Revista IBERC

v. 5, n. 1, p. 29-59, jan./abr. 2022 www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc DOI: https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.190



TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE: NATUREZA DO DANO E APLICABILIDADE À SEARA MÉDICA

THEORY OF CIVIL LIABILITY FOR LOSS OF CHANCES: NATURE OF DAMAGE AND APPLICABILITY TO MEDICAL ISSUES

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho Vynicius Pereira Guimarães

RESUMO: O presente estudo busca investigar a natureza do dano gerado pela lesão à chance na legalidade civil-constitucional brasileira. Ademais, sob o paradigma da teoria dos efeitos da lesão, o trabalho avalia a aplicabilidade da teoria à responsabilidade civil médica.

ABSTRACT: The present study aims to investigate the nature of the damage created by the violation of chances in Brazilian Civil Law. Furthermore, the study aims to evaluate the applicability of the Loss of Chance doctrine to medical liability.

Palavras-chave: responsabilidade civil; teoria da perda da chance; direito médico; erro médico.

Keywords: tort law; civil liability; loss of chances doctrine; medical law; medical malpractice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Lesão à chance: a questão da natureza do dano. 2.1. Perda da chance e lucros cessantes. 2.2. A perda da chance como dano emergente. 2.3. A perda da chance como dano moral 2.4 A perda da chance como um *tertium genus*: a concepção ventilada pelo STJ. 3. A perda da chance e a teoria dos efeitos da lesão. 4. A teoria da perda da chance e a responsabilidade civil médica. 4.1. Perda da chance na seara médica: a chance de evitar um prejuízo. 4.2. Perda da chance de evitar um prejuízo: o problema da causalidade parcial. 5. A responsabilidade civil médica e a teoria da perda da chance: o necessário caminho inverso. 6. À guisa de conclusão. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Não obstante tenha adquirido contornos doutrinários e jurisprudenciais mais bem definidos no decorrer do século XXI, a teoria da perda da chance continua a gerar renovadas

i Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Representante da linha de pesquisa de direito civil no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Foi coordenador do Programa de Pós-Graduação, chefe do Departamento de Direito Civil e vice-diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Foi diretor jurídico do Procon-RJ (2011-2013). Membro do conselho editorial da revista eletrônica de direito civil Civilistica.com. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/RJ. Membro e coordenador da comissão de eventos científicos do Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil.

Membro e primeiro vice-presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil - IBERC. Mestre em direito da cidade e doutor em direito civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e parecerista em temas de direito privado. E-mail: carlosedison@cerm.adv.br / ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7792-9788

ii Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor de cursos de Pós-Graduação do CEPED/UERJ e da Puc-Rio. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogado. E-mail: vynicius.pguimaraes@gmail.com / ORCID: http://orcid.org/0000-0002-6153-2751

controvérsias.¹ O avançar da compreensão no sentido de que a lesão à chance pode gerar dano indenizável representa, de certo modo, consequência das mudanças por que passou o sistema de responsabilidade civil brasileiro nas últimas décadas em direção à tutela integral da pessoa humana em suas esferas existencial e patrimonial.²

Nesse contexto, questão seminal que tem atormentado doutrina e jurisprudência diz respeito à natureza jurídica do dano que se passou a conhecer, por influência francesa, como perda da chance.³ Para além disso, desenvolve-se amplo debate sobre sua aplicabilidade a determinadas searas, *locus* em que se destaca a chamada responsabilidade civil médica.

O presente artigo percorrerá, então, como roteiro, os desafios pertinentes à natureza da perda da chance para, em seguida, avaliar a efetividade da teoria a danos causados na seara médica.

2. LESÃO À CHANCE: A QUESTÃO DA NATUREZA DO DANO

O cerne da teoria da perda da chance consiste no reconhecimento, a partir da evolução do sistema de responsabilidade civil, de que um interesse jurídico – a chance – merece tutela independente. De nada mais trata a teoria, portanto, do que da autonomização do dano perda da chance em relação ao chamado dano final (vantagem perdida ou dano efetivamente perpetrado).⁴ Não foi pequeno o esforço dos tribunais franceses e, mais recentemente, brasileiros para a construção da oportunidade perdida como um interesse tutelável independente, de modo a se

¹ À guisa de exemplo, cita-se artigo recentemente publicado pela Revista do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil, em que a autora Silmara Domingues Araújo Amarilla debate a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na Responsabilidade Civil no âmbito do Direito de Família: AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. Mães que devoram: um ensaio sobre a perda de uma chance no âmbito dos materno-filiais. IBERC. vínculos In. Revista ٧. 4, n. 1, p. 65-82. 2021www.responsabilidadecivil.org/revista-ibercDOI: https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.155, p. 79: "A teoria da perda de uma chance encontra no Direito de Família e, ainda mais especificamente, nas relações materno/filiais, ambiente fecundo. A possibilidade de crescer - em todas as dimensões -, dissociando-se gradualmente de sua matriz cuidadora, para, então, no mundo, refazer novos pactos, é uma das conquistas mais benfazejas do indivíduo. Negar a alguém tal instância evolutiva, retirando-lhe a possibilidade de lidar, segundo as palavras de Winnicott, com o insulto do princípio da realidade, seus limites e sua lei, equivale ao despojo da maturidade e do integral desenvolvimento humano, condenando-se a prole devorada ao exílio permanente no corpo e psiguismo maternos". No âmbito do direito do trabalho, v. HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.

² A responsabilidade civil vive, nas palavras de Stefano Rodotà, um "inevitável redimensionamento". "Si osserva proprio che una respansione così marcata non è sostenibile dalla strutura propria dell'istituto, la quale, prima o poi, non reggerà al peso delle molteplici funzioni che gli sono state imposte e conoscerà um inevitable redimensionamento". (RODOTÀ, Stefano. Modelli e funzioni dela responsabilità civile. Rivista Critica del diritto privato. Anno II, n. 3, settembre 1984).

Para um debate sobre o redimensionamento da responsabilidade civil e sobre as funções que o instituto exerce no direito civil brasileiro, v. ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*: a reparação e a pena civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

Para a análise da etiologia do princípio da reparação integral e de seus fundamentos existencial e patrimonial, ver: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *civilistica.com*, v. 7, n. 1, p. 1-25, maio 2018.

³ O primeiro julgado a abordar o tema data de 1990, de relatoria do então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Ruy Rosado de Aguiar Júnior, por influência de palestra proferida por François Chabas (*La perte d'une chance em droit français*), em maio daquele ano, na UFRS. Sobre o tema, v. CHABA, François. *Leçons de droit civil*, vol. 1, t. II, 9ª ed. Paris: Montchrestien, 1998.

⁴ A expressão *dano final* pode referir-se tanto a uma quanto ao outro, a depender da modalidade de aplicação da teoria.

permitir a concessão de indenização pela *supressão da "mera" possibilidade de obter certa* vantagem e não pela perda da própria vantagem em si.⁵

Há verdadeira miríade de manifestações jurisprudenciais e doutrinárias, que, de forma pouco técnica, veem na chance perdida por vezes uma espécie de dano moral, por outras, de lucro cessante e, até mesmo, de dano emergente. Há, inclusive, quem vislumbre na perda da chance uma espécie nova de dano ⁶. ⁷ Deve-se investigar, portanto, cada um desses posicionamentos, a bem de se tentar apontar rumo seguro à solução do problema da natureza da *perda da chance* no ordenamento jurídico brasileiro, o que se dará, neste trabalho, por via da *teoria dos efeitos da lesão*.

Uma vez reconhecida a chance como um interesse juridicamente tutelável, passa-se a questionar quando e de que forma a lesão a este bem deve ser reparada pelo sistema de responsabilidade civil. Para tanto, cumpre investigar a natureza do dano gerado pela lesão à chance.

2.1 Perda da chance e lucros cessantes

Aqueles que consideram a perda da chance uma espécie de lucro cessante acabam por negar a existência da chance como um interesse autônomo, pois vinculam a reparação de sua perda a uma presunção de que ocorreria o dano final. Carvalho Santos, por exemplo, ao exigir, para que haja responsabilidade do advogado, a prova de que o recurso, acaso interposto, seria provido, aproxima a chance perdida da ideia de lucro cessante e deslegitima a própria aplicação da teoria.8

Fato é que perda da chance e lucros cessantes não se confundem. Contudo, sabe-se que a reiterada necessidade de se distinguir dois institutos raramente provém do acaso. Como se deve imaginar, ambos os danos se igualam em determinados aspectos, mas confundi-los importa ora em negar a indenização das chances perdidas — quando não se puder presumir o dano final como algo que *razoavelmente se deixou de lucrar* —, ora em indenizar a vítima pela perda da própria vantagem e não pela lesão à oportunidade de obtê-la — quando for possível presumi-lo —, o que significa, ao fim e ao cabo, *transformar a chance em realidade* pela via judicial. Ambas as consequências se mostram indesejáveis. Dessa forma, deve-se buscar distinguir as espécies.

Os lucros cessantes são definidos pelo artigo 402 do Código Civil⁹ como aquilo que o

⁵ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3.

⁶ No mesmo sentido é a análise de CAVALIERI FILHO, Sergio: A que título deve ser concedida a indenização pela perda de uma chance? Por dano moral ou material? E neste último caso, a título de dano emergente ou de lucro cessante? Essa questão é controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance, ainda que não se refiram à expressão, a título de lucros cessantes; outras vezes como dano moral" (*Programa de responsabilidade civil.* 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 102).

ROCHA, Nunes Santos. A "perda de chance" como uma nova espécie de dano. Coimbra: Almedina, 2011.
 Cf. CARVALHO SANTOS, João Manoel de. Código Civil Brasileiro Interpretado principalmente sobre o ponto de vista prático. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI.

⁹ 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.

ofendido razoavelmente deixou de lucrar em razão do ato imputável ao infrator. A doutrina define o lucro frustrado (*lucrum cessans*) como o reflexo futuro do ato lesivo sobre o patrimônio da vítima, consistindo, assim, "na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima" ou, por outro viés, nos ganhos que resultariam do curso normal dos fatos e das circunstâncias, que se teriam verificado naturalmente caso não houvesse a interferência do evento danoso, sem que para isso seja necessário juízo de certeza absoluta. 11

Tratam os lucros cessantes, portanto, da condenação atual pela evolução de um fato danoso – já devidamente verificado – em um prejuízo futuro. Tal espécie de dano pode ser verificada no didático exemplo do taxista que, ao sofrer grave acidente em seu automóvel, passa semanas impossibilitado de trabalhar, fazendo jus à indenização por aquilo que razoavelmente deixou de lucrar no período em que não tinha a posse de seu automóvel.

Como traduzem os ganhos que resultariam do curso normal das coisas e das circunstâncias que teriam se verificado naturalmente caso não houvesse a interferência do evento lesivo, os lucros cessantes dispensam, para sua configuração, um juízo de certeza absoluta, 12 o que os aproxima, de certo modo, da perda da chance, já que ambos carregam um quê de aleatoriedade e lançam mão do princípio da razoabilidade. 13 Não obstante a aproximação, as categorias de dano não devem se confundir.

No caso dos lucros cessantes, o conjunto fático-probatório extraído do caso concreto permite ao intérprete presumir o dano futuro como certo. Isto é, se o taxista, por reiterados meses, percorreu um número X de quilômetros diariamente e comprovadamente auferiu renda de Y, devese, em nome do princípio da reparação integral dos danos, pressupor, em um juízo de *probabilidade objetiva*, 14 que continuaria lucrando não fosse pelo ato lesivo que o impediu de trabalhar. Em razão disso, alguns autores vislumbram nos lucros cessantes a certeza do dano futuro. 15

-

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 95.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (org.) et al., *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, Volume II. Rio de Janeiro, Renovar: 2004, p. 727.

Pois, como afirma a doutrina de GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz: "Se na apreciação dos lucros cessantes fosse demandada uma certeza absoluta, estar-se-ia exigindo do lesado, em realidade, o que a doutrina costuma chamar de 'prova diabólica', isto é, uma prova impossível de se produzir. A mera possibilidade de dano não é capaz, conforme já se explicou, de ensejar o dever de indenizar. Contudo, tratando-se de lucros cessantes, a probabilidade (objetiva), que é a expectativa que se coloca entre a 'mera possibilidade' e a 'certeza absoluta', por si só já é suficiente para obrigar o ofensor a reparar o dano" (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros Cessantes: Do bom senso ao postulado normativo da razabilidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 92-93)

¹³ "Vê-se que qualquer conceito de lucros cessantes traz em seu bojo uma parcela de incerteza e probabilidade, no que se aproxima da figura da indenização pela perda da chance" (FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.), *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, pp. 217-218).

¹⁴ Sobre o juízo de probabilidade objetiva, v. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes*: Do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 90 e ss.

¹⁵ Nesse sentido, MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil:* responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 161: "Da mesma forma, distingue-se o dano decorrente da perda da chance e os lucros cessantes (tudo o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar), em vista do fato que, em relação a esses últimos, há certeza quanto à sua ocorrência".

Dessa forma, "aos lucros cessantes não importam quaisquer outros fatores que pudessem ter ocorrido no processo aleatório em que se encontrava a vítima". Por critérios objetivos (v.g análise do lucro pregresso do taxista), torna-se possível indenizar a vítima, pois da análise do caso concreto extrai-se a presunção um dano futuro como certo.

Deve-se notar também que, no tocante aos lucros cessantes, o princípio da razoabilidade atua no âmbito da *quantificação* do dano futuro. Ou seja, investiga-se quanto, *razoavelmente*, lucraria o taxista caso não ficasse privado do uso de seu automóvel, devendo ser atribuída indenização à vítima correspondente ao valor que teria auferido se os fatos se desenrolassem dentro de seu curso normal.

Por outro lado, na teoria ora estudada, o juízo de razoabilidade é feito em momento logicamente anterior. Explica-se: ao aferir a seriedade-razoabilidade da oportunidade perdida, o intérprete perquire se a chance caracteriza ou não interesse merecedor de tutela. Em caso afirmativo, presente estará o *an debeatur*. Em caso negativo, não poderá haver responsabilização pela perda da chance visto a ausência do requisito para a configuração de sua ressarcibilidade. Repita-se: na perda da chance, o que se extrai da vítima é a *oportunidade* de auferir determinado benefício ou de evitar certo prejuízo, enquanto, na hipótese de lucros cessantes, em razão de uma análise objetiva do caso concreto, a lesão não é à chance de obter determinada vantagem, mas, presumidamente, à vantagem em si, cujo *quantum* é revelado diante de uma análise de razoabilidade.

Importante atentar que o parâmetro de razoabilidade ora proposto não se confunde com análises numérico-probabilísticas. Isto é, para a configuração do *an debeatur* – existência da chance como interesse tutelável – não se faz necessário que haja uma alta probabilidade de ganho. 16 Veja-se o multicitado caso do "Show do Milhão" (*supra*), em que, mesmo com reduzida probabilidade de acerto (25%), foi reconhecido o direito à indenização. 17

O estudo probabilístico entre a chance perdida e o resultado final se faz mais relevante no momento posterior: a etapa de quantificação do dano. Vale dizer: uma vez considerada razoável, está presente o *an debeatur*. Em seguida, verifica-se qual a probabilidade de a chance ter produzido o efeito benéfico (ou evitado o malefício) diante do curso natural dos fatos. E é desta análise probabilística que se extrairá o *quantum debeatur*.

Ou seja, recurso principiológico da razoabilidade é trazido de forma diversa em uma e outra situação. No caso dos lucros cessantes, fala-se na razoabilidade como meio para sua quantificação. A vítima, nesses casos, não perde a *chance de obter* uma vantagem, mas sim a *própria vantagem*, cujo valor será calculado por um juízo de razoabilidade de acordo a certo padrão

1

¹⁶ Sobre os posicionamentos a respeito do juízo probabilístico, v. FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial na contractação pública)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 200 e ss.

¹⁷ No mesmo sentido, v. ABELHA, André; NETTO, Antonio Evangelista de Souza. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance nos negócios imobiliários*. Publicado em 1.6.2021. link: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/346428/responsabilidade-civil-pelaperda-de-chance-nos-negocios-imobiliarios. Acesso em 30.8.2021: "se há chance economicamente valorável, há dever de indenizar, ainda que pequeno, não importa seu percentual de possível concretização. Se aceita tal premissa, talvez evitemos discussões que no fundo são estéreis, melhorando a expectativa de se encontrar terra firme, com menor insegurança jurídica, maior previsibilidade, e mais justiça na decisão".

objetivo de probabilidade que resulte do curso normal das coisas e das circunstâncias do caso concreto. 18 A essa vantagem perdida se dá o nome *lucros cessantes*.

Em síntese: o taxista, ao ficar privado do uso de seu carro, não perde a chance de lucrar com as corridas, mas o lucro das corridas em si. Em um caso clássico da perda da chance, por exemplo, o cliente do advogado que deixa de interpor o recurso não perde o valor que deixou de lucrar com o acórdão de segunda instância, mas a chance de obter essa vantagem. Nessa esteira, a reparação do dano final (perda da vantagem esperada) em vez da reparação da oportunidade de obtê-la traduz a indesejável confusão da supressão da oportunidade com o lucro cessante, o que tem sido tratado pela doutrina especializada como um "pecado capital" na aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda da chance. 19

A distinção entre ambos os institutos pode ser encarada por outra perspectiva. Em casos de lucros cessantes, é possível a referência a um curso natural dos fatos que trariam lucros razoavelmente esperados ou previsíveis ao ofendido. Isto é, insistindo no incansável exemplo do taxista, ele não tem uma simples chance de auferir determinada vantagem. Detém, efetivamente, uma expectativa legítima de lucro que o curso natural dos fatos lhe traria não fosse o ato lesivo, a permitir o uso da técnica da presunção da certeza do dano futuro para calcular o quantum indenizatório. Desse modo, como afirma refinada doutrina, quando há nexo causal entre a conduta do réu e a perda da vantagem esperada, trata-se de caso clássico de lucros cessantes, em que "a teoria da perda de uma chance não é chamada a depor".²⁰

Na hipótese de perda da chance, ao revés, não se pode falar em curso normal dos fatos nem em lucros esperados ou previsíveis, já que, não houvesse o ato lesivo, nada poderia garantir que a vantagem seria obtida ou que o prejuízo seria evitado.²¹ Não por outro motivo, afirma a doutrina que "se os lucros cessantes tentam recolocar a vítima na posição em que ela se encontraria caso não ocorresse o evento danoso, a reparação da perda da chance jamais poderia

¹⁸ "O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares do caso concreto" (AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 827). Como bem notou o TJRJ ao reformar decisão de primeiro grau que concedeu a reparação pleiteada a título de lucros cessantes: "Quanto à irresignação à condenação em lucros cessantes, entendo assistir razão ao apelante Paulo Sérgio. Isso porque, o autor não logrou êxito em comprovar a redução pecuniária sofrida durante o período em que ficou afastado do trabalho, contudo, percebendo auxílio previdenciário. Aliás, limitou-se a alegar que deixou de realizar "bicos diários", que giravam em torno de R\$ 300,00 (trezentos reais). Tal alegação, contudo, é genérica, não havendo prova nos autos do quantum de redução efetivamente teve no seu orçamento. Registre-se, que a ratio dos lucros cessantes é compensar a parte reclamante pela ausência de percepção de renda ao longo do período de incapacidade, decorrente do evento danoso. Senão isso, a percepção a menor da renda mensal comumente aferida. (TJRJ, Ap.Civ. 0012033-50.2010.8.19.0007, 23ª C.C, rel. des. Marcos Andre Chut, julg. 13.3.2020).

^{19 &}quot;Ressalte-se, uma vez mais, que a reparação do dano final (perda da vantagem esperada) é um dos únicos 'pecados capitais' na aplicação da teoria da perda de uma chance" (SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007, p. 208).

²⁰ SILVA. Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007, p. 208.

²¹ "Em outras palavras, na perda de chance, ao contrário do que ocorre nos lucros cessantes, não se pode falar em curso normal dos fatos, ou em lucros esperados ou previsíveis, eis que a perda da chance comporta necessariamente uma álea e uma incerteza mais profundas, vinculadas muitas vezes a fatores externos ao evento danoso e ao causador do dano" (FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (org.), Problemas de Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 218).

se pretender a esse objetivo".22

Pode-se dizer que os lucros cessantes, de certo modo, contemplam a hipótese em que uma chance seria tão real e tão séria a ponto de não se chamar de chance (pois uma chance de 100% constitui uma contradição em termos), a ensejar uma forma diversa de reparação. Nesse sentido, a doutrina tem-se referido à perda da chance como uma categoria intermediária entre os danos hipotéticos-eventuais e os lucros cessantes.²³

Desse modo, afirmar que as hipóteses de aplicação da teoria devem ser resolvidas pela sistemática de reparação dos lucros cessantes é negar a chance como interesse tutelável autonomamente e, portanto, rejeitar a reparação dessa espécie lesiva no direito brasileiro. Concluise, portanto, que a lesão à chance não poderá gerar lucros cessantes, sob pena de se criar um paradoxo no sistema de responsabilidade civil. A dizer: ou bem se estará diante de uma chance perdida (perda da chance) ou de um dano atual cujos efeitos se projetarão no futuro, considerado, por isso, juridicamente considerado como certo (lucros cessantes).

2.2 A perda da chance como dano emergente

No Direito italiano, Adriano de Cupis foi um dos primeiros autores a compreender a perda da chance como dano emergente. Segundo o professor da Università di Perugia, embora incerto o sucesso, a possibilidade de vitória já é certa no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída, de modo que se estaria diante não de um lucro cessante em razão da inocorrência da futura vitória, mas de um dano emergente decorrente da perda da atual possibilidade de vitória que se frustra.²⁴

A valer, grande parte da doutrina que reconhece na chance um interesse tutelável autonomamente o faz sob a compreensão de que sua perda é sinônimo de um dano emergente, que provém da violação a um bem (a chance) já existente no patrimônio da vítima no momento do ato lesivo.²⁵

Dessa maneira, Agostinho Alvim defende, na hipótese em que o dono de um animal "havido como raridade" é privado de participar de concurso pela perda do bicho, que é inegável

-

²² FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.), *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 218.

²³ "Entre as hipóteses de dano futuro juridicamente considerado como certo e aquelas em que ele é meramente eventual ou hipotético e, portanto, não indenizável, situam-se os casos em que a conduta culposa do agente faz com que a vítima perca *a chance* de auferir um lucro ou de evitar um prejuízo" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 733).

²⁴ No original: "La vittoria à ssolutamente incerta, ma la possibilità di vittoria, che il creditore ha inteso garantirsi, già existe, magari in proporzioni ridotte, al momento in cui si verifica il fato per effeto del quale resta escluisa: cosicchè si è in presenza non già di un danno lucro cessante in ragione dell'impedita futura vittoria, ma di un dano emergente in ragione dela frustrata attuale possibilità di vittoria" (DE CUPIS, Adriano. Il danno: teoria generale dela responsabilità civile, v. 2. Milano: Giuffrè, 1966, p. 264).

²⁵ Há, ainda, quem entenda a perda da chance como uma subespécie de dano emergente: AZEVEDO, Walter de Medeiros; BEZERRA JÚNIOR, José Albenes. Teoria da perda de uma chance na ótica do direito brasileiro. Juris Rationis. *Revista Científica da Escola de Direito da Universidade Potiguar*, Natal, ano 5, n. 1, out. 2011/mar. 2012.

que, por deter, antes de participar do concurso, a possibilidade de receber o prêmio como vencedor, o animal possuía um preço maior de negociação. Esse *a mais* que o animal valia, compreendido na chance de vencer o prêmio, compunha o patrimônio ativo de seu dono, a permitir a indenização por sua perda.²⁶ De modo semelhante parecem se posicionar Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Maria de Serpa Lopes, que admitem o valor patrimonial da chance e a possibilidade de indenização por sua perda.²⁷

Estudo monográfico sobre o tema já afirmou inclusive que a perda da chance deve ser considerada uma subespécie de dano emergente.²⁸ O autor, ao compreender a chance como um bem de propriedade anterior da vítima, insere sua perda no conceito de dano emergente, pois, assim, "elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado, indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado".²⁹

Embora nada diga a respeito o Código Civil, entende-se há muito que não se reparam no Direito brasileiro os danos eventuais ou hipotéticos, devendo a vítima, a fim de obter indenização, provar a certeza e a atualidade do dano que deseja ver reparado. Diz-se atual o dano que existe no exato momento do ato lesivo e certo é o dano fundado sobre fato preciso e não sobre hipótese.³⁰ Assim, não se indenizariam os danos futuros e hipotéticos.

O requisito da certeza do dano revelava-se o maior óbice à aceitação da tutela das oportunidades aleatórias pelo Direito brasileiro. Dizia-se que, por se tratar de dano eventual e hipotético, a lesão à chance não poderia ser reparada. Com efeito, a compreensão da chance

²⁶ "Suponha-se que alguém vai concorrer em um certame, onde apresentará um animal havido como raridade, de modo a candidatar-se a um grande prêmio. Todavia, a pessoa incumbida da sua guarda deixa-o perecer, num acidente que poderia ter evitado. Ora, se o dono do animal, ao demandar o prejuízo, incluir aí o prêmio, é certo que sua pretensão terá que ser repelida. Tal lucro era hipotético. Mas é inegável que o animal, antes do certame, e tendo probabilidade de ganhar o prêmio, tinha o seu valor acrescido, nesse momento, podendo por isso mesmo ser negociado por maior preço. Esse *a mais*, que ele valia, entrava como

momento, podendo por isso mesmo ser negociado por maior preço. Esse *a mais*, que ele valia, entrava como elemento ativo no patrimônio de seu dono. De modo que, se o que se pede é esse *a* mais, e não o prêmio, não se está no terreno da fantasia e, sim, do real" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 194).

²⁷ "Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que a possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance". (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, v. II: Obrigações em Geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 391). Cf., ainda, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 42.

²⁸ "A perda de uma chance, como visto, ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores, deve ser considerada em nosso ordenamento como subespécie de dano emergente" (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance.* São Paulo: Atlas, 2006, p. 102.).

^{29 &}quot;Ao se inserir a perda da chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda da chance de obter o resultado útil esperado (a vitória da ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial)". (SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 102). Agostinho Alvim, ao tratar da responsabilidade civil do advogado por perda da chance de reverter sentença desfavorável, afirma, sobre a prova do nexo causal: "e essa prova existirá, desde que se estabeleça que a falta de interposição do recurso foi o fator que reduziu a zero o valor de um crédito que, não obstante a sentença desfavorável de primeira instância, ainda valia alguma coisa" (ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 193). 3º "O prejuízo deve ser certo, é regra essencial da reparação. Com isto se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação" (AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 977)

perdida como dano emergente promoveu uma evolução no ressarcimento de tais prejuízos, já que desvinculou a chance perdida (que deve ser certa) do dano final (incerto por sua própria natureza).

Desse modo, a *certeza* e a *atualidade*³¹ devem recair sobre a perda da possibilidade em si e não sobre o dano final, já que este, justamente por se vincular a um processo aleatório, nunca poderá ser certo, ainda quando muito provável. Nesse sentido é a lição da doutrina: "Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; (...) Não se exige a certeza do dano, basta a certeza da probabilidade. Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance".³² Ou seja, havendo a chance tutelável, será verificado se o ato do pretenso ofensor causou sua perda. Se o for, certo e atual será o dano, cabendo indenização.

A certeza provém em razão de o fato lesivo ser causa direta do prejuízo, já que a perda da chance pressupõe "um nexo causal, não mais entre o fato do réu e a perda da vantagem, mas sim entre este fato e a chance perdida". 33 Como o ato do réu suprime da vítima a chance de obter o resultado desejado, é entre ele (o ato lesivo) e a perda da chance que deve estar presente o liame de causalidade.

Pode-se dizer que doutrina e jurisprudência, ao justificarem a reparabilidade autônoma da chance perdida por se tratar de um interesse que já compunha o patrimônio lesado, conferem ao prejuízo, embora não explicitamente, a qualificação de *dano emergente*. Assim procedeu-se nos acórdãos prolatados por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e na decisão do Superior Tribunal de Justiça que conferiu indenização ao participante do "Show do Milhão".³⁴

A compreensão da perda da chance como dano emergente se, por um lado, carrega o mérito de reconhecer na oportunidade perdida um interesse digno de tutela autônoma, por outro, revela-se insuficiente, já que nada impede que da violação à chance decorra um dano de natureza extrapatrimonial, como se verá adiante.

³¹ Sobre o requisito da *atualidade* do dano, interessante a lição de Aguiar Dias baseada em H. e L. Mazeaud, Sourdat e Lalou: "Não há, pois, que distinguir, para efeitos de responsabilidade, entre dano atual e dano futuro. Todos os autores concordam em que a distinção a fazer, nesse sentido, é tão-somente se o dano é ou não certo. Mera confusão, que não pode ser classificada como erro, de certos bons autores, é, pois, caracterizarem o dano como atual e certo, futuro e eventual" (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 825).

 ³² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99.
 33 CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. Revista dos Tribunais, a. 101, v. 922, p. 161, ago/2012.

³⁴ "Recurso Especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 788459/BA*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em 8.11.2005).

2.3 A perda da chance como dano moral

Colabora para as dúvidas acerca da natureza jurídica das chances perdidas a profusão de julgados em que sua reparação se realiza a título de compensação por dano moral. Em princípio, como será analisado, não há óbice técnico para que a perda da chance configure dano de natureza extrapatrimonial. Nada obstante, o problema se coloca quando a jurisprudência se utiliza da técnica de compensação dos danos morais a fim de reparar chances de conteúdo eminentemente patrimonial cuja perda gera dano exclusivamente material.

Em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, analisou-se o pedido de indenização feito por um ex-empregado em face da empresa empregadora por informações desabonadoras e inverídicas que havia fornecido para outros possíveis empregadores. O Tribunal, embora reconhecendo a chance perdida como interesse tutelável, afirmou que "tal prejuízo encontra-se na esfera dos danos morais, devendo ser levado em conta quando do arbitramento destes". A decisão merece críticas justamente porque a possibilidade de conseguir um trabalho remunerado encerra conteúdo precipuamente material, não se devendo falar, em princípio, de dano moral. ³⁵

Em caso sobre a perda da chance de ter um recurso apreciado pela instância superior, o TJSP consignou que é evidente que em tal situação, há dor moral causado à cliente, há sensível baixa de autoestima para aquele que confiou em um advogado e viu que este deixou de prestar, de forma correta, o serviço especializado para o qual foi contratado, condenando o réu à indenização por perda da chance da parte autora.³⁶

A utilização da categoria do dano moral para reparação da perda de chances pode ser explicada pelo fato de que, na tradição jurídica brasileira, o dano patrimonial deva ser numericamente demonstrado, enquanto o *quantum* indenizatório relativo ao dano moral é revelado por meio de arbitramento judicial, dispensando o magistrado de cálculos probabilísticos em cima dos quais recairá a teoria da diferença, norte das reparações patrimoniais. Muito embora simplifique a elucidação do *quantum debeatur*, a técnica não parece ser a mais adequada para indenizar as lesões às chances das quais provierem dano de natureza exclusivamente patrimonial.³⁷

Observe-se que, como se verá adiante, não há óbice para que da lesão à chance decorra dano de natureza extrapatrimonial, o que se crítica é tão somente a caracterização da perda da chance como dano moral quando se revelar clara a natureza material do prejuízo gerado. Nos

³⁵ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. *Apelação Civil nº 70003568888*. Segunda Câmara. Relator : Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Julgado em: 27.11.2012.

³⁶ São Paulo. Tribunal de Justiça. *Apelação Civil nº* 01195333820098260001. Relator: Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho. Julgado em: 10.12.2012.

³⁷ Raciocínio semelhante é exposto por SILVA, Rafael Peteffi da: "A propósito, o arbitramento dos danos extrapatrimoniais obedece a critérios menos rígidos do que aqueles respeitados na quantificação dos danos patrimoniais, que seguem o critério da diferença. Pela dificuldade de quantificar certos danos patrimoniais apresentados pela perda de uma chance, talvez a jurisprudência brasileira esteja criando uma corrente que tende a considerá-los como uma subespécie de danos extrapatrimoniais, posto que estes estão sujeitos a um subjetivismo mais acentuado na sua quantificação" (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007, p. 197).

casos em que realmente se tratar de dano extrapatrimonial, o arbitramento do *quantum* indenizatório se fará necessário, dispensando-se a teoria da diferença, mas sem nunca perder de vista as análises probabilísticas e de razoabilidade inerentes à aplicação da teoria.³⁸

Em 2015, por exemplo, foi a julgamento no STJ o caso de um sujeito que faleceu em razão ao não-fornecimento culposo de determinado medicamento pelo Município e pelo Estado do Rio de Janeiro, que, após terem sido obrigados por sentença judicial a oferecê-lo, não o fizeram. Na hipótese, os entes federativos, com fundamento na teoria da perda de uma chance, foram condenados, de forma solidária, ao pagamento de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), a título de indenização por danos morais, decorrentes da demora no cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos, o que ocasionou a morte do marido da parte autora.³⁹

Em casos como o narrado, a chance detém conteúdo eminentemente existencial, de modo que a lesão a tal interesse jurídico gera, sobretudo, dano moral, a justificar sua indenização na forma de arbitramento, própria dos danos extrapatrimoniais.⁴⁰ Insista-se, contudo, que, ainda assim, os parâmetros de razoabilidade e probabilidade não poderão ser abandonados pelo magistrado.⁴¹

Vê-se, portanto, que a perda da chance pode configurar tanto dano patrimonial (modalidade dano emergente), quanto dano extrapatrimonial. Em princípio – e somente em princípio, insista-se uma vez mais –, quando a possibilidade perdida contiver conteúdo patrimonial, tratar-se-á de dano patrimonial (dano emergente) e, quando se revestir de natureza existencial, de dano moral. Porém, como será analisado no item 3 a seguir, a natureza do interesse lesado não condiciona a natureza do dano. O mecanismo teórico para tal compreensão será analisado em breve.

Antes, contudo, cabe ressaltar que o STJ vislumbrou uma terceira via para a qualificação do dano gerado por chances perdidas. Em alguns julgados, a Corte afirmou que a perda da chance configura uma terceira (ou quarta, a contar com os lucros cessantes) espécie de dano indenizável.

³⁸ Na lição de NORONHA, Fernando: "A diferença em relação aos demais danos está em que esse dano será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado. O grau de probabilidade é que determinará o *valor da reparação*". (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 666).

³⁹ O acórdão é a seguir ementado: "Administrativo e processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Alegada ofensa ao art. 535 do cpc. Inexistência. Responsabilidade civil do estado. Teoria da perda de uma chance. Demora no cumprimento de decisão judicial, que condenara o município e o estado do rio de janeiro, ao fornecimento de medicamento. Morte do paciente. Acórdão do tribunal de origem que, à luz das provas dos autos, concluiu pela responsabilidade de ambos os entes públicos, bem como pela presença dos requisitos ensejadores do dever de indenizar. Valor dos danos morais. Reexame de provas. Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo no Recurso Especial nº 173148/RJ*. Segunda Turma. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Julgado em: 3.12.2015).

⁴⁰ Para uma abordagem dos danos extrapatrimoniais, v. SOARES, Flaviana Rampazzo. Definição dos contornos dos danos extrapatrimoniais, a partir de uma abordagem comparada. *Revista Eletrônica ad judicia – REAJ*, ano I, v. I, p. 1-39, out./dez. 2013.

⁴¹ O ponto pode ser reforçado com hipótese apresentada por Rafael Peteffi da Silva: "Bom exemplo poderia ser encontrado em uma demanda judicial em que a pretensão do autor fosse pela recuperação da guarda de um dos filhos, na qual a decisão prolatada em primeiro grau, desfavorável ao autor, possuísse boa chance de ser revertida em instância superior. Nessas hipóteses, caso o advogado perdesse o prazo para interpor o recurso de apelação, a chance perdida pelo autor teria a natureza de dano moral, já que o bem perseguido pelo autor da demanda não possui valor patrimonial" (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007, p. 201).

Veja-se a seguir uma breve análise do posicionamento adotado pelo STJ.

2.4 A perda da chance como um tertium genus: a concepção ventilada pelo STJ

O Superior Tribunal de Justiça proferiu reiteradamente entendimento no sentido de que a perda da chance configura a responsabilização do agente causador não por dano emergente nem por lucros cessantes, mas sim por uma espécie intermediária de dano. O posicionamento foi levantado inicialmente por voto do Min. Luís Felipe Salomão em julgamento de Recurso Especial⁴² datado de 16.11.2010 (e informativo nº 456 da Corte), que tratou da perda da chance provocada por um advogado ao seu cliente.⁴³ Em 2018, no julgamento do Recurso especial nº 1.540.153-RS, a Corte manteve o posicionamento, ao destacar: "Na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado".⁴⁴

De acordo com o Tribunal, a perda da chance deve ser compreendida como a lesão a justas expectativas (razoáveis, sérias e reais) detidas por um indivíduo, então frustradas. O entendimento foi bem retratado por Sergio Cavalieri Filho, para quem há uma "forte corrente" que qualifica a perda da chance como um terceiro gênero de dano, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. O autor, embora não se posicione explicitamente, cita alguns julgados do STJ sobre a matéria, a fim de fundamentar o raciocínio.⁴⁵

Não obstante a corrente do STJ, a compreensão da natureza das chances perdidas como um *tertium genus* não se pode dizer consolidada em sua jurisprudência. Isto porque a Corte tem se utilizado da teoria da perda da chance para reparar, por exemplo, danos causados na seara

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo no Recurso Especial nº 1190180/RS*. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 16.11.2010.

⁴³ Informativo 456 do STJ: "A teoria de perda de uma chance (*perte d'une chance*) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas. Nos casos em que se reputa essa responsabilização pela perda de uma chance a profissionais de advocacia em razão de condutas tidas por negligentes, diante da incerteza da vantagem não experimentada, a análise do juízo deve debrucar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo eventualmente perdida por desídia do causídico. Assim, não é só porque perdeu o prazo de contestação ou interposição de recurso que o advogado deve ser automaticamente responsabilizado pela perda da chance, pois há que ponderar a probabilidade, que se supõe real, de que teria êxito em sagrar seu cliente vitorioso. Na hipótese, de perda do prazo para contestação, a pretensão foi de indenização de supostos danos materiais individualizados e bem definidos na inicial. Por isso, possui causa de pedir diversa daquela acolhida pelo tribunal a quo, que, com base na teoria da perda de uma chance, reconheceu presentes danos morais e fixou o quantum indenizatório segundo seu livre arbítrio. Daí, é forçoso reconhecer presente o julgamento extra petita, o que leva à anulação do acórdão que julgou a apelação".

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo no Recurso Especial n*° 1.540.153/RS. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 17.4.2018.

⁴⁵ "Sustentam os defensores desse entendimento ser essa a maneira mais eficiente para resolver toda a perplexidade que a apuração do nexo causal pode suscitar", afirma o autor, citando o REsp 1254141, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 101).

médica e o faz, no mais das vezes, a título de danos morais. 46-47

Com efeito, deve-se reconhecer que é possível identificar na chance perdida ora um prejuízo de natureza patrimonial, que, por ser desprendido ao dano final, será identificado sempre como dano emergente; ora um dano de cunho existencial. Tal fenômeno pode ser melhor compreendido sob a perspectiva da identificação do dano como efeito da lesão, na chamada teoria dos efeitos da lesão, segundo a qual o dano traduz efeito da lesão e sua qualificação decorre das consequências produzidas na vítima e não necessariamente da natureza do interesse juridicamente tutelado.

Dessa forma, embora aprioristicamente se possa identificar algum conteúdo patrimonial ou existencial na chance perdida, apenas a análise do caso concreto permitirá a adequada qualificação do dano e sua exata forma de reparação. É o que se depreende da referida teoria, cujas implicações na teoria da perda da chance serão objeto do próximo item.

3. A PERDA DA CHANCE À LUZ DA TEORIA DOS EFEITOS DA LESÃO

Pela teoria dos efeitos da lesão,⁴⁸ entende-se que a caracterização da natureza do dano (se material ou moral) decorre do efeito produzido *in concreto* na vítima, e não da natureza do interesse violado. Dessa forma, em matéria de perda da chance, além, em primeiro lugar, da identificação da chance como *bem juridicamente protegido de maneira autônoma*, tem-se que a lesão a esta pode configurar *dano patrimonial* ou *dano moral*, não importando se a oportunidade perdida trazia consigo valor patrimonial (chance de ganhar determinado prêmio) ou extrapatrimonial (chance de manter-se vivo).

-

⁴⁶ Nesse sentido, v. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº* 11622538/RS. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 21.3.2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo no Recurso Especial nº* 173148/RJ. Segunda Turma. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Julgado em: 3.12.2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº* 1291247/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 19.8.2014.

⁴⁷ Precisamente sobre o tema da necessidade de maior aproximação entre magistrados e professores, cabe no ponto o alerta que tivemos oportunidade de destacar em MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. In. Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 51: "Uma vez que o exercício da jurisdição se encontra limitado pelas balizas do ordenamento jurídico, demanda-se que o magistrado busque na doutrina o instrumental necessário ao cumprimento do dever de motivação. (...) Nessa esteira, cumpre ressaltar que sem verticalidade teórica, não há prática que se sustente. O juiz precisa, necessariamente, estar aberto às lições da doutrina. Foi-se o tempo em que o atributo acadêmico, no seio dos tribunais, associava-se a magistrados e profissionais não compromissados com a prática da jurisdição, mas com elucubrações em teorias que os afastavam, senão física, espiritualmente, das atribuições do cotidiano. Hoje, as qualificações de mestre, doutor, pesquisador, professor de direito tornaram-se disputadas por juízes, desembargadores e ministros em busca de aproximar a pesquisa científica dos conflitos do dia a dia, em processo de aprimoramento teórico-prático que em última análise favorece o jurisdicionado, o país. O Judiciário, assim, se insere na transformação mais ampla por que passa a sociedade: diante das novas tecnologias e da economia do conhecimento, "a formação e a obtenção de qualificações já não ocorre hoje uma vez na vida, mas no decurso da vida". Independentemente de qualquer título formal, desenha-se pacto de compromisso permanente com a aprendizagem, com o aperfeiçoamento técnico, com a atualização profissional, compatível com a relevância da função que exercem os órgãos judicantes".

⁴⁸ A respeito da formulação da teoria dos efeitos da lesão, v. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 40 e ss; e, mais recente, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual*: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016, pp. 130-131;140.

Na verdade, a relevância que detém a natureza da chance perdida para a elucidação da espécie de dano é pouca, pois permite apenas uma intuição *a priori* da natureza do prejuízo sofrido. Isto é, se a chance tem conteúdo exclusivamente existencial (chance de vencer um concurso em que não há prêmio), sua perda poderá traduzir, *em princípio*, dano extrapatrimonial. Se, do contrário, a chance possui substância patrimonial, lesá-la provoca prejuízo, *a princípio*, material, que, como visto, cuida-se de dano emergente.

Nesse sentido, a teoria dos efeitos da lesão tem proposto que *dano* não configura sinônimo de *lesão*, mas sim efeito desta, de modo que a lesão à chance poderá gerar tanto dano patrimonial quanto extrapatrimonial ou, até mesmo, ambos, a depender dos efeitos gerados na vítima.⁴⁹

Tome-se como exemplo o caso em que um pintor envia certa obra de arte a uma galeria para concorrer a um prêmio de dez mil reais, mas, por ato imputável aos correios, seu quadro não é entregue a tempo de participar do certame. Nesse caso, a chance perdida detém valor patrimonial, que consiste em fração do prêmio disputado. Uma vez preenchido o requisito para a aplicação da teoria, deverá haver responsabilização daquele que causou o dano no valor da chance perdida, que configura verdadeiro dano emergente, a ser calculado em fração do dano final.

Se, contudo, não houvesse previsão de prêmio no concurso, não se poderia falar que a lesão à chance de o autor vencer o prêmio gerou dano emergente, pois não estaria presente a patrimonialidade inerente a essa espécie de dano. Poder-se-ia, contudo, exigir a compensação de eventual dano moral causado, sempre em atenção a seus requisitos de configuração, tema que escapa aos limites deste trabalho.

Nada impede, contudo, que, mesmo havendo previsão de prêmio no concurso, se possa verificar *in concreto* efeito existencial em consequência da lesão à chance. Ou seja, posto que tenha substrato patrimonial, não há óbice para que a lesão à chance gere efeito existencial, pois, pela teoria dos efeitos da lesão, a natureza do interesse violado não condiciona a natureza do dano, já que dano = *efeito* da lesão.

Em Portugal, noção análoga é defendida por António Pinto Monteiro⁵⁰, cujas conclusões

Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 130).

⁴⁹ "Isto é, dizer-se *dano = lesão* é bem diferente de se afirmar *dano = efeito da lesão*. E, como a lesão pode suscitar variados efeitos, a vertente que ora se propõe – *teoria dos efeitos da lesão* – parece conduzir a uma definição mais técnica do que seja o dano extrapatrimonial" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual:* contrastes e convergências no direito civil contemporâneo.

⁵⁰ PINTO MONTEIRO, António. A indemnização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas? *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 5, jul/set 2015, p. 104. O autor compara dois atos lesivos, o primeiro, a interesse existencial e o segundo, a interesse patrimonial. Confira-se *ipsis litteris*: "Pode o bem ou interesse lesado não ter natureza patrimonial, como sucede com a integridade física, com a saúde, a liberdade, a honra, o bom nome e reputação — e, apesar disso, da lesão resultarem danos patrimoniais. É o que pode acontecer, por exemplo, caso ocorra uma ofensa ao bom nome e reputação de um médico, advogado ou engenheiro: embora o bem lesado, em si mesmo, careça de valor pecuniário, a ofensa traduzir-se-á, frequentemente, num prejuízo pecuniário, expresso numa diminuição das receitas provenientes do exercício da actividade profissional respectiva (perda de clientela). Inversamente, pode tratar-se da violação de um bem patrimonial — e, ainda assim, da lesão resultarem (também) danos não patrimoniais. Imagine-se que alguém destrói determinado objecto, com o qual o seu proprietário tinha uma forte e justificada relação afectiva (por ter pertencido a um antepassado ou ao cônjuge entretanto falecido etc.). Não é de excluir que, numa situação deste tipo, para lá

apontam "que o facto ilícito, traduzido na lesão de bens patrimoniais ou não patrimoniais, pode causar danos de uma e de outra natureza. E uma outra ilacção se extrai, muito importante: o que conta, no que diz respeito à indemnização dos danos não patrimoniais, é a natureza (não patrimonial) do próprio dano — não a natureza do bem ou interesse lesado".⁵¹

Tratando de lesão a oportunidades, na conhecida hipótese de perda da chance de evitar um prejuízo por erro médico, a chance, evidentemente, reveste-se de substrato eminentemente existencial, de modo que o dano decorrente da lesão à oportunidade (de cura) terá, a princípio, natureza extrapatrimonial. Não se pode esquecer, contudo, que da lesão à vida também podem se manifestar danos patrimoniais, conforme dispõe, por exemplo, o artigo 948 do Código Civil.⁵² Assim, reforça-se a conclusão de que, como se pôde demonstrar, a natureza da chance perdida não determina a modalidade do dano gerado.⁵³

Por fim, ressalte-se que, na jurisprudência brasileira, o próprio STJ, no julgamento do REsp 1079185/MG, reconheceu que "a perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais". Muito embora não tenha se utilizado explicitamente desses conceitos, pode-se extrair do sentido do voto da relatora Min. Nancy Andrighi o entendimento ora exposto.⁵⁴

do dano patrimonial (valor ou preço do objecto destruído), ocorram danos não patrimoniais merecedores de tutela jurídica (por exemplo, grave transtorno ou abalo emocional causado pela destruição desse bem)". No Brasil, manifesta-se nesse sentido AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do: "o ato 'frustrar uma chance' pode atingir tanto interesses patrimoniais como extrapatrimoniais. Nem todo interesse afetado dará origem ao dano pela perda da chance e, de uma mesma conduta, podem advir danos de natureza diversa, incluindose, dentre as consequências do evento danoso, a causação de danos emergentes, lucros cessantes, dano moral, estético, existencial, etc. sem prejuízo de restar caracterizado um dano específico denominado de dano pela perda da chance, representado pela eliminação da chance em si, e sua natureza segue a do interesse violado" (*Responsabilidade civil pela perda da chance*: natureza Jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 136).

⁵¹ PINTO MONTEIRO, António. A indemnização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas? *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 5, p. 105, jul/set 2015.

⁵² "Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima".

⁵³ Como afirma NORONHA, Fernando: "As vantagens futuras e os prejuízos presentes aqui em questão podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais, seria desnecessário esclarecer". (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 666).

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justica. *Recurso Especial nº* 1079185/MG. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em11.11.2008. O acórdão está a seguir ementado: "Direito processual civil e direito civil. Responsabilidade de advogado pela Perda do prazo de apelação. Teoria da perda da chance. Aplicação. Recurso especial. Admissibilidade. Deficiência na fundamentação. Necessidade de revisão do contexto fático-probatório. Súmula 7, STJ. Aplicação. - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frusta as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de "uma simples esperança subjetiva", nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido".

4. A TEORIA DA PERDA DA CHANCE E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade médica consubstanciou terreno fértil para os influxos da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Não por outra razão, a teoria foi costumeiramente estudada à luz da responsabilidade civil dos profissionais de saúde.

A divisão bipartite da teoria da responsabilidade civil pela perda da chance a acompanha desde sua origem no Direito francês, que, capitaneada por René Savatier,⁵⁵ a dividia em i) casos nos quais o fato alegado diminuiu as chances de realização de um evento favorável, que, efetivamente, não ocorreu e ii) casos em que o fato alegado aumentou as chances de realização de um dano que de fato foi produzido. Assim, grande parte da doutrina francesa passou a repartir a aplicação da teoria em dois grandes grupos. O primeiro foi denominado de *perda da chance clássica*⁵⁶ e o segundo passou a ser reconhecido como a *perda da chance na seara médica*.⁵⁷

A classificação retratada por Fernando Noronha no âmbito da doutrina brasileira divide as modalidades da perda da chance, grosso modo,⁵⁸ em i) a perda da chance de obter uma vantagem e ii) perda da chance de evitar um prejuízo.⁵⁹ No primeiro caso, está-se diante de um processo cujo curso natural propiciaria à pessoa a oportunidade de vir a obter, no futuro, uma vantagem. Ao interromper o processo aleatório, o fato antijurídico frustra a chance de a vítima alcançar o benefício. Na segunda modalidade, suprime-se a oportunidade que a vítima detinha de evitar certo dano, que, justamente em razão da conduta antijurídica (omissiva ou comissiva), acaba por se consumar.

Fato é que, embora possuam características particulares – a sustentar a divisão –, nenhuma das modalidades deve excluir o reconhecimento da chance como interesse autônomo merecedor de tutela, como se defende neste trabalho. Trata-se, assim, de modalidades de aplicação da teoria da perda da chance.

De modo diverso entende parte da doutrina. Para alguns, a bipartição (*obter uma vantagem x evitar um prejuízo*) se justificaria para facilitar a distinção entre as situações em que a perda de chance poderia ser identificada como dano autônomo e aquelas nas quais a teoria da

⁵⁵ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français*. t. II, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 8-10.

⁵⁶ Sobre a compreensão da perspectiva clássica na doutrina francesa, v., por todos, PENNEAU, Jean: "Dans la *perspective classique* de la perte de chances, une faute est en relation de causalité certaine avec l'interruption d'un processus dont on ne saura jamais s'il aurait été générateur d'éléments positifs ou négatifs" (PENNEAU, Jean. La reforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. Revue internationale de droit comparé, v. 42, n. 2, a. 1990 p. 537. Disponível em http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1978. Acesso em 15.5.2021).

⁵⁷ A classificação é seguida, dentre outros, por PENNEAU, Jean. La reforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue internationale de droit compar*}, v. 42, n. 2, a. 1990 pp. 525-544. Disponível em http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1978. Acesso em 15.5.2021.

⁵⁸ O autor apresenta, ainda, subdivisões. V. NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 665 e ss.

⁵⁹ "Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso poderemos falar em *frustração da chance de obter uma vantagem futura*, no segundo em *frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido*" (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 665).

perda de chance não seria propriamente aplicada, tratando-se, na verdade, de uma revisitação dos critérios de nexo de causalidade (para aferição do grau de interferência do ato faltoso sobre o dano consumado).⁶⁰⁻⁶¹ A primeira residiria justamente na perda da chance de obter uma vantagem e a segunda, na de evitar um malefício.

Tal corrente não reconhece o conteúdo autônomo da chance na modalidade evitar um malefício, vinculando sua reparação ao dano final por uma técnica de flexibilização do nexo de causalidade. Dessa forma, para este segmento doutrinário, apenas a chance de obter uma vantagem caracterizaria um dano autônomo. Em outras palavras, somente nessas hipóteses a chance configuraria um interesse tutelável por si mesmo. Na modalidade evitar um prejuízo, a reparação do dano estaria alicerçada à noção de causalidade parcial, vinculando-se a tutela da chance perdida à reparação do dano final. Isto, como já visto, parece significar, na verdade, a rejeição da teoria da perda da chance nesses casos, dada a negação da chance como interesse merecedor de tutela independente.

4.1 Perda da chance na seara médica: a chance de evitar um prejuízo

A responsabilidade pela perda da chance na seara médica geralmente diz com a modalidade evitar um prejuízo, que impõe tenha havido a possibilidade de o processo aleatório ter sido interrompido pelo responsável, que, justamente por não o ter feito, lesa a chance que a vítima detinha de evitar um prejuízo de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Obviamente, não se impõe a prova cabal de que a atuação do ofensor teria, de fato, evitado o dano, pois, ao se falar de chance, o resultado almejado detinha natureza "mais ou menos aleatória" sendo tal prova logicamente impossível.

Afinal, se fosse possível provar que o prejuízo não aconteceria se o processo danoso tivesse sido interrompido, estar-se-ia perante situação em que haveria absoluta certeza de que foi a não-interrupção que causou o dano. 63 Justamente por isso, nessas hipóteses, não se trataria de um caso de lesão à chance, mas a outro bem ou interesse jurídico, que deverá por si próprio ser indenizados.

Observa-se que, nesses casos, o ofensor não causou o dano final, mas tão somente suprimiu as chances de impedi-lo. Dessa forma, a ele não se deve imputar a responsabilidade por

⁶⁰ FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 222. Ver também: FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. *Rev. TST, Brasília*, vol. 76, no 1, jan/mar 2010, p. 58: "A teoria da perda de uma chance também tem aplicação em tema de responsabilidade civil médica. A rigor, uma tal teoria deve ser discutida no âmbito da análise do nexo causal, pois envolve aquelas hipóteses em que não se tem certeza se uma determinada acão tempestiva teria tido o condão de evitar um mal ou de obter um resultado positivo".

⁶¹ "Entende-se que a correta sistematização atual da teoria da perda de uma chance encerra duas categorias. A primeira estaria embasada em um conceito específico e independente de dano. A segunda, por outro lado, estaria respaldada no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final". (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007, p. 104).

⁶² NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 676.

⁶³ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 676.

todo o prejuízo, que jamais poderá ser ressarcido por ausência de nexo de causalidade. ⁶⁴ Imputase-lhe, ao revés, a lesão à chance, esta sim a ser reparada, mas sempre como fração do dano final.

4.2 Perda da chance de evitar um prejuízo: o problema da causalidade parcial

Há autores, contudo, que não veem na *perda da chance de evitar um prejuízo* uma modalidade de aplicação da teoria, pois, segundo afirmam, trata-se de um problema de causalidade. Nesses casos, a indenização da perda da chance estaria vinculada ao chamado dano final, este sim indenizável.⁶⁵

A doutrina francesa já propunha uma ruptura radical entre os casos da perda de uma chance clássica e a chamada *perda da chance na seara médica (perte d'une chance de guérison ou de survie)*. A princípio, por influência de René Savatier, buscou-se resolver o problema por meio do raciocínio do "tudo ou nada", isto é, ou bem se pode provar que o ato lesivo foi capaz de gerar o dano final ou bem estaria ausente o nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo. No primeiro caso, dever-se-ia indenizar a totalidade do dano; no segundo, nenhuma reparação seria devida.⁶⁶

Em momento posterior, a doutrina evoluiu para a compreensão de que, como afirma Jean Penneau, deve-se buscar a *causalidade parcial* (*causalité partielle*), para que se possa indenizar um dano intermediário, impossível de dissociar do dano final.⁶⁷ A concepção não foi imune a críticas. Segundo René Savatier, a causalidade parcial promoveria uma disfunção da função judicante, pois "a missão do juiz é julgar e não dosar suas hesitações".⁶⁸ A rejeição por

⁻

⁶⁴ Nesse exato sentido é a manifestação do STJ: "Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da *'conditio sine qua non'*, que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº* 1.254.141/PR. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 4.12.2012).

⁶⁵ SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007, p. 61.

^{66 &}quot;Or, si, au résultat des débats, le juge reste incertain sur la causalité du dommage, et doute encore du rattachement de celui-ci à la faute, par ailleurs prouvée, notre droit ne lui permet pas de condamner le défendeur. Pourtant, une série de décisions récentes de la Cour de cassation (28) traitent autrement ce doute du juge. On lui permettrait de procéder, dans son ignorance de la causalité du dommage, à une évaluation des chances rétrospectives de cette causalité" (SAVATIER, René. La responsabilité médicale en France: aspects de droit privé. Revue internationale de droit compare. Vol. 28 n. 3, Julliet-setembre, 1976, p. 501).

⁶⁷ Nas palavras do autor francês: "la responsabilité médicale un principe condamné par le droit commun de la responsabilité: celui de la causalité partielle. Il vaudrait sans doute mieux le reconnaître clairement que prétendre indemniser un soi-disant dommage intermédiaire: la chance perdue qu'il est, en toute logique, impossible de dissocier du préjudice final" (PENNEAU, Jean. La reforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. Revue internationale de droit comparé, v. 42, n. 2, a. 1990 p. 538. Disponível em http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1978. Acesso em 15.5.2021).

^{68 &}quot;La mission du juge est de juger, et non de doser ses hésitations. Si son intime conviction est faite en faveur des preuves exigées du demandeur, il doit lui donner entièrement raison. Mais si la preuve de la causalité du dommage reste à ses yeux incertaine, son doute doit avoir pour effet le rejet de la demande. C'est une règle de sécurité! Comment, dans le doute qui l'assiège, pourrait-il d'ailleurs évaluer sérieusement de prétendues chances de causalité? Si, dans d'autres matières : par exemple, la destruction fautive d'un billet de loterie, ou la perte d'un procès au fond par une faute de procé dure d'un avoué, le juge de la responsabilité civile est admis à convertiren dommages-intérêts des chances perdues, c'est parce qu'il a alors les moyens d'évaluer ces chances. En est-il de même en matière de responsabilité médicale, quand il doute de la causalité de la

Savatier, contudo, não impediu que a noção de causalidade parcial influenciasse a maioria das ilações doutrinárias francesas e, desse modo, fosse utilizada como recorrente fundamento para a perda da chance, inclusive no Brasil.

Assim, parte da doutrina pátria, inspirada nos franceses, abandonando a compreensão da chance como um interesse autônomo, passou a edificar a *perda da chance de evitar um prejuízo* sobre uma noção alternativa de nexo de causalidade: a *causalidade parcial*. Como não se pode provar a causalidade entre o ato lesivo e o *dano final* – o que tornaria injusta a imputação de todo o dano ao ofensor – permite-se ao magistrado reduzir o *quantum* indenizatório na exata proporção em que a conduta lesiva proporcionou o dano final. Desse modo, evitar-se-ia, a partir da compreensão da causalidade parcial como uma revisão dos critérios para estabelecimento do nexo de causalidade, o problema gerado pela lógica do "tudo ou nada", que, em muitos casos, acaba por promover subcompensações ou ultracompensações. ⁶⁹

Com efeito, essa corrente doutrinária enxerga na modalidade evitar um prejuízo a necessidade de perquirir em que medida o ato lesivo deu causa ao dano final, a tornar necessário o conceito de causalidade parcial, pelo qual a indenização da chance perdida estaria necessariamente vinculada ao prejuízo final. Em outras palavras, não haveria, nessas hipóteses, perda da chance a ser indenizada. Ao revés, todo o esforço residiria na tentativa de encontrar o nexo entre o ato lesivo e o dano último.

Tal ideia foi trazida como um redimensionamento do nexo causal, pelo qual há a responsabilização do ofensor na medida em que o ato lesivo contribuiu para o dano perpetrado. A dizer: se não se pode provar o liame entre o ato lesivo e o prejuízo final, a reparação pode ser concedida por um dano parcial e relativo, que equivaleria à perda da chance.⁷⁰

Seguindo de certo modo a doutrina francesa majoritária, parte da doutrina brasileira defende que, nos casos em que o processo aleatório chegue até o final, a perda da chance não deva ser considerada uma forma independente de dano. Isto porque, diferentemente dos casos de *perda da chance clássica*, em que o processo aleatório é interrompido e a chance pode ser isolada como uma "propriedade" anterior da vítima de quem é suprimida; nas hipóteses de *perda da chance de evitar um prejuízo*, como o processo aleatório vai até seu último estágio, permite-se conhecer o dano final, de modo que a análise das chances perdidas não será uma suposição em direção ao futuro, mas uma análise de fatos já ocorridos. Dessa forma, afirma-se que, na perda da chance na seara médica, a única incógnita seria a relação de causalidade entre o dano final e

faute. Il faut reconnaître que non!" (SAVATIER, René. La responsabilité médicale em France - aspects de droit privé. Revue internationale de droit compare. Vol. 28 n. 3, Julliet-setembre, 1976, p. 502).

⁶⁹ A observação é feita por Rafael Peteffi da Silva: "Desse modo, o padrão 'tudo ou nada' de causalidade estaria, em muitos casos, patrocinando subcompensações ou ultracompensações (*overcompensation and undercompensation*). Com a utilização da causalidade parcial, o réu será condenado a pagar apenas pelo dano que, segundo as estatísticas, se espera que ele tenha causado" (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007, p. 61).

⁷⁰ Trata-se, em verdade, da noção de concausalidade, explicada em lição de Gustavo Tepedino: "nas hipóteses de concomitância de causas diretas, quando mais de uma causa tem relevância decisiva para a produção do resultado, ou quando é impossível determinar qual das causas foi verdadeiramente preponderante, reparte-se o dever de indenizar, invocando-se a chamada culpa concorrente" (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica - Seção Doutrina Cível*, Ano 50, n. 296, Junho/2002, p. 15).

o ato ilícito do médico.71

Outro argumento no qual se apoia a referida doutrina consiste na ideia de que, por possuir estrutura distinta – já que o processo aleatório atinge seu fim –, a *perda da chance de evitar um prejuízo* tem fundamento de tutela diverso. Afirma-se, nesse sentido, que o interesse de maior envergadura, objeto do dano final, terá maior merecimento de tutela, tendo em vista o aspecto solidarista da responsabilidade civil e da reparação integral dos danos.⁷²

Desse modo, pensando na *perda da chance na seara médica*, o dano morte se sobressairia em relação à perda da chance de cura. Portanto, o interesse merecedor de tutela seria "irrefragavelmente o dano final, a morte", de forma tal que a experimentação do dano final impediria o reconhecimento da chance como dano autônomo.⁷³

Sem embargo dos posicionamentos sustentados por respeitada doutrina, o sistema de responsabilidade civil brasileiro encontra melhor harmonia com a compreensão segundo a qual também o prejuízo não evitado deve ser abarcado pela teoria da perda de uma chance. Assim como nos casos de perda de vantagem esperada, na perda da chance de evitar um prejuízo também se verifica uma oportunidade digna de tutela autônoma e independente.

As oportunidades configuram, uma vez atendidos os requisitos de seriedade e razoabilidade, interesses juridicamente tuteláveis. É dizer: quando a chance perdida pode-se configurar como real e séria, sua perda será indenizável.⁷⁴ Dessa forma, não se mostra adequado afirmar que em certas situações as chances são interesses autônomos e, em outras, não. Isto é, ou se admite que o ordenamento jurídico avançou para contemplar novos interesses merecedores de tutela⁷⁵ – dentre eles a chance – ou se deve negar *tout court* proteção jurídica aos interesses aleatórios, o que não parece ser o caso.

⁷¹ DA SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 82 e ss.

⁷² Nesse caso, entre a indenização das oportunidades perdidas e do dano final, o interesse de maior envergadura terá maior merecimento de tutela, sobretudo se for levado em conta o aspecto solidarista da responsabilidade civil e o princípio da reparação integral dos danos (FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (org.). *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p.

⁷³ FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 230.

⁷⁴ Nesse sentido, julgado recente proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Nos casos "de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da perda de uma chance devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico". Assim, "o fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso (...) não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida" (REsp 993.936/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julg. em 27.3.2012). 2. Não cabe, em Recurso Especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ). 3. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.492.872 /PR*. Quarta Turma. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 10.3.2020).

⁷⁵ Sobre a ampliação do rol de interesses protegidos pela responsabilidade civil, v. FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), O Novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

Com efeito, ao se compreender a chance como interesse merecedor de tutela, impõe-se o reconhecimento de sua autonomia, o que implica dizer que a *perda da chance* ocorre independentemente do dano final, muito embora este sirva à elucidação de seu *quantum*. Não se deve, portanto, ignorar que o ato lesivo feriu tão somente uma chance que a vítima detinha de evitar o prejuízo e não o bem jurídico cuja lesão provocou o dano final.⁷⁶

O médico que, culposamente, não realiza determinado tratamento capaz de dar à vítima 20% de chance de sobreviver, não lesionou o bem jurídico *vida*. A lesão, em verdade, foi ao bem jurídico *chance de sobreviver*, que o profissional retirou do paciente ao não aplicar o tratamento correto. Por essa razão, intui-se que a indenização devida pelo médico seja fração (no caso, de 20%) do dano final, já que este não lhe deve ser imputado.⁷⁷

Ainda que minimize os problemas da técnica do "tudo ou nada" e promova uma quantificação equitativa da indenização, a teoria da *causalidade parcial* peca por vincular a reparação da perda da chance ao dano final, pois, como bem reconhece a doutrina especializada, "toda a argumentação dos autores que não consideram as chances perdidas como nova modalidade de dano, autônomo e independente, tem como cerne a indissociabilidade deste com o dano final (vantagem esperada pela vítima), ou seja, as chances perdidas não subsistem de forma separada do prejuízo representado pela perda definitiva da vantagem esperada".⁷⁸

Portanto, a teoria da causalidade parcial implica i) a negação da chance como interesse merecedor de tutela e ii) a imputação do dano final àquele que lesou uma chance, bem jurídico logicamente de menor valor. Mesmo diante da constatação de que, nesses casos, a indenização seria proporcional à intervenção causal do ato lesivo, defende-se que não se deve responsabilizar o agente por ato que não configurou causa direta e imediata do dano experimentado.

Como não se pode afirmar o liame causal entre o ato lesivo e o dano final, a indenização não pode se dar sobre esse prejuízo, mas sobre a perda da chance, esta sim causada pelo ofensor.

O argumento de que o dano final, por consistir em interesse de maior envergadura, deve ser o objeto de tutela no lugar da chance perdida tampouco se mostra sustentável. Isto porque, não obstante o aspecto solidarista da responsabilidade civil, a ninguém é dado responder pelo dano a que não deu causa. Ao direito de danos também importa a dignidade do ofensor, não devendo ser compelido a indenizar um prejuízo que não causou.

Advogando pela autonomia das oportunidades frustradas em relação ao dano final também na modalidade *evitar um prejuízo*, tem-se a já citada lição de Fernando Noronha, segundo quem "a perda da chance, qualquer que seja a modalidade em que se apresente, traduz-se sempre num dano específico, *o dano da perda da própria chance*".⁷⁹

49

⁷⁶ Nesse sentido, v. FEMENIA LÓPEZ, Pedro José. La indemnización por daños personales ante la falta de ganancias: lucro cesante y pérdida de oportunidades. In: (Coord.) *Derecho de daños*. Madrid: Sepin, 2011.
⁷⁷ "O valor da chance só pode ser aferido através do cômputo do *grau de probabilidade*, que havia de vir a

[&]quot;O valor da chance só pode ser aferido através do computo do grau de probabilidade, que havia de vir a concretizar-se o resultado que estava em expectativa". (NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 675).

⁷⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007, p. 50.

⁷⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 671.

O posicionamento foi reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em voto de autoria da ministra Nancy Andrighi no REsp 1,254.141/PR sobre a perda da chance de evitar um prejuízo em caso de erro médico, consignou: "basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano". E rematou: "prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional".80

Vê-se, portanto, que a Corte afastou a necessidade de se recorrer à teoria da causalidade parcial como meio de reparar a perda da chance de evitar um prejuízo, dado o reconhecimento da oportunidade frustrada como um interesse a ser tutelado por si próprio.

Por fim, ressalta-se que o exposto não fere o princípio da reparação integral dos danos, pois ao infrator caberá reparar o prejuízo na exata medida em que o causou.⁸¹ Em verdade, a consequência prática do que se defende se assemelha à da adoção da teoria da causalidade parcial, com a ressalva de que, diferentemente desta, não subverte o sistema de causalidade e tampouco ignora a chance como interesse jurídico digno de tutela plena e autônoma pelo ordenamento.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A TEORIA DA PERDA DA CHANCE: O NECESSÁRIO CAMINHO INVERSO

Uma vez avaliada a teoria da perda da chance à luz da responsabilidade civil médica, no que se pôde identificar a problemática da aplicação da modalidade perda da chance de evitar um prejuízo, juntamente com a problemática referente à causalidade, o que se pretende neste item é justamente percorrer o caminho inverso: analisar a responsabilidade civil do médico dentro da teoria da perda de uma chance, o que permitirá o alcance de novas conclusões. Antes, contudo, uma observação se faz necessária.

A teoria da perda da chance não pode servir, de maneira alguma, como instrumento para mitigar os requisitos da responsabilização civil dos médicos. Isto é, não devem os tribunais se valer da perda da chance como forma de responsabilizar o médico por um dano que não lhe poderia ser naturalmente imputado. Nesse sentido, revela-se pertinente a preocupação da doutrina especializada ao afirmar: "(...) o problema da aplicação dessa teoria [perda da chance] ao caso da medicina está em que nem o juízo de causalidade nem a identificação de um suposto dano autônomo permitem, isoladamente, fazer qualquer consideração quanto à culpa do médico, elemento fundamental para sua responsabilização". 82

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº* 1.254.141/PR. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 4.12.2012.

⁸¹ Na lição de NORONHA, Fernando: "Note-se que o fato de a reparação ser concedida sob a forma de percentagem incidente sobre o valor que teria o dano final não significa que se esteja concedendo uma indenização parcial. A reparação, mesmo aqui, tem como medida a extensão do dano (art. 944 do Código Civil), ou seja, é integral. O que acontece é ter a chance perdida um valor menor do que o dano dito final" (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 675).

⁸² SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*: estudo na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 213-214.

O emprego da teoria aproximar-se-ia da lógica do erro médico, criticado justamente por partir de um juízo *a posteriori*, em que já se conhece o dano produzido. Assim, chama-se atenção a um indesejável problema da perda da chance na seara médica: sua utilização como mecanismo para tornar objetiva uma responsabilidade de natureza marcadamente subjetiva, a transformar a teoria em um "drástico esforço semântico para a responsabilização do médico".⁸³

Evidente que a teoria não pode importar em um meio de banalização da responsabilidade civil do médico. Contudo, como se verá, a simples negação da aplicabilidade da teoria na seara médica não se mostra o caminho mais adequado para a salvaguarda de um justo sistema de responsabilização desses profissionais. Muito mais útil se revela a correta compreensão das vicissitudes do erro médico à luz da teoria, em caminho inverso do frequentemente percorrido pela doutrina.⁸⁴

Mesmo sob a perspectiva da admissão da modalidade *perda da chance de cura ou de sobrevivência*, deve-se atentar para sua correta utilização, de modo a afastar as preocupações apontadas pelos estudiosos. A figura da perda da chance não pode servir como argumento definitivo para que se exija do médico uma indenização independentemente de seu agir culposo. A dizer: não se pode, por meio da teoria, desnaturar a responsabilidade civil médica, que permanecerá de viés subjetivo, em que a culpa deve ser demonstrada imprescindivelmente.

Nesse sentido posicionou-se o STJ ao julgar o REsp 1622538/MS, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi, que afirmou "a visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva, na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito, não é mitigada na teoria da perda de uma chance".85

83 SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*: estudo na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 215.

⁸⁴ Assim posicionou-se o STJ no julgamento do REsp nº 1.662.338/SP, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, julg. 12.12.2017: "Logo, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica".

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº* 1622538/MS. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 21.3.2017. Ementa do acórdão a seguir: "Civil. Ação de indenização por dano material e compensação por dano moral. Erro médico. Responsabilidade civil. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/stf. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Indicação do dispositivo legal. Ausência. Acompanhamento no pós-operatório. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Possibilidade. Erro grosseiro. Negligência. Ausência. 1. Ação de indenização por dano material e compensação por dano moral ajuizada em 24.01.2008. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/73. 2. A centralidade do recurso especial perpassa pela análise da ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral. 3. O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica omissão, obscuridade ou contradição, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. 4. A ausência de decisão acerca de argumentos do recorrente e de dispositivos legais indicados como violados, impede o conhecimento do recurso especial. 5. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 6. Não se conhece do recurso especial quando ausente a indicação expressa do dispositivo legal a que teria sido dada interpretação divergente. 7. Por ocasião do julgamento do REsp 1.254.141/PR, a 3ª Turma do STJ decidiu que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. 8. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente

Não raro a atividade médica envolve atos complexos, compostos por muitas escolhas de tratamentos. Diga-se mais: muitas opções *legítimas* de tratamento. Dessa forma, não se pode dizer, após consumado o dano final, que a mera existência, em abstrato, de outro tratamento que fosse idôneo a permitir a cura configura a lesão à chance de sobreviver, justamente porque "não autoriza, *de per se*, concluir que houve descumprimento da diligência do profissional devida (vale dizer, agir culposo por parte do médico".⁸⁶⁻⁸⁷

Isto significa que, diante de três opções de tratamento "X", "Y" e "Z", cientificamente consideradas adequadas, o médico, ao escolher qualquer das três, não lesa a chance de sobreviver de seu paciente. O bem jurídico tutelado, nesta hipótese, encontra-se devidamente respeitado pela conduta médica, de modo que não se pode vislumbrar motivos para sua responsabilização. Do contrário, quase todos os procedimentos ou terapias ensejariam perdas de chances – chances de tratamentos menos demorados, mais eficazes, menos dolorosos, mais baratos, etc. Assim, não se pode responsabilizar o médico pelas escolhas que necessariamente terá que deixar de fazer em seu exercício profissional.⁸⁸

_

o nexo causal. 9. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência. 10. A dúvida sobre o diagnóstico exato da paciente foi atestada por vários especialistas, não sendo possível, portanto, imputar ao recorrente erro crasso passível de caracterizar frustração de uma oportunidade de cura incerta, ante a alegada 'ausência de tratamento em momento oportuno' (e-STJ fl. 519). 11. Recurso especial conhecido parcialmente, e nessa parte, provido".

⁶⁶ Em viés crítico, v. SOUZA, Eduardo Nunes de: "Parte das decisões que sustentam a perda da chance de cura de paciente o faz durante o exame da culpa do médico, como se a existência de outro tratamento que, em abstrato, permitisse a cura (fator levado em conta para a perda da chance e, como já se viu, para o erro médico) estivesse intrinsecamente ligada à análise do cumprimento do procedimento adequado pelo médico (ponderação necessária para a identificação de sua culpa). Ocorre, porém que, não raro, há mais de um procedimento adequado a seguir, nem sempre com probabilidades drasticamente distintas de efic cia; o tratamento médico é um ato complexo composto por muitas escolhas, e a simples existência de alternativa que poderia ter permitido a cura não autoriza, *de per se*, concluir que houve descumprimento da diligência profissional devida (vale dizer, agir culposo por parte do médico)" (*Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*: estudo na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 216).

⁸⁷ Cabe aqui a distinção entre obrigações de meio e de resultado: Afinal, diga-se entre parênteses, o princípio da boa-fé objetiva, aplicado ao direito das obrigações, iluminado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, consagrados na Constituição Federal, congrega credor e devedor nos deveres de cumprir (e de facilitar) o cumprimento das obrigações. Se assim é, ao resultado esperado pelo credor, mesmo nas chamadas obrigações de meio, não pode ser alheio o devedor. E, de outro lado, o insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado, não pode acarretar a responsabilidade tout court, desconsiderando-se o denodo do devedor e os fatores supervenientes que, não raro, fazem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações, tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor. (TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Palma. Ano 01, v. 02, 2000, p. 89).

⁸⁸ A ponderação se põe com mais vigor nos cenários de incerteza científica como, por exemplo, o enfrentado durante a Pandemia de COVID-19. Sobre o tema, vale a reflexão de Eugênio Facchini Neto: "se impõe um certo espírito de solidariedade, no sentido de se aliviar o rigor na apreciação da culpa o médico que eventualmente venha a causar danos aos seus pacientes, por agir sob enorme estresse profissional, em situação de grande incerteza científica quanto ao melhor tratamento a adotar para conduzir seu paciente à cura". (FACCHINI NETO, Eugênio. Responsabilidade médica em tempos de pandemia: precisamos de novas normas? Revista IBERC. Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 93-124, maio/ago. 2020, pp. 120-121). Importante notar que o autor, mais recentemente, diante da consolidação científica a respeito da inadequação de determinados tratamentos contra a Covid-19, posicionou-se no sentido de que "após a ampla divulgação dos estudos que não convalidaram tal esperança e, ao contrário, apontaram para a ineficácia de certos tratamentos, o médico que insistir na prescrição poderá vir a ser civilmente responsável por danos causados que sejam causados ao paciente". (FACCHINI NETO, Eugênio; RAMPAZZO, Flaviana. Liberdade de prescrição e responsabilidade médica: quando a liberdade se converte em responsabilidade? In. Migalhas de

Cenário diverso é aquele em que o médico, por negligência, imprudência ou imperícia, escolhe uma opção "F" de tratamento, que é comprovadamente ineficaz, lesionando a chance de cura que o sujeito detinha, a ensejar responsabilidade civil por sua perda. Aqui, diferentemente do que ocorre no exemplo anterior, os requisitos de responsabilização do médico se fazem presentes: há dano, nexo de causalidade e, do que não se pode prescindir, culpa.

O STJ julgou inúmeros casos de responsabilidade civil médica sob a ótica da perda de uma chance. Destaque-se o conhecido REsp 1.254.141/PR, de relatoria também da ministra Nancy Andrighi, julgado em 4.12.2012. Tratava-se de caso em que o erro médico retirou da vítima a chance de se curar de um câncer. O acórdão primorosamente investigou os requisitos de responsabilização do médico e, uma vez identificados, não hesitou em imputar-lhe a perda da chance, afirmando o cabimento da teoria na seara médica.⁹⁰

Reconheceu a Corte, assim, a aplicabilidade da teoria na responsabilidade civil médica. Como já exposto, afirmou a ministra Nancy Andrighi "conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano".

Na visão dos autores que questionam o evocar da teoria da perda de uma chance para resolver as questões atinentes ao erro médico, não se pode vislumbrar, nessa seara, a chance como um interesse independente merecedor de tutela autônoma. Desse modo, a responsabilidade médica decorreria apenas da prova do liame causal entre o ato do profissional e o dano final, em relação de concausalidade com a doença que se desenvolve.

Nessa ótica, portanto, não haveria de se falar na perda da chance como dano autônomo. Assim, ou bem o médico teria agido culposamente e contribuído para o dano ou bem e responderia pela proporção de sua participação, já que concausador, ou não teria agido com culpa, de modo a não lhe ser imputado o óbito (dano final).⁹¹

De forma mais radical, há segmento doutrinário que enxerga na perda da chance um "paraíso do juiz indeciso". 92 Isto porque a teoria serviria como válvula de escape para as situações em que o juiz não tivesse certeza sobre o nexo causal entre o ato do médico e o dano final

Responsabilidade Civil. Disponível em https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/345630/liberdade-de-prescricao-e-responsabilidade-medica. Acesso em 30/09/2021).

⁸⁹ Sobre o tema, v. TEIXEIRA, Dayane Aguiar. Teoria da perda de uma chance: a possibilidade de indenização diante de diagnósticos médicos imprecisos. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v.4, n.1, 1º sem. 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/direito_civil/direito_civil.html. Acesso em: 5.9.2021.

⁹⁰ Ver REsp 1.254.141/PR.

⁹¹ Nesse sentido, Rafael Peteffi da Silva posiciona-se ao lado de Savatier: "cabe pesquisar se as chances de cura perdidas estão localizadas antes ou depois da consolidação do acidente. No primeiro caso, se estaria diante de uma causalidade clássica, do contrário, se estaria utilizando uma causalidade parcial para determinar o dano" (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007, p. 85).

⁹² A expressão foi concebida por René Savatier.

perpetrado. Para tais autores, diante da incerteza, não deveria haver qualquer responsabilidade para o médico, já que o dano teria sido causado pelo curso natural de determinada doença.

Contudo, embora haja o risco de o julgador confundir a incerteza da chance perdida com sua falta de convicção acerca da causalidade, não se justifica o afastamento da indenização por perda de uma chance na seara médica. Isto porque, como visto, o médico, ao agir negligentemente, não pode ser visto como causador do dano-morte.

Explica-se: se determinada terapia possui, de forma cientificamente comprovada, a probabilidade de 40% de sucesso e, por negligência, um médico deixa de utilizá-la, em preferência de uma outra inadequada ao caso, vindo o paciente a óbito, não se pode afirmar que o erro médico deu causa à morte. Em verdade, o ato lesou a chance de 40% que a vítima detinha de sobreviver. E apenas este é o dano que deve ser imputado ao médico. ⁹³ Nesse sentido foi o julgamento do Superior Tribunal de Justiça no multicitado acórdão de relatoria da ministra Nancy Andrighi "não é possível a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima, mesmo na hipótese em que a teoria da perda de uma chance tenha sido utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico. Isso porque o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima". ⁹⁴

Assim, a teoria da perda de uma chance pode valer, ainda que possa parecer contraintuitivo, como *mecanismo de defesa do médico*. Em vez de responder pelo dano morte, responderá pela lesão à oportunidade que injustamente suprimiu da vítima. Desse modo, o *quantum* indenizatório terá como limite o valor da indenização que seria devida pelo dano final, a ser elucidado pela seguinte operação lógico-matemática: se a chance perdida era de 40% e o tribunal concederia a reparação de, por exemplo, 100 mil reais pela perda do ente querido à família da vítima, o médico deverá arcar com a compensação de 40 mil reais, pois esta foi a extensão de seu dano.

6. À GUISA DA CONCLUSÃO

Ao longo desse artigo buscou-se elucidar as principais teses aventadas a respeito da natureza do dano gerado pela lesão à chance. Dentre as perspectivas que buscam identificar o dano com a lesão (em fórmula simplificada: *dano* = *lesão*), demonstrou-se que a aproximação da perda da chance com os lucros cessantes deve ser evitada, sob pena de se negar a caracterização da chance – aqui *real e séria* – como interesse juridicamente tutelável.

De outro turno, a aproximação da perda da chance com o dano emergente e com o dano moral, apesar de tecnicamente imprecisa, não padece do mesmo pecado que sua identificação com os lucros cessantes. Em verdade, da lesão à chance pode *sim* advir tanto dano emergente

⁹³ ALCOZ, Luis Medina. La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007. p. 245.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.254.141/PR*. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 4.12.2012.

quanto dano moral. Contudo, a compreensão mais adequada da questão só pode ser realizada à luz da teoria dos efeitos da lesão.

Por meio da teoria, como visto, tem-se que a caracterização da natureza do dano (se material ou moral) decorre do efeito produzido *in concreto* na vítima, e não da natureza do interesse violado. Dessa forma, conclui-se que a perda da chance poderá configurar tanto dano patrimonial – na modalidade de dano emergente – como dano moral, a depender dos efeitos averiguados no caso concreto.

Como já advertido, não se trata a perquirição dos efeitos concretos do ato lesivo de investigação psicológica, que escaparia do escopo de atuação do intérprete. O que se busca é promover a desvinculação apriorística da natureza do dano sofrido do conteúdo do interesse violado, de modo a adequar a responsabilidade civil pela perda da chance de forma técnica ao sistema brasileiro de responsabilidade civil.

No que toca à responsabilidade civil pela perda da chance na seara médica, observa-se que o ofensor, na modalidade evitar um prejuízo, não causou o dano final, mas tão somente suprimiu as chances de impedi-lo. Dessa forma, a ele não se deve imputar a responsabilidade por todo o prejuízo, que jamais poderá ser ressarcido por ausência de nexo de causalidade. Imputa-se-lhe, ao revés, a lesão à chance, esta sim a ser reparada, mas sempre como fração do dano final.

Assim, a teoria da perda da chance não pode importar em meio de banalização da responsabilidade civil do médico. A dizer: não se pode, por meio da teoria, desnaturar a responsabilidade civil médica, que permanecerá de viés subjetivo, em que a culpa deve ser demonstrada imprescindivelmente. Contudo, a simples negação da perda da chance não se mostra o caminho mais adequado para a salvaguarda de um justo sistema de responsabilização desses profissionais.

A atividade médica envolve atos complexos, compostos por muitas opções *legítimas* de tratamentos. Dessa forma, não se pode dizer, após consumado o dano final, que a mera existência, em abstrato, de outro tratamento que fosse idôneo a permitir a cura configura a lesão à chance de sobreviver. Isto significa que, diante de três opções "X", "Y", "Z" de tratamento cientificamente consideradas adequadas, o médico, ao escolher qualquer das três, não lesa a chance de sobreviver de seu paciente. O bem jurídico tutelado, nesta hipótese, encontra-se devidamente respeitado pela conduta médica, de modo que não se pode vislumbrar motivos para sua responsabilização. Cenário diverso é aquele em que o médico, por negligência, imprudência ou imperícia, escolhe uma opção "F" de tratamento, que é comprovadamente ineficaz, lesionando a chance de cura que o sujeito detinha, a ensejar responsabilidade civil por sua perda. Esses casos não se limitam, portanto, a uma questão de causalidade com o dano final, pois a violação pelo erro médico se dá à chance de cura, interesse, como visto, autonomamente tutelado pelo ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABELHA, André; SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance nos negócios imobiliários*. Publicado em 1.6.2021. link: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhasderesponsabilidadecivil/346428/responsabilidadecivil-pela-perda-de-chance-nos-negocios-imobiliarios.

ALCOZ, Luis Medina. La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007;

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. Mães que devoram: um ensaio sobre a perda de uma chance no âmbito dos vínculos materno-filiais. In. *Revista IBERC*. 4, n. 1, p. 65-82, jan./abr 2021.

AZEVEDO, Walter de Medeiros; BEZERRA JÚNIOR, José Albenes. Teoria da perda de uma chance na ótica do direito brasileiro. *Juris Rationis – Revista Científica da Escola de Direito da Universidade Potiguar*, Natal, ano 5, n. 1, out. 2011/mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 788459/BA*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgado em 8.11.2005

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo no Recurso Especial nº 173148/RJ*. Segunda Turma. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Julgado em: 3.12.2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo no Recurso Especial nº 1.540.153/RS*. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 17.4.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 11622538/RS*. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 21.3.2017;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1079185/MG*. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 11.11.2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1291247/RJ*. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 19.8.2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº *1.254.141/PR*. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 4.12.2012

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, a. 101, v. 922, ago./2012.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. A álea e a técnica. São Paulo: GEN/Método, 2013.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. Código Civil Brasileiro Interpretado principalmente sobre o ponto de vista prático. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI,

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

CHABA, François. Leçons de droit civil, vol. 1, t. II, 9ª ed., Paris: Montchrestien, 1998.

DE CUPIS, Adriano. Il danno: teoria generale dela responsabilità civile, v. 2, Milano: Giuffrè, 1966.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). O Novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. *Rev. TST*, v. 76, no 1, jan./mar 2010, pp. 17-63.

FACCHINI NETO, Eugênio. Responsabilidade médica em tempos de pandemia: precisamos de novas normas? *Revista IBERC*. v. 3, n. 2, p. 93-124, maio/ago. 2020

FACCHINI NETO, Eugênio; RAMPAZZO, Flaviana. Liberdade de prescrição e responsabilidade médica: quando a liberdade se converte em responsabilidade? In. *Migalhas de Responsabilidade Civil*. Disponível em https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/345630/liberdade-de-prescricao-e-responsabilidade-medica. Acesso em 30/09/2021

FEMENIA LÓPEZ, Pedro José. La indemnización por daños personales ante la falta de ganancias: lucro cesante y pérdida de oportunidades. In: *Derecho de daños*. Madrid: Sepin, 2011.

FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial na contractação pública)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (org.). *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes*: Do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KING JR., Joseph H. Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting condictions and future consequences. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 90, n. 6, p. 1353-1397, maio 1981.

MAZEAUD, H.L. MAZEAUD, L. Lecons de Droit Civil - Tome II Vol. I. Paris: Montchrestien, 1976.

MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: responsabilidade civil, São Paulo: Saraiva, 2015

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual*: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro*. civilistica.com, v. 7, n. 1, p. 1-25, 5 maio 2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O princípio da reparação integral e sua exceção no Direito Brasileiro. In. *Rumos contemporâneos do direito civil*: estudos em perspectiva civilconstitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. In. *Rumos contemporâneos do direito civil*: estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

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

PENNEAU, Jean. La reforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. Revue internationale de droit comparé, v. 42, n. 2, a. 1990, pp. 525-544. Disponível em http://www.persee.fr/doc/ridc 0035-3337 1990 num 42 2 1978.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10 ed. Atualização de TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: GZ, 2011

PINTO MONTEIRO, António. A indemnização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas?. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 5, jul/set 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Civil nº 70003568888*. Segunda Câmara. Relator: Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Julgado em: 27.11.2012.

ROCHA, Nunes Santos. A "perda de chance" como uma nova espécie de dano. Coimbra: Almedina, 2011.

RODOTÀ, Stefano. Modelli e funzioni dela responsabilità civile. *Rivista Critica del diritto privato*. Anno II, n. 3, settembre 1984.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français*. t. II, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

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

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm Mendlowicz. A teoria da perda da chance como solução para o "se" indenizável. *Revista da EMERJ*. v. 12, n. 48, p. 87-101, 2009.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. v. II: Obrigações em Geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Definição dos contornos dos danos extrapatrimoniais, a partir de uma abordagem comparada. *Revista Eletrônica ad judicia – REAJ*. ano I, v. I, p. 1-39, out./dez. 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*: estudo na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2015;

TEIXEIRA, Dayane Aguiar. Teoria da perda de uma chance: a possibilidade de indenização diante de diagnósticos médicos imprecisos. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. v. 4, n. 1, 1º sem. 2012.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Palma. Ano 01, v. 02, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica - Seção Doutrina Cível*. Ano 50, n. 296, p.15, jun./2002.

Recebido: 04.10.2021 **Aprovado**: 08.11.2021

<u>Como citar</u>: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUIMARÃES, Vynicius Pereira. Teoria da responsabilidade civil pela perda da chance: natureza do dano e aplicabilidade à seara médica. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 29-59, jan./abr. 2022.

