1 Sobre as repercussões da sociedade de risco na responsabilidade civil, LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado* – desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3: “Uma das mais acentuadas características da sociedade contemporânea é o acelerado progresso tecnológico e científico. Essas descobertas e transformações visam, obviamente, melhorar a vida de todos no planeta Terra. Porém, tudo isso traz, paradoxalmente, grandes riscos e perigos para a civilização. Vivemos a era do medo, sentimento conhecido de toda criatura viva conforme ensina Zygmunt Bauman, e da incerteza. Não sabemos aonde podem nos levar esses avanços”.

2 A respeito, cite-se LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 113-114: “O entrelchoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta dispar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores, de se provar a causa dos acidentes produtores de danos e dela se deduzir a culpa, à vista dos fenômenos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual, que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde a se evitarem injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam”.

seguro obrigatório.³

Por outro lado, a superação do paradigma liberal clássico, segundo o qual a liberdade de agir é erigida a valor fundamental que concretiza o princípio da isonomia, prescindindo de uma análise acerca das incongruências derivadas de uma igualdade meramente formal, contribuiu, de modo decisivo, para o abrandamento da importância da culpa na caracterização da responsabilidade. Isso porque o relevo conferido à culpa coaduna-se com o ideal de que o homem é plenamente livre para agir, já que sua liberdade só é restringida na medida em que afeta à esfera jurídica de terceiros, por adotar comportamento que, ao menos, é negligente, imprudente ou imperito. No entanto, no início do século XX, com o advento do Estado Social, passa-se a promover a igualdade material, o que redundou em um enfoque solidarista⁴ e concretizador de direitos também no âmbito da responsabilidade civil.

Na esteira da prevalência de valores constitucionalmente definidos na interpretação do ordenamento jurídico, em vista da ineficiência de uma abordagem meramente legalista, e considerando as graves violações a direitos humanos cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, despontou o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. Considerando o valor do ser humano em si mesmo, tem-se uma mudança de perspectiva, inclusive no tocante à responsabilidade civil: da punição do agente que comete um ato ilícito para a reparação da vítima que sofre um dano injusto.⁵ É que o caráter punitivo

da reparação para o agente que age com inobservância dos deveres de cuidado e a aferição do caráter ilícito e culposos da conduta para a responsabilização civil colocam-se em um plano secundário, quando confrontados com a necessidade de reparação de um dano sofrido por uma pessoa que não lhe deu causa. Nesse contexto, desenvolveu-se a objetivação e a coletivização da responsabilidade civil, com o subsequente reconhecimento da responsabilidade civil objetiva e a indenização do dano moral, inclusive por ricochete.

Entretanto, tais institutos não se mostraram suficientes para solucionar toda a complexidade das relações sociais tal qual se apresentavam no decorrer do século XX. Assim, a jurisprudência francesa, especialmente a Corte de Cassação, a partir da década de 1930, passou a reconhecer a “*réparation d'une perte d'une chance*”, comumente traduzida para o português como responsabilidade civil pela perda de uma chance. Conquanto não seja possível citar um *leading case* francês, em 1932, aquela instância superior confirmou decisão que condenou um notário que, agindo com culpa, inviabilizou a chance de seu cliente adquirir propriedade rural como desejava, reconhecendo a existência de prejuízo e nexos causal. No entanto, a partir da década de 1950, a aplicação da referida teoria havia se difundido com a compreensão de que “a perda de uma chance constitui não um prejuízo eventual, mas um prejuízo certo, ensejando o direito à indenização”.⁶

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram-se após a visita de François Chabas à Universidade Federal do Rio Gran-

3 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 51.

4 AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 16, *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

5 Nesse sentido, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 131: “O Direito Civil atual inverteu o polo e concentra-se na pessoa da vítima, considerando que, se alguém sofre um dano imerecido, faz jus, em princípio, à indenização. Houve,

portanto, (...) a inversão do fundamento geral da responsabilidade, que hoje tem por princípio geral a ideia de que ‘a vítima não deve ficar irressarcida’, em lugar da máxima que vigia anteriormente na matriz liberal, isto é, nenhuma responsabilidade sem culpa”.

6 CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, v. 922, ago. 2012, p. 139, extraído de Revista dos Tribunais Online, p. 8. Ressalte-se, contudo, que o autor questiona a origem da teoria, tendo em vista o precedente inglês *Chaplin v. Higs* de 1911.

de do Sul, em 1990, ocasião em que proferiu palestra sobre o tema.⁷ Pouco tempo depois, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a responsabilidade civil pela perda de uma chance, em um caso de cirurgia seletiva para correção de miopia, da qual resultou névoa no olho operado e hipermetropia.⁸ A aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça, contudo, deu-se apenas em 2006, com o caso conhecido como “Show do Milhão”, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, que revela um marco de sua difusão na jurisprudência brasileira.⁹

2. Natureza jurídica.

Um primeiro aspecto a ser destacado, para a compreensão da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é a impropriedade da tradução literal do termo utilizado pela doutrina e jurisprudência francesa, tendo em vista que mais adequado seria falar em subtração ou “perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda”.¹⁰ Isso porque o termo chance contém, na língua portuguesa, uma conotação de mera probabilidade, ao passo que o que se pretende indenizar, na hipótese sob análise, é um dano efetivo sofrido por alguém que, em razão de determinada conduta, foi privado de uma oportunidade. Embora nunca haja certeza quanto à ocorrência do resultado favorável, é possível aferir que certo comportamento impediu que a vítima pudesse concorrer para o benefício pretendido.¹¹



Esse é um dos pontos controvertidos para o reconhecimento ontológico da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Isso porque, não obstante a grande evolução da responsabilidade civil ao longo dos últimos séculos, há doutrina abalizada que defende ser o elemento “dano” imprescindível para a caracterização da responsabilidade civil, de modo que dano hipotético ou imaginário não dá causa à indenização.¹² No entanto, nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance, outro aspecto relevante diz respeito ao elemento “nexo de causalidade”, vez que, em certos casos, não é possível provar que a conduta do agente representa uma *conditio sine qua non* para o dano final sofrido pela vítima. Deste modo, a perquirição de sua natureza jurídica ganha relevo, destacando-se as seguintes correntes: uma que a enquadra como categoria intermediária entre os danos emergentes e os lucros cessantes; outra que a equipara à mitigação do nexo de causalidade; uma terceira que defende tratar-se de dano autônomo; e, por fim, aquela que reconhece

7 Por todos, SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 196.

8 TJ/RS, Apelação Cível 598.069.996, Quinta Câmara Cível, Relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 12/06/1990.

9 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

10 FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. *Revista Forense*, v. 406, ano 105, nov./dez. 2009, p. 90.

11 Nesse sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 47: “É claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se

considerar, dentro na idéia de perda de uma oportunidade (*perte d'une chance*) e puder situar-se a certeza do dano. Dai dizer Yves Chartier que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”.

12 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 75.

a responsabilidade civil pela perda de uma chance tanto caracterizando dano autônomo como causalidade parcial, esta última em hipóteses específicas como na seara médica.

É comum observar-se na jurisprudência a compreensão da perda de uma chance como *tercium genus*, ocupando uma posição intermediária entre os danos emergentes e os lucros cessantes. Desponta, desta forma, de um lado, um dano voltado para o passado, que importa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima – danos emergentes; de outro, a perda do ganho esperável, que redundará na diminuição potencial do patrimônio da vítima – lucros cessantes; por fim, a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria (perda de uma chance).¹³ Na doutrina, Sílvio de Salvo Venosa¹⁴ reconhece tal caráter.

Esse entendimento poderia conduzir à conclusão de que há contradição entre o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance e o disposto nos artigos 402 e 403 do Código Civil.¹⁵ Trata-se, contudo, de conflito aparente, visto que também na indenização pela “perda de uma chance”, observa-se o princípio da razoabilidade, que exige um juízo de probabilidade pautado pelo normal desenrolar dos fatos, isto é, situação fática concreta (art. 402), bem como a reparação cinge-se a danos que decorrem de

forma direta e imediata da conduta do agente, excluindo-se os danos hipotéticos. Sobre o tema, leciona Judith Martins-Costa:

(...) o que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexos causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estão os pressupostos do dever de indenizar.¹⁶

Neste ponto, é importante diferenciar a responsabilidade civil pela perda de uma chance e a indenização por lucros cessantes. Tanto a vítima que tem direito a lucros cessantes quanto aquela que deve ser reparada pela “perda de uma chance” enfrentam dificuldades quanto à prova do dano, vez que, em ambas as hipóteses, resta sempre a possibilidade de algum evento imprevisível ou imprevisível impedir que a vantagem almejada se concretizasse, mas, no primeiro caso, a álea é maior, o que irá refletir no montante da indenização devida, proporcional à efetiva perda de uma oportunidade pela vítima.¹⁷ Interessante destacar que o sistema jurídico, por sua natureza, à medida que pretende compreender a realidade, mas sendo incapaz de reproduzi-la em sua integralidade, precisa recorrer a critérios aproximativos, de probabilidade e de normalidade, o que fica bem evidenciado no processo judicial, no qual é impossível apreender a verdade em sentido objetivo. A prova exigida, pois, é da mera

13 Exemplificativamente: “A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado”. (STJ, REsp 1.190.180/MG, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 16/11/2010, DJ 22/11/2010)

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35-39.

15 Transcreva-se seu conteúdo: “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. e “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

16 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*, v. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 362.

17 Ressalte-se a crítica de VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 308-309: “Em muitas situações, ao ser concedida a indenização por lucros cessantes, os tribunais indenizam, ainda que em nosso país não se refiram ordinariamente à expressão, à perda de oportunidade ou perda de chance. (...) Quando nossos tribunais indenizam a morte de filho menor com pensão para os pais até quando este atingiria 25 anos de idade, por exemplo, e porque presumem que nessa idade se casaria, constituiria família própria e deixaria a casa paterna, não mais concorrendo para as despesas do lar”.

verossimilhança.¹⁸

Uma segunda corrente, com menor número de adeptos, sequer compreende a responsabilidade civil pela perda de uma chance como dano indenizável; é que a questão, por esta perspectiva, restringe-se a uma utilização da causalidade parcial. Em outras palavras, não se trata de problema relacionado a um dos elementos da responsabilidade civil, o dano, mas a outro, o nexo de causalidade, que é mitigado na hipótese de responsabilidade civil pela perda de uma chance, já que não se exige a demonstração específica que o dano alegado derivou direta e imediatamente da conduta ilícita, mas que este comportamento contribuiu para a ocorrência do dano.¹⁹

Uma terceira corrente reconhece à responsabilidade civil pela perda de uma chance a natureza jurídica de dano autônomo, inserido na categoria danos emergentes, consoante uma maior abertura conceitual.

18 Por todos, BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXX, p. 60, 1976, *apud* SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15. A respeito, cite-se ainda a lição de LEVIT, Nancy. *Ethereal Torts. George Washington Law Review*, v. 61, 1992, p. 159-160: "Accompanying these developments was increased attention to assessing and quantifying the health and environmental effects of man-made technological and pollution hazards. (...) More fundamentally, however, scientists developed increasingly refined concepts of knowledge and methods of evaluating evidence, analysis and proof. Theorists acknowledged that even – perhaps especially – the most secure knowledge must be tentative and probabilistic. Greater attention was given to the reality and relative persuasive value of different types of evidence. All of these developments in statistical, cognitive, and psychological theory merged with a new generation of adjudicative theory acknowledging that factfinding and trial work were necessarily probabilistic enterprises. These influences culminated in a judicial climate at least somewhat more receptive to intangibility, accepting of imperfect knowledge, and willing to recognize a wider variety of compensable harms".

19 Nesse sentido: BORÉ, Jacques. *L'indemnisation pour les chances perdus: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*. J.C.P., 1974, I, 2620, *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 151.

Não se faz necessária, pois, a adoção de uma causalidade alternativa.²⁰ Nesse sentido, Daniel Amaral Carnaúba, em obra recentemente publicada,²¹ considera a indenização pelas chances perdidas uma técnica decisória, pela qual o prejuízo e o nexo de causalidade são substituídos e há um deslocamento temporal da regra reparatória, de modo a colocar a vítima na situação em que ela se encontrava até o evento danoso e não na situação em que ele se encontraria sem sua ocorrência. Assim, o que se repara é a própria chance perdida, considerada um "patrimônio anterior" da vítima, destruído em face do fato imputável ao réu.

Fernando Noronha defende que existem quatro situações a dar ensejo à aplicação da teoria da perda de uma chance: havendo interrupção de um processo vantajoso que estava em curso, caracteriza-se a frustração da chance de obter uma vantagem futura, que poderia consistir tanto em um benefício direto como na eliminação de uma perda a ocorrer no futuro; ausente a interrupção de um processo danoso em curso, ter-se-á a frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (presente), seja a perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo, seja a perda de uma chance por falta de informação.²²

Por fim, de forma majoritária no Brasil, há doutrina, na qual cabe destacar Sérgio

20 Como um dos maiores expoentes, no âmbito da *common law*, dessa corrente doutrinária, tem-se KING JR., Joseph H. *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences*. *Yale Law Journal*, v. 90, 1981, conforme SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 77.

21 CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 168-169.

22 NORONHA, Fernando. *Responsabilidade por perdas de chances*. *Revista de Direito Privado*, v. 23, jul. 2005, p. 28.

Savi²³ e Rafael Peteffi da Silva,²⁴ que, embora reconheça a caracterização de dano autônomo na responsabilidade civil pela perda de uma chance, diferencia da hipótese de responsabilidade pela perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, nas quais a responsabilidade civil pela perda de uma chance caracterizaria um recurso à causalidade parcial, visto que o processo aleatório encontra-se findo, havendo a perda concreta da vantagem esperada, diversamente dos casos de dano autônomo, inseridos na denominada teoria clássica, para os quais existe um processo aleatório interrompido. Esses juristas destacam a importância da compreensão da perda de uma chance como dano emergente autônomo, quando aplicável à teoria clássica, para o seu reconhecimento ontológico.

Não se vislumbra uma relação direta e imediata com o que se deixou de ganhar, à semelhança dos lucros cessantes, nos quais o ato (ilícito) exclui uma oportunidade de ganho à vista do que normalmente ocorre; tem-se, em verdade, um prejuízo efetivo ao patrimônio da vítima, do qual é subtraído uma possibilidade, séria e real, de obter um resultado favorável ou de impedir uma perda. É que existindo uma probabilidade constatável de ganho, é possível atribuir-lhe um valor econômico, visto que caracteriza uma posição jurídica favorável. Tal probabilidade é certa, mas o ganho é incerto, o que se reflete no montante da indenização e não na exclusão de responsabilidade.

A fim de caracterizar um dano autônomo e indenizável, e não meramente hipotético,



é preciso que a “chance” perdida seja séria e real, vale dizer, que, partindo-se do princípio da razoabilidade, conclua-se que o lesado possuía efetivas condições de concorrer à vantagem esperada. A mera possibilidade não é passível de indenização, como a perda, pelo advogado, do prazo de recurso, cujas chances de êxito são remotas.²⁵ Daniel Carnáuba,²⁶ após afirmar que, por uma questão lógica, primeiro se avalia se as chances são reais, para depois apreciar sua seriedade, enumera os elementos, a serem ponderados pelo magistrado, para verificar se a chance em questão constituía um interesse relevante para a vítima, e, portanto, indenizável: (i) caráter extraordinário da chance; (ii) proximidade temporal entre o evento danoso e o momento em que a chance seria efetivamente usufruída; (iii) atitude da vítima com relação à chance perdida, vale dizer, se ela estava a se preparar para usufruir da chance, adotando medidas capazes de permitir o seu gozo ou de ampliar suas probabilidades.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente que é aplicável a responsabilidade pela perda de uma chance em caso no qual a empresa contratada não compareceu ao hospital para a coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical de recém-

23 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 5.

24 SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 110. Acrescente-se o entendimento mais recente esposado por este jurista: “no sentido de existirem duas modalidades: a primeira utilizando um tipo de dano autônomo, representado pelas chances perdidas, e a segunda embasada na causalidade parcial que a conduta do réu apresenta em relação ao dano final”, não se restringindo esta última espécie à seara médica.

25 Nesse sentido, o Enunciado 444, aprovado na V Jornada de Direito Civil, *in fine*: “(...) A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.

26 CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 184-186.

nascido.²⁷ Prevaleceu, por maioria apertada, que restou demonstrada a certeza da chance perdida a ensejar reparação. No entanto, tem-se que, na esteira do voto vencido da Ministra Nancy Andrighi, a chance perdida não se mostrou séria e real, ou, em outras palavras, não havia elementos suficientes sobre a certeza da probabilidade concreta da ocorrência da situação mais favorável para o lesado, a ponto de justificar o dever de indenizar. A incerteza²⁸ sobre se o recém-nascido contrairia uma patologia ou se essa doença poderia ser curada pelo uso de células-tronco, agravada pela ausência de proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro, excluem o direito à reparação. Assim, não se tem sequer certeza da futura ocorrência da vantagem pretendida, o que não se revela hipótese de aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, ainda que, no plano ético, seja justificável a punição mais grave da empresa inadimplente no caso em comento.

Observa-se, assim, que um dos aspectos fundamentais para a caracterização da seriedade é a combinação de eventos aleatórios, o que pode reduzir exponencialmente a probabilidade de ocorrência do resultado. Embora Sérgio Savi²⁹ proponha, com esteio na jurisprudência italiana, o critério de mais de

50% de probabilidade de êxito para que haja qualquer indenização, o Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando, de forma reiterada, no sentido de que tal exigência é excessiva, atribuindo-lhe um caráter qualitativo, e não meramente quantitativo, especialmente em situações-limite quando se avalia um percentual de 49% de chance.³⁰

Cabe mencionar, no ponto, o *leading case* no Superior Tribunal de Justiça, denominado “Show do Milhão”,³¹ no qual um participante do programa ingressou com uma ação para ser indenizado, uma vez que, superadas todas as etapas até a última pergunta do milhão, foi prejudicado pela ausência de qualquer resposta correta. Tratando-se de uma pergunta com quatro alternativas de resposta e considerando que o acerto somaria R\$ 500 mil ao prêmio já acumulado, este Tribunal Superior reconheceu a existência de chances sérias e reais de ganho, ainda que probabilisticamente calculadas em 25%, o que refletiu no valor da reparação arbitrada, correspondente a 25% de R\$ 500 mil.

Sem embargo de não parecer a melhor interpretação aquela adotada por Sérgio Savi, segundo a qual a vítima não teria direito a qualquer ressarcimento neste caso, é discutível a adoção de parâmetros de indenização apoiados unicamente em critérios de probabilidade matemática, desconectados de elementos como o incremento estatístico da probabilidade de acerto considerando o desempenho individual da autora até aquele momento. Isso porque, a partir de tal elemento, e mesmo observados critérios científicos, pode-se concluir que a probabilidade de acerto a questões de múltipla escolha deixa

27 STJ, REsp 1.291.247/RJ, Terceira Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19/08/2014, DJe 01/10/2014.

28 Tal incerteza é patente no seguinte trecho do voto do Ministro Relator: “Portanto, não há falar em dano hipotético, conforme constou na sentença, mas de dano certo consistente na perda definitiva da chance de prevenir o tratamento de patologias grave, sendo essa chance perdida o objeto da indenização”. Isso porque, ao referir-se à prevenção, o argumento reporta-se a aspecto pouco tangível.

29 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4. Em sentido oposto e citando o sistema norte-americano, que segue o padrão “more likely than not”, aplicando a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance apenas em casos que a vítima tem menos de 50% de chances, tem-se SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 141.

30 STJ, REsp 1.220.911/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, j. 17/03/2011, DJe 25/03/2011. Em sede doutrinária, observa-se a crítica de SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 195.

31 STJ, REsp 788.459/BA, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334.

de ser totalmente aleatória, de modo que o percentual de chance torna-se superior a 25%, algo próximo a 50%. Conquanto tal afirmativa seja, em sede desse estudo, baseada apenas em experiência empírica, o que não afastaria aquela conclusão do Superior Tribunal de Justiça, ressalta-se a importância, ante o pedido subsidiário da recorrente de redução do montante da indenização, de o recorrido trazer dados estatísticos para embasar seu argumento da qualidade da candidata e suas chances de êxito, possibilitando seu acolhimento pelo Tribunal de forma devidamente fundamentada.

Diferente foi a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça,³² ao corroborar a aplicação da responsabilidade pela perda de uma chance pelo Tribunal *a quo*, condenando emissora de TV a pagar R\$ 59.000,00, ou seja, 50% do prêmio máximo, excluído o valor recebido de R\$ 1.000,00, em programa de perguntas e respostas, sem múltipla escolha. O candidato teria respondido corretamente, mas foi desclassificado porque a resposta não correspondia à bibliografia acordada, mesmo tratando-se de passagem ficcional. Mesmo se constatado que as chances eram sérias e reais, a fixação da indenização em 50% do prêmio total, em etapa ainda intermediária, sem garantia de acúmulo do prêmio na etapa subsequente (caso errasse, a qualquer momento, o candidato receberia apenas R\$ 1.000,00), bem como a dificuldade de adoção de critérios estatísticos, visto que não havia respostas a escolher (múltipla escolha), e à míngua de fundamentação específica, não parece ser o entendimento mais acertado.

De qualquer modo, independentemente da corrente doutrinária que se adote em relação à sua natureza jurídica, a responsabilidade civil pela perda de uma chance encontra fundamento de validade na cláusula aberta de responsabilidade civil, prevista no artigo 927 do Código Civil, antigo artigo

186 do Código Civil de 1916, não se fazendo necessário qualquer alteração legislativa no ordenamento jurídico brasileiro para a sua aplicação. Assevere-se que alterações legislativas promovidas nos artigos 1537 e 1538 do Código Civil de 1916, que deram origem aos artigos 948 e 949 do Código Civil atual, apontam igualmente no sentido da reparação integral dos danos, ao acrescentar cláusulas abertas como “sem excluir outras reparações” e “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.³³

3. Consequência jurídica: a reparação.

A partir da definição da natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance, firmam-se os critérios para a fixação da indenização devida. Neste ponto, interessante destacar que as divergências apontadas quanto à definição do instituto refletem-se em equívocos no estabelecimento da reparação correspondente à perda patrimonial (ou extrapatrimonial) sofrida pela vítima. Isso porque o dano não consiste no resultado final favorável impedido pela conduta ilícita, mas na subtração da oportunidade de obter uma vantagem ao final de um processo aleatório. Neste passo, não é devido à vítima a reparação em montante correspondente ao benefício pretendido; é necessário, ao revés, verificar o percentual de probabilidade de sua obtenção. Probabilidade essa séria e real, e não simples esperança subjetiva,³⁴ como já delineado.

Frise-se que não há nexo de causalidade com a vantagem perdida, para fixar lucros cessantes, mas nexo causal entre a condu-

33 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 104-106.

34 Expressão utilizada por SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 138. O autor sugere como critério para aferir a seriedade da chance perdida o lapso temporal entre o evento danoso e o momento em que as chances seriam utilizadas, tendo em vista a maior dificuldade para provar o prejuízo (p. 140-141).

32 STJ, REsp 1.383.437/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, j. 27/08/2013, DJe 06/09/2013.

ta e a chance subtraída, o que redundará em indenização por valor inferior ao resultado útil esperado. Reconhecendo que a chance detém, no momento de sua perda, um valor econômico incontestável, Sérgio Savi propõe a quantificação do dano de forma equitativa pelo juiz, valendo-se de uma fórmula utilizada pela Corte de Cassação Italiana, nos seguintes moldes:

$$VI = VRF \times Y;$$

Onde: VI = valor da indenização da chance perdida;

VRF = valor do resultado final;

Y = percentual de probabilidade de obtenção do resultado final.³⁵

A probabilidade influencia, portanto, o montante da indenização e não a existência de um dano certo, mesmo no caso de prejuízo extrapatrimonial. Tal diretriz, contudo, é insuficiente nos casos em que o processo aleatório foi até o seu final, como ocorre comumente na seara médica, hipótese em que é possível constatar quem efetivamente sofreu o dano final e quem, não obstante a conduta faltosa, não amargou qualquer prejuízo. Nestes casos, Rafael Peteffi da Silva³⁶ propõe a utilização de uma fórmula geral, criada por Paul Speaker, a ser utilizada nas hipóteses em que já houve a perda definitiva da vantagem esperada:

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

Onde: X = chance genérica de evitar o dano final

Y = chance após a conduta do réu

Observa-se, a partir da análise concreta, que tal proposição melhor atende a reparação integral da vítima. É assim, por exemplo, que a adoção de um procedimento

médico equivocado, que aumenta as chances de óbito do bebê de 5% para 10% durante o parto, não representa uma perda equivalente a 5% do dano final sofrido pelos pais, caso a criança faleça. Na verdade, o erro médico representa um aumento de 50% da probabilidade de óbito, de forma que a indenização deverá corresponder a 50% do dano final sofrido pela(s) vítima(s). O referido jurista brasileiro ainda ressalta a possibilidade de utilização da fórmula proposta por Paul Speaker também se as chances perdidas representam danos independentes e não apenas causalidade parcial, quando ocorreu o desaparecimento total das chances da vítima, após a conduta do agente que interrompeu o processo aleatório antes de chegar ao final. Nestes casos, sendo nula a chance de êxito, tem-se o resultado sempre equivalente a X, ou seja, é reparada a probabilidade genérica de evitar-se o dano final.³⁷

Parece, contudo, dispensável o afastamento da fórmula da Corte de Cassação Italiana, vez que seu Y, isto é, o percentual de probabilidade de obtenção do resultado final, também deverá observar os 50% e não os 5%, na hipótese acima. Não há necessariamente uma incompatibilidade entre as duas proposições; pode ocorrer, no entanto, um equívoco na análise da chance a ser reparada quando o dano final restou configurado. Afinal, a equação italiana pretende revelar o montante da indenização, enquanto a fórmula de Paul Speaker visa a auxiliar na aferição da probabilidade subtraída, de modo a complementar aquela da Corte de Cassação da Itália, por meio da fixação do valor Y. Têm-se, inclusive, por salutar, os esforços da doutrina para tornar científico o parâmetro usado para aferir o valor da reparação, promovendo a segurança

35 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32.

36 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 148-154.

37 Cite-se SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 154: "Ressalte-se que, nos casos em que o processo aleatório não chegou até o final, a sua utilização indicará um resultado idêntico ao verificado com a adoção da metodologia tradicional".

jurídica e a paz social.

Um aspecto digno de nota quanto à quantificação dos danos é a redução da indenização proporcionalmente à mitigação do nexo de causalidade. É assim a hipótese em que, face à morte do paciente, não sendo possível fixar se a morte ocorreu em virtude do desenrolar natural da doença ou em decorrência de falha médica, por ação ou omissão, fixa-se uma reparação não integral do dano sofrido. Considera-se o médico responsável, ao menos de forma concorrente, pela perda da chance de sobreviver do paciente, e, havendo dúvida sobre a causa do dano, a chance é indenizada parcialmente.³⁸ O problema, como se vê, surge em hipóteses nas quais o dano final já ocorreu, e não é possível estabelecer a relação de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo sofrido.

Essa parece ter sido a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça,³⁹ em um caso no qual um bebê de oito meses faleceu imediatamente após negativa de cumprimento de liminar de internação por hospital privado, ao argumento de que a decisão impressa na *internet* não possuía valor legal. Para o Ministro Relator, não havia como ser aplicado de forma pura o princípio da causalidade adequada, mas a omissão do hospital aumentou os riscos para a consecução do dano, sendo seu dever, pois, indenizar os pais da vítima, segundo a teoria dos danos morais por ricochete, correspondentes à perda de uma chance de sobrevivência e não em razão da morte. No voto condutor, não houve condenação em danos materiais, ao argumento de

que “não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o atendimento pelo recorrido impediria o resultado”. Embora o Ministro Relator fundamente a condenação na responsabilidade civil pela perda de uma chance, verifica-se que, levada a cabo e termo, ensejaria a reparação por danos materiais; por outro lado, a reparação pelo dano moral indireto, que atinge a integridade moral dos pais, é devida pela morte do bebê, reconhecida a falha do hospital, independentemente da caracterização da perda de uma chance.

Deste modo, o entendimento adotado pela Ministra Nancy Andrichi, que restou vencida, melhor se coaduna com os contornos atuais do instituto. A magistrada posicionou-se no sentido de ser necessário apurar o nexo causal entre a conduta do hospital e o dano sofrido – perda da oportunidade de cura –, a partir de um processo regular de produção de provas, tendo em vista que mesmo a perda de uma chance de cura caracteriza dano autônomo e não mitigação do nexo de causalidade, de modo que o desafio recai sobre a quantificação do dano. O Ministro Sidnei Beneti, por seu turno, acompanhou o Relator, mas por fundamento diverso da “perda de uma chance”: a fixação de indenização de dano moral pautada exclusivamente pela dor e sofrimento causado indevidamente aos pais pelo hospital, que se recusou a atender o bebê, ferindo uma obrigação jurídica.

Há corrente doutrinária abalizada que critica, sobremaneira, a utilização de critérios estatísticos para apurar-se o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, por reputar ser apenas uma média teórica, que deve ser apreciada em face dos fatos concretos, comprovados na ação judicial. Nesse sentido, o livre convencimento motivado do magistrado não poderia pautar-se em um elemento abstrato, a justificar a mitigação do nexo causal, culminando com a reparação parcial do dano sofrido. A proposta de Savatier é servir a estatística como recurso auxiliar para a formação da convicção do juízo, que concluirá pela existência ou inexistência da causalidade

38 A tal respeito, KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 98: “Uma corrente jurisprudencial que começou a ganhar pé, em França, a partir do início dos anos 60, e que se pode dizer consolidada a partir de 1965, impõe ao médico que, por culpa sua, faz perder ao doente uma possibilidade séria de cura ou de sobrevivência, uma obrigação de indenização, todavia parcial com respeito ao prejuízo final constituído pela morte ou incapacidade. É o que se designa por *perde de chance de guérison ou de survie*”.

39 STJ, REsp 1.335.622/DF, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18/12/2012, DJe 27/02/2013.

entre a conduta praticada e o dano sofrido.⁴⁰ Presente o liame necessário à configuração da responsabilidade civil, impõe-se a reparação integral da vítima e não mitigada pela dúvida no momento de decidir.

Nesse sentido, a doutrina francesa mostra-se majoritariamente refratária à aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica, visto que representa um desvirtuamento na utilização do princípio da causalidade e um risco para a certeza de todo o sistema. Isso porque o juiz, ao deparar-se com uma situação de incerteza, o que não é incomum em casos que tais, optará pela indenização parcial da vítima, afastando-se do julgamento de improcedência, bem como da procedência do pedido de reparação integral do dano sofrido. A jurisprudência francesa, contudo, caminhou em sentido diverso,⁴¹ possivelmente preocupada com o novo enfoque da responsabilidade civil para a reparação da vítima, e diante da dificuldade



de responsabilizar agentes que possuem obrigação de meio⁴² e não de resultado, como é o caso dos médicos. Agostinho Alvim, ao tratar dos casos de dano cuja prova seja difícil, ou mesmo impossível, assevera: “O juiz não deve ser excessivamente rigoroso, quando se lhe deparam tais casos”.⁴³

Faz-se mister ressaltar que a reparação das chances perdidas exerce papel relevante nos casos de inadimplemento de obrigações de meio, como é a hipótese dos médicos e advogados. Nesses casos, o credor tem reconhecido apenas seu interesse sobre a possibilidade de obter o resultado, o que implica em álea, mas não redonda em negativa da reparação de tal interesse, se for prejudicado, tão somente por seu caráter aleatório. Não raro, não é possível, mesmo para um especialista, concluir se a adoção

de determinado procedimento médico, ou a produção de certa prova, conduziria a um resultado diverso do alcançado. Haverá reparação, mesmo que presente a incerteza, desde que caracterizada a chance séria e real. Nesse sentido, Daniel Carnaúba defende a proteção jurídica dos interesses aleatórios, pontuando especificamente na seara médica que: “A des-

40 SAVATIER, René. J.C.P., 1976. 18216, *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89: “Car une telle statistique (à la supposer possible au sein du secret paralysant la comptabilité des fautes médicales, donc de leurs effets) ne peut établir qu’une moyenne théorique. L’essentiel du problème propre à la cause à juger n’en est point éclairé. En effet le juge persiste à ignorer de quel côté de la moyenne se placerait le cas de l’espèce, ne sachant donc nullement si, à l’égard de la victime individuelle de l’accident mortel, la faute propre du médecin défendeur a été causale”.

41 SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89-90.

42 Sobre a importância da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, nas hipóteses de obrigação de meio, SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 13: “(...) a noção da chance é fundamental para a responsabilidade profissional quando se trata de obrigação de meios. Sem isso, corre-se o risco de total ineficácia na tutela dos danos de tal procedência. No que tange ao direito brasileiro, cumpre salientar que o princípio passou a ser explicitamente mencionado em decisões jurisprudenciais recentes, porém, mesmo sem menção específica, já era adotado no tocante à responsabilidade profissional”.

43 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p. 190-193.

peito do crescente poder do homem sobre sua saúde, os tratamentos médicos ainda estão submissos ao império da álea”.⁴⁴

Cumpra observar, ainda, que um dos equívocos na aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance é restringir a indenização ao dano moral, à medida que se considera os reflexos da subtração da oportunidade apenas na esfera extrapatrimonial e não como um valor econômico presente no patrimônio da vítima, subespécie de danos emergentes, que pode ter caráter patrimonial ou extrapatrimonial, conforme a natureza do interesse sobre a vantagem aleatória desejada.⁴⁵ Adotar tal entendimento implica, inclusive, restringir a indenização de danos, em razão da perda de uma chance, sofridos por pessoa jurídica, à medida que, para o ente de ficção, o dano moral resta apenas caracterizado quando da lesão à sua honra objetiva.

Uma análise preliminar da jurisprudência brasileira permite concluir que um dos aspectos em que a aplicação jurisprudencial vem afastando-se do entendimento esposado pela doutrina estrangeira e nacional é exatamente no não acolhimento de condenações, nesta seara, a títulos de danos patrimoniais, o que deu ensejo ao Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil:

Enunciado 444 – Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Observa-se, nesse sentido, uma decisão recente do Superior Tribunal de Justiça,

que manteve condenação de causídico à indenização por danos morais em virtude da perda de prazo para a propositura da ação principal.⁴⁶ Ao negar a reparação por danos materiais, este Tribunal Superior afastou-se da reparação integral do dano, sob a ótica da “perda de chances”, sendo relevante pontuar também que a Corte expressamente deixou de analisar o caráter real e sério da chance em comento – possibilidade de êxito do postulante eventualmente perdida em razão da negligência do advogado.⁴⁷ Não se exclui, porém, a possibilidade de que o instituto tenha sido aplicado sem o rigor técnico, ou seja, o que ambas as instâncias decisórias pretendiam indenizar não foi a perda de uma chance, mas o dano moral decorrente de a vítima não ter sua demanda submetida à apreciação do Poder Judiciário, independente de sua real probabilidade de êxito, como direito fundamental inserido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Importante ainda salientar aspecto de direito processual civil que, por vezes, obsta a indenização da vítima do dano: fixação dos limites da demanda em virtude da causa de pedir e pedido declinados na petição inicial. Trata-se da hipótese em que o autor pede reparação a título de danos emergentes e lucros cessantes, e não especifica que pretende a aplicação da teoria da perda de uma chance, o que redundaria em julgamento *extra peti-*

46 STJ, AgRg no REsp 1.149.718/MT, Quarta Turma, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 21/02/2013, DJe 04/03/2013.

47 Em julgamento ainda mais recente, o Ministro Relator, conquanto tenha reiterado sua posição de que é prescindível a análise da real possibilidade de êxito do postulante, avaliou, *in concreto*, a seriedade da chance indenizada, mas manteve a reparação tão somente dos danos morais. Transcreva-se trecho que revela a louvável evolução de entendimento: “No caso concreto, o fato de o advogado não ter instruído o mandado de segurança com as provas necessárias permite a aplicação da teoria da perda de uma chance, diante da possibilidade de êxito da postulante, que não logrou sucesso na ação mandamental em razão da falha do mandatário, mormente no que se refere à comprovação de que a ora recorrida vinha atuando como professora contratada a título precário”. (STJ, EDcl no REsp 1.321.606/MS, Quarta Turma, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 23/04/2013, DJe 08/05/2013)

44 *Ibidem*, p. 189-191.

45 CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: a álea e a técnica. Coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 170.

ta.⁴⁸ Observa-se que a problemática imbrica-se com o debate sobre a própria natureza jurídica do instituto. A solução proposta por Sérgio Savi que, ao mesmo tempo, permite a reparação integral e garante o contraditório e a ampla defesa, atentando-se para as especificidades do instituto, consiste em verificar a real intenção do autor. Se for a indenização por perda de uma chance, mas qualificada como lucros cessantes, o magistrado deverá oportunizar ao réu defesa, tendo em vista a nova qualificação jurídica; caso depreenda-se que o autor não pretendia reparação com tal fundamento, o pedido deve ser julgado improcedente. À vítima, recomenda-se formular pedido de indenização pelos lucros cessantes, e alternativamente, caso o juiz não verifique a certeza, a indenização pela perda da chance.⁴⁹

4. Conclusão.

Observa-se que a responsabilidade civil pela perda de uma chance vem ao encontro de uma mudança de foco da punição do causador do dano para a reparação da vítima, a partir de diversas transformações sociais, entre as quais se destaca o aumento dos riscos em virtude da evolução tecnológica vertiginosa. Considerando-se que a conduta do réu impossibilita avaliar se o resultado favorável verificar-se-ia, fulminando as reais chances de sua ocorrência, a solução pela reparação da perda dessa oportunidade, de modo proporcional às probabilidades de realização da vantagem esperada, parece ser a que melhor se coaduna com a regra geral da reparação integral dos danos.

Embora os argumentos adotados pela corrente que defende ter a perda de uma chance a natureza jurídica de dano autônomo aproximarem-se do reconhecimento da mitigação do nexo causal nas hipóteses em que se veri-

ficou o dano final, o reconhecimento de duas espécies de responsabilidade civil pela perda de uma chance – a teoria clássica, quando o processo aleatório foi interrompido, e a perda de uma chance de cura ou sobrevivência, quando se verificou o dano final, – parece ser mais adequado. Isso porque, considerando a obrigação de meio dos profissionais da saúde, especialmente os médicos, e as dificuldades de produção de prova, é necessário reparar também a vítima quando, ainda que seja impossível comprovar que a falha médica é *conditio sine qua non* para a realização do dano, verificar-se que o erro médico ocorreu e reduziu suas chances de cura ou mesmo de (prolongamento da) sobrevivência.

Mais relevante ainda que definir sua natureza jurídica, mostra-se assentar parâmetros para a fixação da reparação devida e, nesse sentido, já há fórmulas lançadas pela doutrina, que têm como diretriz avaliar a perda da oportunidade a partir da análise da redução de probabilidade da ocorrência do dano final, sendo descabido indenizar pela integralidade da vantagem final não obtida. Ressalte-se ainda a importância de se observar que a chance representa um valor econômico aferível no momento em que seu titular a perde, devendo dar ensejo à reparação por danos materiais e não apenas danos morais, como ainda se observa na jurisprudência.

Por fim, faz-se mister apontar que o Superior Tribunal de Justiça, que uniformiza a interpretação da legislação infraconstitucional e, portanto, aprecia, em última instância, a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, vem, nos últimos cinco anos, de forma salutar, reconhecendo sua recepção pelo Direito Brasileiro, independentemente de previsão expressa, e adotando diretrizes assentadas pela melhor doutrina nacional e também estrangeira, em um esforço de definição do instituto no ordenamento pátrio, não podendo se olvidar que a jurisprudência também é fonte do Direito. Não obstante, é possível, a partir de uma análise crítica, apontar aspectos que podem ser aper-

48 Nesse sentido: STJ, REsp 1.244.685/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 03/10/2013, DJe 17/10/2013.

49 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 95.

feioados, como se objetivou contribuir ao longo do texto.

Bibliografia.

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

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil – teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

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

_____. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHABAS, François. La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile. *Responsabilità civile e previdenza*, Milano, v. 61, n. 2, ano XXXVIII, mar./abr. 1996.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. *Revista Forense*, v. 406, ano 105, nov./dez. 2009.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A teoria da perda de uma chance e sua aplicação no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 922, ago. 2012.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Orient.); ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). *Responsabilidade civil - direito civil*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEVIT, Nancy. *Ethereal Torts*. *George Washington Law Review*, v. 61, 1992.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado – desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*, v. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perdas de chances. *Revista de Direito Privado*, v. 23, jul. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939.

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

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SERPA LOPES, Miguel Maria da. *Curso de direito civil*. Obrigações em geral. v. II. 6. ed. rev. atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: comparação jurídica e direito positivo para um modelo dogmático*

brasileiro. Tese de doutorado, USP, São Paulo, 2004.

_____. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SPEAKER, Paul. The applications of the loss of a chance doctrine in class actions. *Review of Litigation*, Spring 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOURNEAU, Philippe Le. *Droit de la responsabilité et des contrats*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

