XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-304-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Contemporâneo. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI – CURITIBA-PR, realizado em parceria com a UNICURITIBA, apresentou como tema central CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTETÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito".

Uma tal temática suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos no decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente, a questão do papel dos atores sociais mereceu destaque no Grupo de Trabalho "Direito Civil Contemporâneo II", na medida em que inequivocamente sensíveis transformações foram sentidas em relação aos institutos do Direito Civil que lastreiam as relações interpessoais que se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania.

Sob a coordenação do Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e da Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro -Universidade Estacio de Sá (UNESA /UNIRIO), o GT "Direito Civil Contemporâneo II" promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual, Mark Pickersgill Walker e Joana de Souza Sierra discorreram sobre a dificuldade de definição da autonomia privada decorrente do fato de que ela é a feição contemporânea da autonomia da vontade. Refletem sobre a ascensão e crise desses conceitos, tecendo considerações críticas e possíveis contornos para a autonomia.

Afonso Soares De Oliveira Sobrinho e Clarindo Ferreira Araújo Filho apresentaram o trabalho intitulado Usucapião extrajudicial e a função social dos cartórios, cujo foco centrou-se numa revisão das teorias possessórias abraçadas pelo sistema legal pátrio, bem como, por meio de pesquisa bibliográfica, revistas as espécies e características desse importante instituto de aquisição de propriedade e à função social dos cartórios.

Precedentes judiciais. Uma possibilidade de harmonização entre a liberdade e o conteúdo econômico do contrato, e sua função social, da autoria de Rodrigo Brunieri Castilho, abordou o instituto dos precedentes previstos no CPC/2015, como forma de colmatação e harmonização entre o publicização e o liberalismo contratual.

Os requisitos de admissibilidade da perda de uma chance em acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de Barbara Bedin e Rosemari Pedrotti de Avila, analisou o instituto da perda de uma chance relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do estudo de caso, a partir de três decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para verificar qual o entendimento dos julgadores a respeito da temática, pela falta de legislação expressa.

Wagner da Silva Botelho de Souza e Isabel Gouvêa Mauricio Ferreira apresentaram o trabalho intitulado: "A evolução da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro: análise da aplicabilidade nos contratos de seguro". Analisaram a evolução da boa-fé objetiva e sua aplicação nos contratos de seguro, buscando a compreensão deste princípio quando aplicado a uma modalidade contratual específica.

Fernanda Macedo Guimarães e Luiza Helena Gonçalves apresentaram o artigo intitulado: "O marco civil da internet e a polêmica dos bloqueios judiciais", que promoveu uma leitura reflexiva em torno dos principais pilares da Lei nº 12.965/2014, entre eles a neutralidade, a privacidade e a responsabilidade, busca-se diagnosticar a legalidade e a eficácia destes bloqueios judiciais.

"A indenização da perda de uma chance: o que considerar? ", da autoria de Bruno Terra de Moraes, discutiu a responsabilidade civil pela perda de uma chance como instrumento de tutela da pessoa humana em um contexto de aumento das hipóteses de danos ressarcíeis.

"Considerações práticas acerca da responsabilidade objetiva", da autoria de César Augusto de Castro Fiuza e Bruno de Almeida Lewer Amorim, discutiram a prática da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, especialmente no que diz respeito à substituição da culpa pelo risco da atividade. Analisaram as causas excludentes de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor, tendo como referencial alguns julgados, de modo a perquirir se a jurisprudência reflete uma responsabilidade baseada no risco ou se a reparação segue se baseando na culpa.

Michely Vargas Delpupo e Jose Geraldo Romanello Bueno, apresentaram o trabalho intitulado: "Breves considerações sobre o contrato de corretagem ou de mediação à luz do

Código Civil brasileiro e legislações estrangeiras", nele buscaram esclarecer os principais conceitos decorrentes do contrato de corretagem, bem como analisar as normas pertinentes que tratam destas questões do contrato de corretagem em nosso ordenamento jurídico e na legislação estrangeira.

"O negócio jurídico na empresa "pontocom" e aspectos de sua problematica no contemporâneo direito civil brasileiro" da autoria de Eliana Maria Pavan de Oliveira e Maristela Aparecida Dutra, traça parâmetros de delimitação do negócio jurídico virtual, aplicáveis metodicamente às Empresas "Pontocom" no âmbito das relações civis e consumo.

Tereza Rodrigues Vieira apresentou o trabalho intitulado: "A autodeterminação das pessoas transgênero e cisgênero e o reconhecimento da adequação do registro civil", tendo como objetivo refletir sobre a autodeterminação das pessoas transgênero e cisgênero com vistas ao reconhecimento da sua identidade civil no tocante ao prenome e ao gênero atribuídos ao nascer.

"Tomada de decisão apoiada: uma reflexão acerca do novo instituto", da autoria de Débora Nogueira Esteves e Lucas Campos de Andrade Silva promove uma breve reflexão acerca do novo instituto jurídico, previsto no artigo 1.783-A do Código Civil brasileiro, instituída pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, constituindo uma visão crítica sobre os desafios, perspectivas e possibilidades deste novo modelo que valoriza a autonomia da pessoa com deficiência e preza por sua inclusão no convívio social.

Eduardo Felipe Nardelli e Priscila Zeni de Sá apresentaram o trabalho intitulado: "Responsabilidade civil médica e perda de uma chance", que aborda os dois casos em que poderá haver responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica.

"A responsabilidade civil dos notários e registradores" , da autoria de Carina Goulart da Silva e Guilherme Augusto Faccenda, investiga os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil dos notários e dos registradores quanto aos danos causados a terceiros no exercício da delegação.

Sob o título "Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares: entre a liberdade e a igualdade", Thiago Penido Martins promoveu um estudo sobre a eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, analisando em que medida os particulares, estão vinculados ao direito fundamental à igualdade.

Marcelo Farina de Medeiros apresentou o trabalho intitulado: “ Função social do contrato: da autonomia da vontade à eticidade”, objetivando contribuir com a análise da evolução das teorias contratualista, na perspectiva de uma quebra de paradigma, ensejando um marco histórico no Direito Negocial, a partir do qual a função social do contrato passa a reger a extensão da autonomia das partes.

O trabalho intitulado: “A publicidade comparativa sob aspectos da auto-regulamentação publicitária e consumeristas”, dos autores Leticia Lobato Anicet Lisboa e Leonardo Da Silva Sant Anna, busca determinar se a publicidade comparativa se trata de prática ilícita que não deve ser admitida no ordenamento jurídico ou se pelos critérios do ordenamento pode ser praticada.

Jossiani Augusta Honório Dias e Muriana Carrilho Bernardineli apresentaram o trabalho intitulado: “A busca pelo belo e a responsabilidade civil do médico em cirurgia plástica estética”, em que pela utilização do método indutivo, discutem a responsabilidade civil dos profissionais médicos na realização de cirurgias plásticas estéticas.

Finalmente, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Marcelo Pereira dos Santos apresentaram o trabalho intitulado: “Família, casamento e descompassos normativos do Código Civil Brasileiro no Século XXI” em que estabelecem uma interface entre vida prática, legislação vigente e fenômenos culturais vivenciados pelas famílias e analisam os descompassos normativos do Código Civil, demonstrando a necessidade de ajustes pontuais no texto legal, a fim de evitar interpretações equivocadas que venham a macular a dignidade humana.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO-UNESA

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - PUC-MG

A INDENIZAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE: O QUE CONSIDERAR?

THE INDEMNIFICATION OF LOSS OF A CHANCE: WHAT TO CONSIDER?

Bruno Terra de Moraes

Resumo

O presente trabalho pretende discutir a responsabilidade civil pela perda de uma chance como instrumento de tutela da pessoa humana em um contexto de aumento das hipóteses de danos ressarcíveis. A partir destas premissas, admite-se aquela perda como uma espécie autônoma de dano. Em um primeiro momento, são estabelecidos os pressupostos para a aplicação do instituto, evitando-se que isto se realize em situações inadequadas. Posteriormente, são estabelecidos os parâmetros para a quantificação da indenização decorrente da aplicação da perda de uma chance, que deverá levar em consideração o percentual correspondente à probabilidade de obtenção do benefício pretendido.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Perda de uma chance, Tutela à pessoa humana, Dano autônomo, Parâmetros de existência e de quantificação

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the liability for the loss of a chance as protection instrument of the human being in the context of an increase of cases of indemnifiable damage. From these premises, it is assumed that loss as an autonomous kind of damage. At first, the conditions are set for the application of the institute, avoiding that this be done in inappropriate situations. Subsequently, are established the parameters for the quantification of damages resulting from the application of loss of chance, which shall take into account the percentage corresponding to the probability of achieving the desired benefit.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Loss of a chance, Protection of the human being, Autonomous damage, Existence and quantification parameters

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, nossos tribunais têm se deparado com diversas demandas nas quais é pleiteada a reparação civil por perda da chance. Ocorre que nem sempre a referida teoria vem sendo aplicada de forma sistemática. Vale dizer: trata-se de teoria muito invocada, porém pouco estudada, o que, decerto, acaba por acarretar a sua má aplicação, inclusive a situações que, em tese, não se enquadrariam no conceito.

Por outro lado, percebe-se a falta de critérios no momento da quantificação da indenização deferida com base na referida teoria. Este conjunto de fatores, certamente, leva à insegurança jurídica. Diante da existência de decisões para "todos os gostos", o advogado não sabe, ao certo, o que pedir, e os tribunais, por sua vez, parecem não ter segurança sobre o que deferir.

Neste cenário, importante é contextualizar, de início, a perda da chance em um cenário de constitucionalização do direito civil e do aumento das hipóteses de danos ressarcíveis.

Igualmente importante é estabelecer os pressupostos para a sua ocorrência, para que ela não seja invocada em situações inadequadas e, por fim, imperioso se faz estabelecer alguns parâmetros para a sua quantificação.

É isso que se tentará fazer no presente estudo.

2 DOS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E A PERDA DE UMA CHANCE

A Constituição de 1988 alçou a pessoa humana ao ápice do ordenamento jurídico, sendo a finalidade última do ordenamento a tutela da sua dignidade. Assim, o ser humano jamais pode ser considerado um meio para se atingir determinadas finalidades, mas sempre é um fim em si mesmo (BODIN DE MORAES, 2010b, p.81). As normas jurídicas, portanto, precisam ter como finalidade o homem (BODIN DE MORAES, 2010b, p.81). A pessoa humana foi "elevada ao patamar de epicentro dos epicentros" (FACHIN, 2011, p.31).

Por outro lado, há de ser levado em consideração o influxo dos princípios constitucionais sobre todo o ordenamento, isto é, eles passam a conformar a sua inteireza (BODIN DE MORAES, 2010a, p.318), inclusive no que se refere às relações privadas. A este respeito, Gustavo Tepedino (2009, p.5) observa que "o direito civil assistiu ao deslocamento

de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição". A dignidade da pessoa humana é, portanto, "a base valorativa de sustentação de toda e qualquer situação jurídica de direito privado" (MULHOLLAND, 2010, p.69).

É de se notar o influxo no direito civil do princípio da solidariedade social, a ser entendido como "o comprometimento e a reciprocidade existentes entre duas ou mais pessoas pertencentes a uma mesma comunidade" (MULHOLLAND, 2010, p.75), vale dizer, este princípio traduz a noção de que as pessoas não se encontram isoladas na sociedade, havendo a necessidade de ajuda mútua para se alcançar o bem de todos (MULHOLLAND, 2010, p.75). É por meio da aplicação direta dos princípios constitucionais que se explica o ordenamento jurídico como algo unitário e complexo. Aliás, o ordenamento somente é entendido como tal porque detém aqueles dois caracteres (TEPEDINO, 2009, p.5), decorrendo destes a força normativa dos princípios constitucionais (TEPEDINO, 2009, p.8).

Como não poderia deixar de ser, tais premissas acabaram por ter significativas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. Assim, ao se estabelecer os parâmetros para a responsabilidade civil, não se deve olvidar a inclusão da pessoa humana como destinatário máximo de tutela, ainda que se tratando de relações jurídicas de cunho privado.

Note-se que as normas jurídicas devem ser conjuntamente interpretadas, sendo a interpretação um procedimento complexo a ser realizado à luz dos princípios constitucionais (TEPEDINO, 2009, p.11). Uma das consequências disto foi a conferência de primazia às situações jurídicas existenciais em relação às relações patrimoniais, inclusive no âmbito do direito civil (BODIN DE MORAES, 2010a, p.319), compatibilizando o direito civil com as diretrizes impostas pela Constituição.

Diante disso, passou-se a considerar a responsabilidade civil como instrumento de tutela da pessoa da vítima, isto é, em total consonância com a ordem constitucional, passou-se a entender a responsabilidade civil como um meio de proteção da vítima, não possuindo, portanto, um objetivo punitivo, este atinente ao direito penal (BODIN DE MORAES, 2010a, p.323). O sistema jurídico é "formado em torno do dever de ressarcir centrado na vítima" (FACHIN, 2011, p.28), o que vai de acordo com os atuais princípios norteadores do direito de danos, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade social (MULHOLLAND, 2010, p.68).

Portanto, a tutela da pessoa da vítima alcança o protagonismo da responsabilidade civil, observando-se, pois, uma total modificação do enfoque da análise deste ramo do direito civil. Não mais se prioriza, assim, o juízo de valoração do ato praticado pelo autor, mas sim se

dá ênfase à análise do dano injusto sofrido pela vítima, de acordo com o que Orlando Gomes (1980, p.293 *apud* FACHIN, 2011, p.28) denominou de *giro conceitual do ato ilício para o dano injusto*.[1] Em havendo dano injusto, não há que se perquirir, em primeiro plano, acerca da reprovabilidade do ato do ofensor. Havendo dano daquela natureza, deve haver, como regra geral, a correspondente indenização.

Consequência desse *giro conceitual* apontado por Orlando Gomes é a consagração do princípio da reparação integral dos danos sofridos pela pessoa. Note-se que a emergência de tal princípio no direito brasileiro é relativamente recente, sendo que até o advento da Constituição de 1988 a jurisprudência vacilava quanto ao tema, inclusive debatendo acerca da possibilidade, ou não, de se cumularem indenizações por danos morais e materiais (MONTEIRO FILHO, 2008, p.70), discussão esta que perdeu o sentido com a atual ordem constitucional, já que os incisos V e X do art. 5º da Constituição são claros no sentido de permitir a cumulação.

Tem-se, portanto, alguns fatores a demonstrar que a atual ordem constitucional consagrou o princípio da reparação integral: a perda de centralidade da reprovabilidade da conduta do ofensor, a possibilidade de cumulação de indenização por danos morais e materiais e, sobretudo, a ênfase do ordenamento na pessoa humana.

Refletindo esta diretriz constitucional, o Código Civil, em seu art. 944, *caput*[2], previu a extensão do dano como a medida da indenização. Ou seja, como regra geral, o que se tem é a necessidade de que a indenização cubra o dano em sua inteireza. Somente assim serão adequadamente observados os princípios e valores constitucionais já explicitados no presente trabalho, bem como será respeitada a disciplina do *caput* do art. 944 do Código Civil.

O que se verifica, portanto, no campo da responsabilidade civil, é um expressivo aumento das hipóteses de danos ressarcíveis. A primeira relevante razão para que haja o aumento destas hipóteses é a já citada perda de protagonismo da reprovabilidade da conduta como fundamento da responsabilidade civil, recaindo o foco desta, pois, no dano a ser ressarcido. Já a segunda razão para tanto é a flexibilização do nexo de causalidade, como a perda da importância de sua prova como pressuposto da configuração do dever de indenizar (SCHREIBER, 2013b, p.11).

Frise-se que a responsabilidade civil é instrumento jurídico deveras dúctil, podendo se adaptar, com facilidade, aos novos reclamos da sociedade. Assim, havendo nos tempos

---

1 GOMES, Orlando. *Tendências modernas da reparação de danos. Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro:Forense, 1980.

2 "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano."

atuais uma intensificação das relações sociais, com o expressivo aumento das situações passíveis de geração de danos, necessária foi a adaptação da responsabilidade civil a esta realidade (BODIN DE MORAES, 2010a, p.323), o que acarretou a denominada "erosão dos filtros tradicionais da reparação" (SCHREIBER, 2013b, p.11).

É neste contexto que deve ser estudada a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

3 ORIGENS, CARACTERIZAÇÃO E CONCEITO DA PERDA DA CHANCE

É controversa a origem da aplicação da teoria da perda de uma chance. Há quem sustente que ela remonta ao ano de 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, quando pela primeira vez teria ocorrido a utilização desta conceituação. Isto ocorreu no âmbito de demanda na qual se discutia acerca da responsabilidade de um médico que, por se equivocar no diagnóstico, teria retirando da vítima as suas chances de cura (GONDIM, 2005, p.22).

Outros, porém, suscitam decisão da mesma Corte de Cassação Francesa, de 17 de julho de 1889 como a precursora da teoria da perda da chance, quando aquela aceitou "conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento" (SILVA, 2013, p.11).

Seja qual for a origem, importa notar que desde os seus primórdios a teoria da perda de uma chance já se revestia das mesmas características atualmente verificadas, isto é, a interrupção de uma cadeia fática que, provavelmente, levaria determinado indivíduo a auferir uma vantagem por ele esperada. Decompondo-se, pois, os elementos da afirmação anterior, verifica-se que a perda de uma chance pressupõe: a) a existência de uma cadeia fática; b) a aptidão desta cadeia fática para desaguar em uma vantagem esperada pelo indivíduo; c) a idoneidade desta aptidão; d) a interrupção da cadeia fática em questão, com a perda definitiva da chance; e e) a falta de certeza de que aquela cadeia fática, caso mantida, redundaria na vantagem esperada (NORONHA, 2013, p.695).

Para fins de verificação de situação passível de ser indenizada pela perda de uma chance, a questão ganha relevo quando a cadeia fática, caso mantida, provavelmente conduziria à obtenção, pelo indivíduo, da vantagem esperada.

Nota-se que a utilização, acima, do termo "provavelmente", não ocorre por acaso. Afinal, é a existência da probabilidade dessa obtenção do resultado final pretendido que determina que a situação é passível de ser submetida à aplicação da teoria da perda da chance. Sendo a cadeia causal apta a conduzir à vantagem esperada, a interrupção desta cadeia redundará em situação de perda da chance. Restará para fase posterior a verificação da expressão econômica desta perda, isto é, se a perda redundará em expressão econômica viável, passível de se levar à reparação (SCHREIBER, 2011, p.93-94).

Sempre é preciso ter em mente, ainda, que quando se fala em probabilidade de se obter a vantagem esperada, pressupõe-se uma falta de certeza quanto a esta obtenção. Vale dizer: o elemento aleatório é essencial para fins de configuração de perda de uma chance. Não houvesse a presença da álea, não se estaria a falar de perda da chance, mas sim da perda da própria vantagem esperada. Portanto, um grau de incerteza acerca da obtenção da vantagem pretendida por meio da cadeia fática é algo inerente à teoria.

Entretanto, o fato de se verificar esta incerteza, motivada pela presença necessária da álea, não se traduz em contradição com a afirmação segundo a qual a cadeia fática analisada deve ser idônea à produção do resultado final pretendido. O que se quer com isso dizer é que a tal cadeia causal deverá, por si só, conduzir à probabilidade de obtenção daquela vantagem. Ou seja, a probabilidade deve ser verificada na perspectiva de uma cadeia única, não sendo admissível que a probabilidade somente venha ocorrer a partir da intercorrência de novas cadeias causais. Daí a observação que muitos realizam no sentido de que, para a caracterização da perda da chance, esta deve ser séria e real, não meramente hipotética.[3]

Há, quanto ao tema, dois posicionamentos acerca do que se entenderia como chance "séria e real". Para uns, a distinção da chance séria e real para aquela que não possui tais características não seria, propriamente, qualitativa, mas sim quantitativa (SILVA, 2011, p.153). Assim, as chances desprovidas de seriedade seriam aquelas inseridas em um contexto no qual a possibilidade de obtenção da vantagem pretendida seria deveras remota. Neste diapasão, há autores que realizam a diferenciação entre "probabilidade" e "possibilidade" de se obter o dano final, de modo que o "provável" teria mais chances de ocorrer que o "possível", sendo aquela, pois, passível de indenização, enquanto esta última, não (SAVI, 2006, p.58).

Como consequência deste entendimento, Sérgio Savi entende que a chance "séria e real" e, portanto, ressarcível, deverá ser aquela cuja probabilidade de redundar na vantagem esperada corresponda a 50% ou mais (SAVI, 2006, p.60). Este percentual mínimo, contudo, é

[3] Por todos, Savi (2006, p.56).

rechaçado pela maioria da doutrina, entendendo-se que, a rigor, não há que se estabelecer qualquer percentual *a priori*, de modo que o caso concreto é que dirá se a chance em questão é passível, ou não de ressarcimento. Por exemplo, para Fernando Noronha, "se houve um fato antijurídico que causou um dano reconhecido, não se justifica que se deixe este ficar sem reparação" (NORONHA, 2013, p.701).

Parece ser a melhor solução aquela que desvencilha a noção de "chance séria" do percentual de probabilidade de obtenção do ganho final, levando-se em consideração, portanto, a idoneidade de o processo causal em curso conduzir ao resultado final pretendido, como já mencionado.[4] Logo, não será séria aquela chance surgida em decorrência de processo causal inidôneo para produzir, por si só, a probabilidade de obtenção do benefício final. Se houver a dependência de uma nova cadeia causal, sem a qual a "chance" é uma mera esperança, não haverá chance cuja eventual perda seja ressarcível. O resultado pretendido somente ocorreria, portanto, em caso de interrupção do nexo de causalidade, com a inauguração de um segundo processo causal, já que o primeiro não seria idôneo, por si só, para acarretar os efeitos pretendidos.[5]

Explica-se com um exemplo extremo, posto exemplos desta natureza serem mais didáticos: homens já pisaram na Lua. Se *Caio* pertence à espécie humana, isto o autoriza a ter esperanças de que um dia, quem sabe, pise no referido corpo celeste. Ocorre que o simples fato de ele ter nascido e, portanto, pertencer à espécie humana, não leva à conclusão de que o processo causal surgido com o seu nascimento naturalmente o conduzirá à Lua. São tantas as intercorrências necessárias para que ele, *Caio*, esteja apto a nela pisar que, decerto, não se iniciou o processo causal que, idoneamente, poderia redundar no seu envio à Lua.

Se, contudo, Caio é astronauta e está prestes a participar de processo seletivo aberto por uma agência espacial destinado a escolher homens aptos a serem enviados à Lua, tem-se, aí, uma chance passível de ser reparada em caso de perda. Note-se que o desenrolar desta cadeia causal naturalmente levaria Caio à oportunidade de ser enviado à Lua. Por mais árdua e concorrida que fosse a seleção, a cadeia causal idônea a produzir o resultado final desejado já estaria em curso.

---

4 Esta parece ser a opinião de Anderson Schreiber (2011, p.95), quando afirma que "[...] Em outras palavras, o normal desenrolar dos fatos conduziria ao gozo da oportunidade, que não dependia de outras condições que não as que já estavam presentes no caso concreto."

5 Para Caitlin Mulholland (2010, p.113): "Quando se trata de interrupção do nexo de causalidade o que se tem é um segundo processo causal, totalmente independente do primeiro processo, que causa um dano que não teria sido causado pelo primeiro processo da forma como se deu."

Portanto, parece mais correto afirmar que, mais do que uma questão meramente quantitativa, a chance dita "séria" é aquela surgida no âmbito da cadeia causal apta a levar à oportunidade de obtenção do benefício final pretendido. Se o indivíduo já se encontra em meio a esta cadeia causal tendente a levar à oportunidade, ainda que com parcas chances de êxito, a chance passível, em tese, de ser ressarcida estará presente. Momento posterior, relativo à quantificação, é que dirá se esta chance se traduzirá em expressão econômica viável.

Há que se acrescentar, ainda, a condição de que, para que a perda da chance seja ressarcível, ela deva ser irremediável, definitiva. Afinal, caso não se trate de perda definitiva, estar-se-á falando não propriamente em perda, mas sim em elevação dos riscos da não obtenção do resultado final, ou seja, no máximo uma diminuição da probabilidade de êxito (SILVA, 2011, p.158-159).

Veja-se que a chance somente estará perdida caso não seja mais possível, naquela oportunidade e sob aquelas condições, obter-se o resultado final pretendido. Havendo ainda, a possibilidade de restabelecimento do liame causal passível de conduzir ao benefício pretendido, descabe a alegação de perda da chance, pelo simples motivo de que a oportunidade não chegou a ser perdida. Portanto, a perda da chance ocorre tanto quando há a frustração irremediável de se obter uma vantagem, como quando há a frustração, também irremediável, de se evitar uma perda (NORONHA, 2013, p.696).[6]

Por fim, deve-se registrar, como já dito, que a cadeia causal a ensejar, se interrompida, a perda da chance, deve ser apta a conduzir ao resultado final pretendido. Entretanto, esta aptidão não se confunde, em absoluto, com certeza: ainda que seja mantido o curso da cadeia causal até o seu desfecho, o resultado final poderá, ou não, ocorrer. Vale dizer: para que haja a perda da chance será sempre necessária a presença do elemento aleatório. Caso não se verifique a presença da álea, em caso de interrupção do fluxo causal estar-se-á diante da perda da própria vantagem final, e não de uma chance. Para que esta esteja presente é imprescindível a existência da incerteza quanto à obtenção do benefício final

---

[6] É de se invocar interessante julgado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que aplicou inadequadamente, *d.v.*, a perda de uma chance, em situação na qual empresa deixou de realizar, no momento do parto, o serviço contratado de coleta de células-tronco. Entendeu o Tribunal que a falha teria ensejado o dever de reparação com fundamento na teoria da perda da chance, pois os autores teriam perdido a chance de obter um ganho real no futuro ou, mesmo, de evitar um dano. Ocorre que no referido caso, nem sequer chegou a ocorrer o prejuízo final (doença cuja cura restou impossível) além do que tal prejuízo dependeria, decerto, da inauguração de um novo fluxo causal (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC 0121698-24.2007.8.19.0001*. Relator: Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho. Julgamento: 23/05/2012. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível).

pretendido, ainda que a cadeia factual chegasse ao seu fim. A obtenção daquele benefício deve ser, pois, provável, jamais certa.

Diante das características acima, pode-se tomar emprestada a seguinte definição acerca da perda da chance:

"A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando este processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza" (SILVA, 2013, p.13-14).

4 DANO INDENIZÁVEL

Quando se fala em perda da chance, necessariamente se está referindo a situação na qual se verifica se o curso de uma cadeia causal, ao seu final, poderá, ou não, redundar em um resultado benéfico. E a perda tanto pode consistir em perda da oportunidade de obter uma vantagem esperada, como pode consistir na perda da oportunidade de se evitar a causação de um dano (NORONHA, 2013, p.695-696).

A primeira modalidade acima mencionada é aquela verificada nos casos "clássicos" de perda da chance, isto é, refere-se àquelas situações nas quais o fluxo causal levará a uma situação de oportunidade de obtenção de uma vantagem, isto é, algo positivo. Tal fluxo, entretanto, é interrompido, por meio de um ato antijurídico, conduzindo-se à indenização.

A segunda situação difere da primeira, sendo encontrada, sobretudo, nas situações de erro médico. Isto porque, nas referidas situações, o fluxo causal *a priori* encontrado possui o condão de, muito provavelmente, ou quase que certamente, conduzir a um dano final. Não é aí, neste caso, que se verifica a álea inerente à perda da chance. A álea se verificará (ou se verificaria) na inauguração de um novo liame causal, intercorrente, consistente na ação de alguém (normalmente do prestador de serviço médico) no sentido de atuar para se evitar a causação daquele dano que, naturalmente, ocorrerá caso se mantenha incólume o fluxo causal originário.

Note-se que, neste caso, a álea reside no fato de que mesmo se a pessoa que deveria atuar, atuasse de forma correta, não se teria a absoluta certeza de que esta atuação seria exitosa. Afinal, lembre-se de que a cadeia causal originária, acaso não interrompida,

naturalmente levaria ao resultado danoso final. Assim, não se tem quaisquer garantias de que a atuação daquele que deveria agir fosse surtir o efeito desejado. Mas a oportunidade de evitá-lo se apresentaria. Entretanto, nesta situação, a perda da chance se verificará na medida em que esta pessoa, que deveria atuar no sentido de evitar o dano, não atua, ou atua mal. Ou seja, seria esta pessoa a inaugurar um novo fluxo causal, agora virtuoso, mas que, entretanto, não o faz, ou o faz de forma equivocada, impedindo-se que se tenha qualquer oportunidade de evitar o dano final. Esta hipótese se verifica, com frequência, nos casos em que um prestador de serviço de saúde se equivoca no diagnóstico da doença, de modo a impedir que a moléstia seja devidamente tratada. Outra situação é a omissão pura e simples de agir, isto é, é a inação daquele que deveria agir, mas não o faz, deixando-se, pois, que o fluxo causal nefando atinja o seu infausto desfecho.

Apenas não se deve confundir as situações de perda da chance decorrente de atuação médica com aquelas nas quais é o próprio profissional de saúde que inaugura a cadeia causal nefasta. Nestes casos, não há que se falar em perda da chance, mas sim em responsabilidade civil do profissional de saúde pelo dano final em si.

E quando se fala em perda da chance, é interessante verificar qual o dano que está sendo reparado, isto é, deve-se verificar se a reparação se dá em razão da perda da vantagem final pretendida ou se a chance é algo autônomo que merece ser, por si só, reparado.

Ao se retomar a ideia de que quando se fala em perda da chance necessariamente se verifica a presença do elemento aleatório, as tradicionais teorias acerca da causalidade não conseguem explicar o liame causal entre o ato antijurídico do agente e a ocorrência do dano final. Isto porque, em virtude da álea, jamais será possível afirmar, com certeza, se o ato do agente foi determinante para a causação do prejuízo verificado ao fim. Afinal, o malogro definitivo do benefício esperado pode ter sido causado pelo ato atijurídico ou ter sido decorrente da álea. Neste caso, lançar mão da tradicional teoria da causalidade adequada não seria suficiente, em vista da indefinição acerca do fator determinante para a causação do dano, eis que qualquer dos fatores em questão seria, isoladamente, apto a acarretá-lo (NORONHA, 2013, p.699).

Portanto, para aqueles que entendem estar a chance intimamente atrelada ao dano final, negando-se, pois, uma autonomia da chance, outro caminho não há, senão lançarem mão de modernas teorias que flexibilizam a noção de causalidade, pondo novamente ao abrigo situações outrora desabrigadas, sob pena de se deixar a vítima ao desamparo (SCHREIBER, 2013b, p.75). E neste caso, uma das soluções encontradas foi semelhante

àquela aplicada às situações da responsabilidade dos grupos, ou seja, utilizou-se a teoria da causalidade alternativa.[7]

Ocorre que na utilização da causalidade alternativa a condenação dos possíveis causadores do dano se dá de forma solidária (SCHREIBER, 2013b, p.75). Assim, a aplicação desta teoria na perda de uma chance acarretaria o inconveniente de impor ao lesante a responsabilização pela totalidade do dano referente à perda do benefício final. E isso, mesmo tendo-se a noção de que, possivelmente, o fator determinante para a causação do dano teria sido a álea. Logo, diferentemente das demais situações em que aplicada a teoria da causalidade alternativa, não teria o responsável contra quem regressar.

Solução tendente a amenizar tal inconveniente seria a de se lançar mão da teoria da causalidade parcial, de modo que "se o prejuízo final não está em relação totalmente provada com o ato ofensor, [...] pode-se conceder a reparação para um prejuízo parcial e relativo, consubstanciada na perda das chances" (SILVA, 2013, p.51). Com isso, o percentual correspondente ao fator aleatório é deduzido do valor total do dano, de modo que o agente somente responde pelo percentual atribuível ao seu ato antijurídico. Tem-se nestas situações, portanto, um elastecimento do nexo causal.

Para a maioria da doutrina brasileira, porém, ao se estudar a perda da chance não se olha, primordialmente, para o dano final, isto é, o dano a ser indenizado não é aquele decorrente da perda do benefício esperado em si, mas sim se considera a própria chance como algo passível de ser indenizado, autonomamente considerada. Portanto, na perda da chance, a reparação é da chance em si (GONDIM, 2005, p.23), que passa a ter um valor jurídico autônomo em relação ao dano final. E esta é a corrente à qual se filia neste estudo.

Nesta condição, não haverá qualquer razão para se lançar mão das presunções de causalidade. Afinal, não se considerará o ato do agente em relação ao dano remoto, mas sim ele será considerado em relação à perda da chance em si. Deste modo, a própria teoria da causalidade adequada já será suficiente para sustentar o nexo nestes casos, reforçando-se, assim, a ideia de certeza do dano (GONDIM, 2005, p.16). Verifica-se, pois, neste caso, uma extensão do conceito de dano, a abranger situações que outrora não eram vislumbradas.

Não se deixe de pontuar, contudo, que há autores que entendem existirem algumas situações nas quais a perda da chance é um dano autônomo e, em outras, é consistente em

---

[7] Segundo Anderson Schreiber (2013b, p.74), "como exemplo clássico, tem-se o acidente de caça, em que um disparo atinge a vítima, sem que se possa determinar de que arma partiu o projétil. Ao contrário do que ocorre na causalidade concorrente – em que todos os participantes concorrem para o resultado-, aqui não se sabe de qual ou quais agentes partiu a ação que resultou no dano, sendo certo, porém, que nem todos contribuíram para o prejuízo".

dano indissociável do dano final. E a diferenciação seguiria a diferença já mencionada, relativa às duas modalidades de perda da chance, isto é, aquela clássica, e aquela verificada nos casos de perda de uma chance de cura ou de sobreviver (SILVA, 2013, p.86-87). No primeiro caso, restaria clara e direta a relação causal entre o ato do ofensor e a perda da chance. Já no caso da falha médica, para os referidos autores, "a perda das chances de cura ou de sobreviver, que seria um prejuízo intermediário, não pode constituir um dano específico e independente, pois absolutamente subordinada à existência do dano final" (SILVA, 2013, p.87).

Permissa venia, não parece haver muito sentido na distinção. Afinal, em que pese a dinâmica ser um pouco diferente, a lógica de ambas as modalidades de perda da chance é a mesma. Tal como na perda de uma chance clássica, na perda da chance de evitar um dano também há de ser considerado o elemento aleatório. Ocorre que este diz respeito ao ato comissivo que o agente omisso deveria ter praticado. Vale dizer: se o agente omisso tivesse praticado a conduta devida, esta conduta poderia evitar, ou não, o dano. Isto é, fosse adequada a conduta do agente, haveria a probabilidade de se evitar o dano, mas não certeza.

Assim, da mesma forma que ocorre na perda da chance clássica, o resultado final havido na perda da chance de se evitar um dano – normalmente a morte ou a sequela nos casos médicos mais comuns – jamais poderá ser atribuído, com toda a certeza, ao agente, pelo simples fato de que a conduta adequada apenas provavelmente evitaria o dano, mas não decerto.

Em ambas as situações, portanto, haverá causalidade direta entre o ato do agente e a perda da chance. A única distinção será em relação à modalidade da conduta: enquanto na perda da chance clássica a responsabilidade se dará por ato comissivo do agente, na perda da chance de se evitar um prejuízo ela se dará por responsabilidade por omissão.

Para haver a omissão relevante não basta uma simples inércia. Não: esta inércia deve ser juridicamente qualificada. E ela somente o é quando o ordenamento jurídico impõe o dever de agir – o que parece claro no tocante ao erro médico - e, não obstante, o agente se queda inerte. Ou seja, a omissão ganha relevância quando não é levado a efeito o agir esperado. A conduta esperada, que era a "comissiva", não é realizada, dando-se lugar, assim, à conduta "omissiva" (CARVALHO, 1999, p.116). Nestes casos, portanto, o não cumprimento do dever de agir acaba por acarretar o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o resultado. Não haverá, portanto, empecilhos em se considerar a perda da chance, também nestes casos, como algo autônomo em relação ao dano final.

Visto que, pela lógica, torna-se mais correto considerar-se a perda da chance um dano autônomo, resta, agora, verificar se ela possui cunho patrimonial ou extrapatrimonial. Neste particular, a caracterização do dano sofrerá a influência do interesse jurídico[8] em questão: a perda da chance será patrimonial ou extrapatrimonial quer seja o interesse em discussão patrimonial ou extrapatrimonial (NORONHA, 2013, p.700). Isto é, deve ser analisado se o interesse juridicamente protegido na oportunidade perdida é de cunho patrimonial ou extrapatrimonial.

Com relação à perda da chance de cunho patrimonial, a discussão que ela suscita é a qual espécie de dano patrimonial ela corresponderia, isto é, se traduziria um dano emergente, um lucro cessante, ou se seria uma terceira espécie. Para aqueles que entendem não ser a perda da chance um dano autônomo, mas sim um dano indissociável em relação ao dano final, parece ser coerente a associação da perda da chance aos lucros cessantes. Afinal, estar-se-ia diante de situação em que não se diminuiu, propriamente, o patrimônio da parte, mas sim se impediu um benefício patrimonial futuro, com a verificação de uma situação de lucro frustrado (DIAS, 2012, p.825-826). Logo, neste caso, o benefício frustrado seria a vantagem pretendida, que deixou de ocorrer.

Ainda para aqueles que entendem não ser a perda da chance um dano autônomo, parece ser coerente, ainda, considerar ser a perda da chance uma espécie de dano não associável nem aos danos emergentes e nem, tampouco, aos lucros cessantes, em razão das suas peculiaridades, sendo a principal dela a dificuldade de se estabelecer uma relação de causalidade direta entre a conduta do agente e o dano ao final verificado. Portanto, este problema da verificação do nexo causal seria, assim, suficiente para afastar a perda da chance tanto dos danos emergentes, como dos lucros cessantes (CAVALIERI FILHO, 2014, p.101).

Entretanto, para a corrente que entende ser a perda da chance um dano autônomo em relação ao prejuízo final[9], parece ser mais correto filiar a perda da chance à noção de dano emergente. Afinal, considera-se a oportunidade como algo que já integrava o patrimônio da parte.[10] Confere-se, portanto, ares de certeza ao dano. Vale dizer: já havia uma oportunidade ao alcance da parte, que, em momento posterior, a viu sucumbir. E é por esta perda de algo

---

8 Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p.326), "Modernamente, pois, desvincula-se o conceito de dano da noção de antijuridicidade, adotando-se critérios mais amplos, que englobam não apenas direitos (absolutos ou relativos), mas também interesses que, porque considerados dignos de tutela jurídica, quando lesionados, obrigam à sua reparação."

9 Corrente esta à qual se filia neste estudo, como já visto alhures.

10 Ensina Orlando Gomes (2011, p.75): "Quando a perda consiste em efetiva diminuição do patrimônio, designa pela expressão damnun emergens. Quando representada pela frustração do ganho, lucrum cessans".

que já integrava o patrimônio da parte, e não de algo futuro, que o agente responderá (SAVI, 2006, p.102).

É de se indagar, ainda, acerca da possibilidade, na perda da chance, de serem cumulados danos de cunho patrimonial e extrapatrimonial, como resultados da mesma conduta. Para responder a tal indagação, de grande valia é invocar, novamente, o art. 944 do CC/02, que consagra o princípio da reparação integral. Portanto, se a indenização é medida pela extensão do dano, não devendo a vítima ficar descoberta, em implicando a perda da chance, no caso concreto, em violação de interesses patrimoniais e extrapatrimoniais, em tese será o caso de se indenizar a parte em ambos os aspectos.

Pode-se citar, por exemplo, o caso de um homem, vítima de erro médico, o qual acarretou a perda da mobilidade de um membro, perda esta que poderia ser evitada. Inegavelmente que restou, aí, violada a integridade física da vítima, um dos corolários do princípio da dignidade da pessoa humana (BODIN DE MORAES, 2010b, p.85). Parece estreme de dúvidas que, neste caso, haverá dano moral a ser reparado.

Pode ser, porém, que esta vítima estivesse, no momento em que lhe foi causado o dano injusto, em meio a um processo seletivo para assumir um emprego, procedimento do qual foi excluído em virtude da sequela. Neste caso, também lhe foi causado um prejuízo de cunho patrimonial, visto que perdeu a chance de ser selecionado para o emprego e, por conseguinte, de auferir o salário respectivo. Logo, se está diante de perda da chance que significou a coexistência de violação de interesse extrapatrimonial e patrimonial, ambos indenizáveis à luz do art. 944 da CC/02.

E se, até aqui, foi estudada a existência, passa-se, agora, ao segundo momento da análise da perda da chance, qual seja, a tormentosa questão relativa à sua quantificação. Assim, se em um primeiro momento é verificado se a chance perdida é real e séria, em um segundo momento analisa-se o quanto esta perda representa economicamente (SCHREIBER, 2011, p.93-94).

Como já mencionado anteriormente, o presente trabalho se filia à corrente segundo a qual a perda da chance se trata de dano autônomo em relação ao dano final. Porém, isso não impede que a quantificação da perda de chance se dê levando-se em consideração a probabilidade que havia de o benefício pretendido vir a ocorrer caso não houvesse a interrupção do fluxo causal. A rigor, faz-se a singela pergunta: qual era a chance de ocorrer o benefício pretendido caso o fluxo causal não fosse interrompido? Verifica-se que a

quantificação da perda da chance possui relação com o percentual de probabilidade de ocorrência do benefício pretendido.

Assim, sobre o montante correspondente à quantificação integral do benefício pretendido, aplica-se o percentual correspondente àquela probabilidade (SAVI, 2006, p.63). Em tese, a lógica é simples: se, por acaso, a probabilidade de verificação do benefício pretendido era de 80%, a vítima da perda da chance fará jus, a título de indenização, a valor correspondente a 80% da integralidade do benefício. Nota-se que, no exemplo, os 20% restantes são equivalentes ao aspecto aleatório, isto é, equivalerá à probabilidade de não ocorrer o benefício pretendido ainda que a cadeia factual tivesse chegado ao seu natural desfecho. Como consequência, o valor correspondente à perda da chance será, sempre, inferior ao valor atribuído ao prejuízo final. Afinal, o montante resultante sempre decorrerá da aplicação, a este, de um percentual, sempre inferior a 100% (SAVI, 2006, p.63).[11]

Portanto, o que se infere é que a análise probabilística de ocorrência do benefício final somente será relevante para fins de quantificação da indenização, e não de sua existência. Daí porque não será tal percentual o fator determinante para a constatação da seriedade, ou não, da chance perdida, mas sim da viabilidade econômica, ou não, da reparação da perda (SCHREIBER, 2011, p.94).

E é neste ponto que se verifica a inadequação da tese segundo a qual somente deve ser indenizada a perda da chance com mais de 50% de probabilidade de concretização.[12,13] Afinal, a se adotar tal filtro da reparação, estar-se-á deixando a descoberto inúmeras situações nas quais a indenização seria economicamente viável, em clara e frontal violação ao art. 944 do CC/02, que consagra o princípio da reparação integral.

---

[11] Invoca-se caso no qual, por equívoco de diagnóstico, a vítima perdeu oportunidade de se curar, vindo a falecer. Contudo, em que pese ter sido o acórdão fundamentado na perda da chance, a indenização dos danos materiais correspondentes aos gastos com o funeral foi fixada no valor integral, quando, a rigor, deveria ter sido aplicado sobre este valor o percentual de chances de recuperação, caso a vítima tivesse recebido o tratamento adequado (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC 0003110-72.2007.8.9.0061*. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. Julgamento: 06/09/2013. Órgão Julgador: 22ª Câmara Cível).

[12] Entendendo que são indenizáveis somente as perdas de chances com probabilidades de concretização superiores a 50%, vide Savi (2006, p.60).

[13] Quanto ao tema, vale remeter à crítica de Fernando Noronha, segundo o qual: "Diversamente do que às vezes se vê sustentar, não se exigirá a comprovação de um percentual maior que 50% [...]. Essa exigência tem raízes na chamada regra de ou tudo, ou nada, que em países do common law, sobretudo nos Estados Unidos, se entende ser prevalecente em matéria cível. Lá se fala no *preponderance of evidence standard, ou more likely than not, segundo o qual um fato deve ser considerado provado se it is more likely to be true than not true, ou seja, se there is grater than 50 percent chance that the proposition is true."* (NORONHA, 2013, p.700-701).

Daí porque, para fins de se atender ao que preceitua o art. 944 do CC/02, "mesmo chances reduzidas de sucesso (25%, por exemplo) podem dar ensejo à indenização" (SCHREIBER, 2011, p.94). Na verdade, qualquer percentual de probabilidade pode ser passível de levar a perda da chance a ser indenizada, desde que redunde em uma expressão econômica viável, conduzindo-se a um legítimo interesse na indenização.[14,15]

A mensuração da probabilidade deverá ser realizada por meio de cálculos estatísticos, levando-se em conta a análise de outros casos semelhantes. Ou seja, a repetição de casos levará à possibilidade de se mensurar a chance com maior precisão.

Há de se salientar, contudo, para a necessidade de se atentar às características do caso concreto e, em particular, para as características específicas da vítima (SCHREIBER, 2011, p.99). Cite-se como exemplo o caso de alguém que se dirigia para a realização de uma prova de concurso público e, no caminho, foi injustamente agredido, agressão esta que impossibilitou a vítima de chegar ao local do certame. Neste caso, parece clara a existência de perda da chance, na medida em que a pessoa se viu impossibilitada de obter o resultado final pretendido, qual seja, a aprovação no concurso.

Daí, já seria possível, em tese, estabelecer-se, mediante cálculos matemáticos e estatísticos, a probabilidade desta pessoa de obter sucesso na prova. Porém, devem ser analisadas, por exemplo, as seguintes variáveis, respeitantes a características específicas do candidato: ele já foi aprovado em outros concursos? Ele costuma ser reprovado já na primeira fase dos concursos? Ele costuma avançar às fases subsequentes? Todas estas questões devem ser consideradas para o estabelecimento de um panorama das chances do candidato. Se ele costuma avançar às fases finais dos concursos, parece claro que as suas chances de êxito são superiores em relação àquele candidato que não costuma avançar da primeira fase. Portanto,

---

[14] Exemplo de aplicação pelo e. STJ da teoria da perda de uma chance com percentual relativamente baixo de probabilidade de obtenção do benefício pretendido, foi o célebre caso do programa televisivo de perguntas e respostas "Show do Milhão", em que o percentual de chance considerado pelo e. STJ foi o de 25% (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 788459/BA*. Relator: Min. Helio Quaglia Barbosa. Julgamento:. 08/11/2005. Órgão Julgador: 4ª Turma).

[15] Vale mencionar julgado no qual, equivocadamente, d.v., o E. STJ negou indenização à parte autora sob o argumento de que "O resultado morte poderia ter sido evitado caso tivesse havido acompanhamento prévio e contínuo de cardiologista, caso tivesse havido acompanhamento mais próximo, no período pré-operatório? **Não há como fazer qualquer afirmação, mas é possível que sim**." (grifo nosso). Em outras palavras, o que ali se disse é que havia uma "chance de uma chance" de se evitar a morte caso houvesse acompanhamento médico mais estreito. Ora, o que é a "chance de uma chance" senão uma... chance? Ou seja, verificou-se uma autêntica chance perdida, bastando que fosse verificado na quantificação se aquela se traduzia em indenização economicamente viável, o que não foi feito. Portanto, o trecho que serviu de um dos fundamentos para que o STJ reformasse o acórdão estadual, a rigor, não possuía o significado que lhe foi dado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1104665/RS*. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgamento:. 09/06/2009. Órgão Julgador: 3ª Turma, grifo nosso).

as características pessoais da vítima são de suma importância para o adequado dimensionamento da chance pedida.

Quanto à verificação do percentual da probabilidade de ocorrência do resultado útil, a sua mensuração, por vezes, se torna deveras complicada. Entretanto, a fim de se observar fielmente o art. 944 do CC/02, a adequada apuração da probabilidade deverá ser realizada sempre que isso for possível.

Nos casos em que tal apuração for inviável, tal circunstância não poderá servir de fundamento, contudo, para uma não-indenização. Sendo assim, nestes casos, recorrer-se-á à técnica do arbitramento (GONDIM, 2010, p.137). Quando isto ocorrer, imperioso será que o juiz fundamente os valores arbitrados, devendo demonstrar o *iter* lógico por ele percorrido até chegar ao valor da indenização (SCHREIBER, 2011, p.100). É aconselhável que o juízo, ao arbitrar a indenização, informe expressamente o valor que entende seria cabível caso se estivesse indenizando o prejuízo final, aplicando-se, sobre tal valor, o percentual de probabilidade da chance, chegando-se, por fim, ao valor da indenização pela perda da oportunidade.[16,17]

Importante analisar, ainda, como se dará a fixação do quantum indenizatório quando a perda da chance implicar em indenização que comporte a cumulação de danos materiais com danos extrapatrimoniais. Nestes casos, certamente que a soma do dano patrimonial com o dano extrapatrimonial não deve atingir o valor corresponde ao prejuízo final. Afinal, em se atingindo tal valor, não mais se estará falando em indenização pela perda de uma chance, mas sim em indenização em razão daquele prejuízo final verificado.

---

[16] Como exemplo, tome-se um caso em que o dano final seria indenizado em R$ 100 mil, com uma probabilidade de concretização da chance de 80%. A indenização pela perda da oportunidade será, então, de R$ 80 mil.

[17] No que se refere à necessidade de o juiz demonstrar o raciocínio que o leva a arbitrar determinador valor a título de indenização, cabe mencionar o louvável exemplo do acórdão prolatado na apelação cível 98.001.14922, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, valendo transcrever o seguinte trecho:
"Partindo-se da verba de cem salários mínimos – que é o paradigma para a reparação do dano moral decorrente da injusta anotação do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes –, é a mesma majorada em face dos seguintes elementos colhidos nos autos:
- mais cem salários mínimos pela relevância de ser o entrevistado pessoa de reconhecido destaque social como Carlos Heitor Cony;
- outros cem salários mínimos porque a pessoa atingida é pessoa de notoriedade pública, no caso, Carmen Mayrink Veiga;
- outros cem salários mínimos pela utilização de expressões como "perua", "feia" e "monstruosa", de maior densidade de dano quando dirigida a pessoa do sexo feminino e da faixa etária da ofendida; e
- outros cem salários mínimos pela importância que tem a revista Playboy, editada pela recorrida, no contexto atual da comunicação social do País." (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC 98.001.14922*. Relator: Nagib Slaibi Filho (Juiz Convocado). Julgamento:: 09/03/1999. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível).

5 CONCLUSÃO

De início, pretendeu-se demonstrar, neste trabalho, que a Constituição erigiu a pessoa humana ao ápice do ordenamento. Demonstrou-se, ainda, que, conferindo unidade ao ordenamento, os princípios e valores constitucionais se espraiam pela inteireza desse, incidindo, diretamente, sobre as relações de direito civil.

Como consequência, o regime da responsabilidade civil também se encontra impregnado dos princípios e valores constitucionais, de modo que deve ser voltado para garantir a máxima tutela da pessoa humana. Modernamente, deve-se analisar a responsabilidade civil não com enfoque na conduta reprovável, mas sim no dano injusto. É neste contexto que se verifica o aumento das hipóteses de danos ressarcíveis, estando a perda da chance integrada a essas circunstâncias, e nelas ganhando relevo. Passa-se a considerar a própria chance como um bem jurídico.

Demonstrou-se, ainda, que a análise da perda da chance se dá em dois planos, quais sejam, o da existência e o da quantificação. Quanto ao plano da existência, de fato a chance em questão deve ser séria e real. Entretanto, tal seriedade não significa, como pensam alguns, uma probabilidade superior a 50% de que o benefício final viesse a ser alcançado. Não: deve-se desvencilhar a noção de "chance séria" do aspecto quantitativo. Assim, demonstrou-se que a "chance séria" deve ser entendida como aquela já surgida no contexto de um processo causal idôneo para conduzir, por si só, ao resultado final pretendido, sem que seja necessária a intercorrência de uma nova série causal.

Já o percentual probabilístico de ocorrer o benefício pretendido é relevante para fins de fixação do quantum indenizatório, devendo-se, pois, aplicar tal percentual ao que seria o valor integral correspondente ao ganho pretendido.

Fez-se, ainda, uma análise dos danos indenizáveis, levando-se em consideração as duas modalidades de perda da chance, quais sejam, a perda da oportunidade de obter uma vantagem esperada e a perda da oportunidade de se evitar a causação de um dano. Em ambos os casos notou-se que a chance é um bem jurídico autônomo em relação ao dano final. Portanto, o nexo causal nos casos de perda da chance liga a conduta do agressor à perda da chance, e não ao prejuízo final.

Demonstrou-se que o benefício pretendido será relevante, porém, para definir se a perda da chance será de cunho patrimonial ou existencial. A análise daquele benefício é que dirá se a perda da chance tem cunho patrimonial ou existencial.

E nos casos de perda da chance de cunho patrimonial, de forma coerente com a adoção da tese de que a perda da chance é um dano autônomo, chegou-se à conclusão de que ela possui a natureza de danos emergentes. Afinal, a chance é algo que já fazia parte do patrimônio da vítima.

Por fim, nota-se que na perda da chance, em razão do elemento aleatório, o valor da indenização sempre será uma fração do valor que seria atribuído ao benefício final, decorrente da aplicação do percentual de probabilidade a este último. Caso contrário, estar-se-ia indenizando o próprio dano final, e não a perda da chance.

Diante da relevância do percentual de probabilidade, esta sempre deverá ser aferida, cuidadosamente, sempre que possível, por meio de cálculos estatísticos. Mas isso não basta: devem ser analisadas as características específicas do caso concreto, inclusive características da própria vítima, a fim de se chegar a um percentual adequado. Entretanto, nos casos em que a verificação de tal percentual for impossível, isso não deve servir de justificativa para uma não indenização, devendo-se recorrer à técnica do arbitramento.

Em todos os casos, mesmo naqueles em que se recorre ao arbitramento, deve o julgador demonstrar qual o raciocínio empregado para se chegar ao valor final da indenização, até para fins de se possibilitar eventual impugnação.

REFERÊNCIAS

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010a. p.317-342.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010b. p.71-120.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 ago. 2016.

CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. *Omissão e dever de agir em direito civil.* Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e Responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.903, p.26-37, 2011.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v.840, p.11-36, 2005.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na perda de uma chance.* 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná-UFPR, Curitiba, 2010.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, n.63, p.69-94, 2008.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

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

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.81-102.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Org.). *Responsabilidade civil contemporânea*: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p.150-164.

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

SOUSA, Rafael Luiz Lemos. O juiz e o cálculo da indenização na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance na interposição de apelação civil intempestiva. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.86, p.23-39, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil-tomo III.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.3-19.