



Rafael Pereira Ferreira

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE CHANCE E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil, apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Doutor Francisco Manuel Brito Pereira Coelho

Coimbra/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

RAFAEL PEREIRA FERREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE
CHANCE E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PORTUGUÊS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Doutor Francisco Manuel Brito Pereira Coelho

Coimbra/Portugal
2014

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, antes de tudo e de todos, à minha mãe que, mesmo nas situações mais adversas, nunca mediu esforços para que seus cinco filhos alcançassem seus objetivos pessoais e profissionais, dando-nos todas as condições possíveis de alcançá-los, e também por ser, desde sempre, minha maior inspiração;

Ao meu pai, que mesmo distante me acompanha e demonstra imensa satisfação por cada passo dado por mim e por minhas irmãs;

Aos meus irmãos, Sylvia, Leticia, Laura e Álvaro, por sempre se fazerem presentes, prestando todo o apoio psicológico necessário para enfrentar os dias mais difíceis e, neste mesmo patamar, ao meu sobrinho Lucas, alegria obrigatória de todos os meus dias. Juntos, somos imbatíveis;

Ao Juninho, meu padraсто que melhor poderia ser definido como um segundo pai ou melhor amigo de toda a vida, por ser um elemento indispensável em nossa família e maior exemplo de amor incondicional pelo trato com os “filhos” e “neto”;

Aos meus cunhados Lamego e Felipe, grandes companheiros, por terem ampliado muito positivamente a nossa família;

Às minhas tias Luiza, Rosa, Rita, Graça e Sãozinha, que sempre me incentivaram e demonstraram bastante orgulho de cada êxito por mim alcançado;

Aos amigos do Brasil, em especial aos melhores, os Pappios, pela amizade verdadeira, e por serem os grandes responsáveis pelos meus maiores momentos de diversão e descontração;

Aos amigos de Coimbra, notadamente Catarina, Saulo, Mário, Miranda e Toupa, companhias constantes nesta dura caminhada, por me ajudarem a suportar a saudade de casa e da família, tornando mais leves mesmo os dias mais exaustivos;

Ao Hernán, peça fundamental no período de investigação para o presente trabalho na Irlanda, pela paciência, pelo apoio prestado e pelos laços criados que permanecerão;

Aos colegas e professores da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com destaque ao nobre colega André Guerra, que propiciou o início dessa caminhada europeia, ajudando-me a tornar realidade o sonho de estudar na Universidade de Coimbra;

Aos docentes da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em especial ao meu orientador, Doutor Francisco Pereira Coelho, pela disponibilidade e pela grande utilidade de suas recomendações na confecção desta dissertação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
1.1 Natureza da responsabilidade civil.....	10
1.2 Espécies de responsabilidade civil	11
1.2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	11
1.2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva	14
1.3 Pressupostos da responsabilidade civil.....	15
1.3.1 O dano e suas espécies	16
1.3.2 O nexo causal e as teorias tradicionais de causalidade	20
2. A PERDA DE CHANCE.....	26
2.1 Conceito.....	26
2.2 Evolução doutrinária e jurisprudencial.....	27
2.3 Pressupostos de ressarcibilidade	40
2.4 Campos de aplicação da teoria	47
2.5 O problema da qualificação do dano da perda de chance	55
2.6 A perda de chance na responsabilidade médica	60
2.7 Quantum indenizatório	68

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.....	76
3.1 Doutrina.....	76
3.2 Jurisprudência.....	80
4. CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

INTRODUÇÃO

Nos tempos de liberalismo, de extremo caráter individualista, não se permitia, ou mesmo nem se falava na possibilidade de responsabilidade civil sem a ideia de culpa.

Com o novo modelo das relações sociais e econômicas, consequente da Revolução Industrial, fez-se necessário abrir o campo de aplicação do instituto da responsabilidade civil, com o intuito de impedir o crescimento desenfreado de causas em que a reparação da vítima ficava impossibilitada devido à dificuldade de se provar a culpa do agente causador do dano.

Desenvolveu-se então a chamada teoria da responsabilidade civil objetiva, ou, como é usualmente referida, responsabilidade sem culpa, representando uma ruptura com essa sociedade individualista e voluntarista. Assim, já não eram mais requisitos necessários para a aplicação da responsabilidade civil a negligência, a imprudência ou a imperícia, elementos constituidores da culpa. Foi se evoluindo para um sistema solidarista da reparação do dano¹.

Importante ressaltar que, apesar de frequentemente tratados como sinônimos, os conceitos de responsabilidade objetiva e responsabilidade sem culpa podem, segundo alguns autores, não estar em perfeita consonância. A responsabilidade objetiva vem desenvolvendo, no decorrer da história, suas próprias características. Se em um primeiro momento se dispensou o requisito culpa, atualmente é possível se verificar hipóteses em que se prescinde até mesmo do nexos de causalidade².

Diante da nova realidade social, constatou-se uma necessidade de repensar os pressupostos da responsabilidade civil para que se pudesse valer, de fato, do princípio solidarista, voltado para a reparação da vítima. A partir daí, com foco em ampliar, na maior quantidade possível, a possibilidade de compensação de danos sofridos pelas vítimas, outros danos indenizáveis foram ganhando espaço, com base na necessidade de solidariedade e cooperação no âmbito da responsabilidade civil³.

¹ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 16.

² NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações – introdução à responsabilidade civil*, São Paulo, 2003, v. 1, p. 543.

³ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Eticidade*, Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2005, p. 294.

Com o início de um novo pensamento, que abandonava princípios eternos e imutáveis aplicados até então, a probabilidade passou a ganhar destaque, fazendo com que a responsabilidade civil evoluísse para uma ideia diversa do conceito do tudo ou nada.

A incerteza, até então deixada de lado na resolução de conflitos jurídicos, passou a ter seu valor e a ser, portanto, considerada parte integrante das soluções jurídicas.

Passou a se permitir assim a reparação de danos complexos, em que nem mesmo era possível identificar um agente causador, podendo ser reparados inclusive aqueles originados por força da natureza⁴.

Foi então se estabelecendo no decorrer dos anos e mediante diversas críticas, dúvidas e questionamentos, a responsabilidade civil pela perda de chance⁵, impulsionada pelo crescimento no uso de estudos estatísticos pelos juristas – possibilitando o uso da probabilidade como método solucionador de eventos danosos –, e desenvolvida com o intuito de evitar que ficassem sem reparação numerosos casos em que um terceiro, por meio de ato ilícito, privava a vítima de alcançar um resultado desejado, uma vez que não era possível demonstrar o nexo de causalidade entre esta conduta e o prejuízo final sofrido pelo lesado.

Apesar de não ser possível estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano final nos casos de responsabilidade civil pela perda de chance, é certo que, se não fosse a verificação do primeiro, a probabilidade do segundo ter se produzido seria menor, e é por esse fato que se busca indenizar através da aplicação da teoria.

Enquanto alguns autores relacionam a figura da perda de chance a utilizações menos usuais do nexo de causalidade – como a causalidade parcial –, outros entendem que se trata de um alargamento da ideia de dano reparável, em que não se faz necessário o uso do nexo causal de forma distinta do seu método tradicional.

O presente trabalho tem como objetivo traçar os pressupostos, fundamentos e objetivos da responsabilidade civil pela perda de chance, analisar seu processo de

⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 7: “Diante dessa perspectiva de modificação e evolução do conceito e aplicação dos demais requisitos clássicos da responsabilidade civil, ainda tão pouco estudados se comparados aos trabalhos reservados ao estudo da culpa, verifica-se que a teoria da perda de uma chance constitui o campo de observação mais fértil e sofisticado para essa nova análise dos requisitos da responsabilidade civil”.

surgimento e desenvolvimento pelo mundo, o modo como vem sendo abordada pela doutrina e jurisprudência portuguesas e a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico vigente no país.

1. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Primeiramente, cabe informar que o presente capítulo não tem a pretensão de esgotar o vasto tema da responsabilidade civil e suas peculiaridades, mas apenas trazer os elementos fundamentais para conceituá-la e definir os elementos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade civil pela perda de chance.

A Lei das XII Tábuas, de meados do século V a.C., costuma ser apontada como o marco da modificação da fase facultativa da aplicação da responsabilidade civil para a fase obrigatória, uma vez que a vítima passou a ser obrigada a aceitar a condenação imposta ao ofensor e a renunciar, assim, à vingança privada.

A responsabilidade civil e a responsabilidade penal (reparação e punição), antigamente confundidas, distanciaram-se gradativamente. Enquanto pela primeira a vítima obtém do autor uma reparação do dano causado, por meio de uma ação privada, pela responsabilidade penal a autoridade pública é quem deve puni-lo, por meio de uma ação pública⁶.

A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge quando é necessário recompor um dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Partindo desse conceito, pode-se concluir que a fonte geradora de responsabilidade civil se faz presente sempre que há violação de dever jurídico originário causador de prejuízo a outrem⁷. É, portanto, uma verdadeira efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação ao sujeito passivo da relação jurídica que se forma⁸.

Tratada no Código Civil entre as fontes das obrigações, designadamente entre os artigos 483º e 510º, a responsabilidade civil pode ser entendida como uma forma de constituição das obrigações, na qual o lesante fica obrigado a indenizar a pessoa lesada por sua conduta, e estará presente sempre quando a prática de um fato ilícito ou delito resulte em um dano (483º a 498º - responsabilidade por fatos ilícitos), quando ocorra um dano que tenha que ser suportado por uma pessoa distinta da que o tenha sofrido a princípio (499º a 510º - responsabilidade pelo risco) ou quando a lei, ainda que permita a provocação de danos, obriga o causador dos mesmos a compensá-los posteriormente, ao menos em parte

⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 526.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 11.

(estado necessidade, por exemplo, 339º, nº 2 – responsabilidade pelo sacrifício). Trata-se, portanto, de uma obrigação proveniente da lei e não da vontade das partes⁹.

Dessa forma, em qualquer circunstância, independentemente do fundamento da responsabilidade ser a culpa, quando houver a sujeição de um sujeito passivo a um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

1.1 Natureza da responsabilidade civil

Apesar de representar um instituto bastante antigo, há muita divergência no que diz respeito à conceituação precisa da matéria.

Em relação aos diversos enquadramentos dados à natureza da responsabilidade civil, há quem a considere como uma situação de sujeição. E, dentro deste critério, enquanto uns acreditam que ela representa, como qualquer outra situação de responsabilidade, a sujeição a uma sanção, outros defendem que ela representa uma situação de sujeição à execução, em que se encontra o patrimônio do devedor¹⁰.

Na primeira hipótese, considera-se que, da mesma forma que o criminoso está sujeito a ser penalizado, o autor do fato danoso está sujeito à indenização. Já de acordo com a segunda corrente, entende-se que há um direito do credor sobre o patrimônio do devedor.

Tratar a responsabilidade civil como sujeição a uma sanção, segundo alguns autores, não é o bastante, uma vez que é questionável se a mesma tem caráter sancionatório ou punitivo.

Em relação à hipótese da sujeição do patrimônio à execução, esta não pode ser vinculada ao verdadeiro significado da expressão responsabilidade civil, que nada mais é do que o dever de indenizar, que pode ser cumprido de forma voluntária e, neste caso, não estaria o patrimônio sujeito a ser executado.

⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo III*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 288.

¹⁰ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1968. Reimp. Coimbra, Almedina, 1999, p.42-44.

Não restam dúvidas, no entanto, de que a responsabilidade civil é, acima de tudo, uma obrigação, uma vez que o próprio legislador optou por incluí-la entre as fontes das obrigações no Código Civil.

1.2. Espécies de responsabilidade civil

Sabendo-se que a responsabilidade tem por elemento central uma conduta violadora de um dever jurídico, é possível dividi-la em diferentes espécies, cabendo distinções conforme a fonte desse dever e o elemento subjetivo dessa conduta.

1.2.1. Responsabilidade contratual e extracontratual

Em relação à fonte do dever jurídico violado, a doutrina majoritária reconhece a distinção entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual. Há, entretanto, adeptos da teoria unitária, que criticam essa dicotomia, sob o argumento de que toda responsabilidade é uma reação provocada pela infração de um dever preexistente, derivado de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta.

A responsabilidade civil extracontratual decorre da violação de um dever geral – dever de conduta imposto a todas as pessoas – previsto em lei ou na ordem jurídica; é o ato ilícito – ou lícito, em alguns casos – que, por si só, dá origem à relação jurídica obrigacional, criando para o causador do dano o dever de indenizar a vítima¹¹.

Por outro lado, a chamada responsabilidade civil contratual provém da inexecução de uma obrigação estabelecida previamente entre as partes (ofensor e vítima). Aqui preexiste um vínculo obrigacional e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento.

Resulta, assim, da violação de um direito de crédito ou, tecnicamente, de uma obrigação. Pelo fato de ser possível que esta espécie de responsabilidade civil seja ocasionada por outras formas de vínculo, além do contrato – como negócios jurídicos

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. cit., p. 38.

unilaterais ou mesmo por força da lei –, alguns autores preferem referir-lhe como responsabilidade negocial ou responsabilidade obrigacional¹².

O Código Civil português trata destas duas formas de responsabilidade em lugares distintos. Enquanto o regime da responsabilidade contratual está previsto no capítulo onde são reguladas as formas e efeitos do não cumprimento das obrigações (arts. 798.º e segs.), o regime da responsabilidade extracontratual engloba a responsabilidade por factos ilícitos (arts. 483º e segs.), a responsabilidade pelo risco (arts. 499º e segs.) e a responsabilidade por factos lícitos, como por exemplo, aquela prevista nos casos de estado de necessidade, em que é lícita a ação do sujeito que destrói ou danifica coisa alheia com o fim de remover um perigo atual de um dano superior, mas não o desobriga a indenizar o lesado pelo prejuízo sofrido, em consonância com o artigo 339º do Código Civil.

Almeida Costa¹³ sintetiza as principais diferenças entre as duas espécies de responsabilidade civil:

a) a culpa é presumida no âmbito da responsabilidade contratual (art. 799º, nº 1), o que não ocorre na responsabilidade extracontratual a princípio (art. 487º, nº 1), porém, vários artigos consagram presunções de culpabilidade em relação a esta (arts. 491º, 492º, nº 1, 493º e 503º, nº 3);

b) quando houver pluralidade passiva na responsabilidade extracontratual, o regime será o da solidariedade (arts. 497º e 507º), enquanto na responsabilidade contratual somente o será quando a própria obrigação violada já possuíse natureza solidária (art. 513º);

c) na responsabilidade extracontratual se permite a graduação equitativa da indemnização quando houver mera culpa do lesante (art. 494º), ainda que baseada no risco (art. 499º), o que não é admitido na responsabilidade contratual, uma vez que essa graduação se apresentaria pouco em consonância com as reais expectativas do contraente lesado;

d) o prazo prescricional na responsabilidade extracontratual respeita certas normas especiais, especialmente a que o estabelece em três anos (art. 498º), ao passo que na responsabilidade contratual deverá sempre ser respeitado o prazo ordinário de vinte anos.

¹² COSTA, Mário Júlio Almeida de. Ob. cit., p. 539.

¹³ COSTA, Mário Júlio Almeida de. Ob. cit., p. 543-546.

e) o pressuposto da comissão é dispensável no regime da responsabilidade contratual, o que não ocorre na responsabilidade extracontratual, em que se apresenta como requisito necessário (art. 500º). Igualmente não é necessário, na primeira, que haja relação de subordinação entre o devedor e o auxiliar (art. 800º);

f) as condições da capacidade de exercício de direitos, de agir juridicamente por ato próprio ou de representante voluntário, na responsabilidade contratual (arts. 123º, 127º, 139º e 156º), divergem das regras de imputabilidade (capacidade de culpa) da responsabilidade extracontratual (art. 488);

g) o momento da constituição do devedor em mora, na responsabilidade extracontratual, obedece a um regime exclusivo que não se aplica à responsabilidade contratual (art. 805º, nº 3, 2ª parte);

h) sendo uma dívida fundada na responsabilidade extracontratual, em caso de mora do devedor nas obrigações pecuniárias, é permitido ao credor uma indenização suplementar e juros, conforme dispostos nos números 1 e 2 do art. 806, o que não sucede nas situações de responsabilidade contratual (art. 806, nº 3);

i) por fim, se notam disparidades em matéria de cláusulas contratuais gerais (art. 18º, *als. a) a d*), do Dec.-Lei nº 446/85, de 25 de outubro), de direito internacional privado (arts. 41º, 42º e 45º) e em relação ao tribunal competente (art. 74º, números 1 e 2, do Código de Processo Civil).

Verifica-se, portanto, um regime mais favorável ao lesado em se tratando da responsabilidade contratual.

Todavia, como há vários problemas comuns às duas formas de responsabilidade, o Código trata-os simultaneamente ao dispor sobre o regime próprio da obrigação de indenizar (artigos 562º e seguintes) a que ambas podem dar origem.

Ao analisar tal divisão no sistema jurídico português, Antunes Varela¹⁴ escreve que a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pode-se dizer que há uma nítida ligação entre esses dois tipos de responsabilidade, pelo fato de que elas podem surgir de um mesmo evento e transitarem do domínio de uma para a esfera normativa da outra.

¹⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Almedina, 2005, p. 522.

Neste sentido, Antunes Varela, citando Trabucchi, traz dois exemplos para ilustrar tal afinidade: no primeiro caso, o agressor que causa danos à integridade física da vítima deverá responder pelo ilícito extracontratual. Se, fixada em sentença a indenização devida ao agredido e o agressor tardar ou recusar a pagá-la, haverá, nessa hipótese, ilícito contratual (violação de uma obrigação fixada por decisão judicial). Ainda, em outro exemplo, se num acidente de viação, o motorista culpado provocar danos aos passageiros que transporta e atropelar os transeuntes que atravessavam a rua, responderá, quanto aos primeiros, por ilícito contratual e, quanto aos segundos, por ilícito extracontratual.

1.2.2. Responsabilidade subjetiva e objetiva

A Revolução Industrial representou o marco temporal responsável por fazer crescer a exposição e o número de sujeitos envolvidos nas operações de produção, uma vez que a população, que em sua maior parte vivia no campo, migrou-se para os centros urbanos em busca de melhores condições, que poderiam ser propiciadas pelo desenvolvimento capitalista.

Essa massificação da sociedade, gerada pela urbanização e centralização do capital, fez com que se tornasse necessário desenvolver o estudo da Responsabilidade Civil, submetendo este instituto a grandes mudanças ao longo do século XX. Verificou-se que era extremamente necessário repensar concepções até então tidas como inabaláveis, principalmente em relação à possibilidade de haver responsabilidade sem culpa e à coletivização da responsabilidade.

Segundo a teoria clássica, a ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, motivo pelo qual, em regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Por esta concepção, conhecida como responsabilidade subjetiva, somente é possível que a vítima obtenha a reparação do dano sofrido caso consiga provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna, extremamente industrializada e ligada à tecnologia.

Nessa esteira, Sérgio Cavalieri Filho leciona que “*o desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo*

conceito tradicional de culpa”¹⁵. Esse desenvolvimento ampliou as possibilidades e modos de atuação humana, majorando, também, a possibilidade de criação de riscos.

Ademais, em diversas situações, não é possível responsabilizar um indivíduo específico por uma conduta danosa, sendo somente possível atribuí-la a um conjunto de pessoas. E, logicamente, quanto maior o número de pessoas, maior a probabilidade de não se identificar o exato culpado¹⁶.

Surgiram, então, importantes trabalhos na Itália, na Bélgica e, principalmente na França, sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei portuguesa em certos casos e, ainda que como exceção e sempre expressamente, pelo Código Civil, conforme se observa do artigo 483º, nº 2, que dispõe que *“só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”*.

Entretanto, para que se possa efetuar a correta aplicação da responsabilidade civil, é necessário que se observe a presença de alguns pressupostos, como veremos a seguir.

1.3. Pressupostos da responsabilidade civil

O princípio geral da responsabilidade civil está consagrado no artigo 483º, nº 1 do Código Civil e estabelece que *“aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”*.

Da análise desse artigo se pode depreender que é necessária a existência de alguns elementos básicos para que haja a configuração da responsabilidade civil, sem os quais não se pode falar em dever de indenizar.

A teoria da responsabilidade civil subjetiva obriga atenção aos requisitos do fato voluntário (ação ou omissão do agente), dano, nexos de causalidade entre o fato e o dano e culpa, enquanto a objetivação da responsabilidade civil faz com que se prescindam deste último requisito, tornando o autor praticante de atividade de risco responsável por todos os

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. cit., p. 39.

¹⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Ob. cit., p. 528-529.

danos que resultarem da mesma¹⁷. É justamente a partir daí que se nota uma legítima inversão dos valores atinentes à responsabilidade civil, que não mais prioriza encontrar a culpa na conduta do sujeito, mas reparar o dano causado à vítima¹⁸.

No que diz respeito à responsabilidade civil pela perda de chance, é indispensável tratar especificamente de dois desses pressupostos: o dano e o nexo de causalidade.

1.3.1. O dano e suas espécies

Por muito tempo, foi dada excessiva atenção pela doutrina aos pressupostos da ilicitude e da culpa na responsabilidade civil. Entretanto, por necessidade dos próprios interesses humanos, tem-se notado, nas últimas décadas, um acentuado crescimento de trabalhos direcionados à delimitação e à aplicação do instituto do dano.

O dano constitui a essência da responsabilidade civil e está diretamente vinculado ao dever de indenizar. Em nenhuma hipótese a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas pode dispensar o evento danoso. A ilegitimidade ou irregularidade da ação que não traz dano a terceiros não é suficiente para empenhar responsabilidade, mas, apenas e, quando for o caso, a invalidade do ato¹⁹.

Antunes Varela²⁰, em relação a este importante pressuposto, afirma que o dano, para o efeito da responsabilidade civil, corresponde a toda lesão – patrimonial ou não patrimonial – nos interesses de outrem, tutelados pela ordem jurídica.

Para que ocorra o surgimento de uma obrigação de indenização é necessário que se verifique, portanto, que uma pessoa tenha causado um dano à outra, seja na esfera contratual ou na esfera extracontratual, devendo o mesmo ser demonstrado e comprovado pelo ofendido.

O dano portanto é, não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar. Isso porque o objetivo da indenização é reparar o prejuízo sofrido pela

¹⁷ LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. *Droit de la Responsabilité*, Action Dalloz. Paris: Dalloz, 1998, p. 15.

¹⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 115.

¹⁹ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 128.

²⁰ VARELA, João de Matos Antunes. Ob. cit., p. 598.

vítima e, se a vítima não sofreu prejuízo algum, a toda evidência, não haverá o que se indenizar.

Desta forma, o dano deve ser compreendido como a subtração ou diminuição de um bem jurídico, de qualquer natureza. É a lesão a interesses juridicamente tuteláveis, que deve preencher alguns requisitos – certeza, atualidade e subsistência – para que seja indenizável²¹.

Diz-se atual o dano que já existe ou já existiu no momento da ação de responsabilidade e certo, aquele fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese, de forma que não se compadece com o pedido de reparação um prejuízo meramente eventual. A estes elementos – certeza e atualidade – acrescenta-se a subsistência, que é responsável por rechaçar qualquer hipótese de ressarcimento do dano que já tenha sido reparado por quem o praticou.

O dano deve ser um reflexo do entendimento dominante de que, ao menos no ordenamento jurídico português, a responsabilidade civil tem uma função pura ou essencialmente reparatória. Ao revés, acentuar as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, pode acabar incorrendo em conceituar como dano um mero risco de lesão de um bem jurídico, tornando mais onerosa para o ofensor a prática de uma conduta ilícita²².

O art. 562º do Código Civil estabelece que aquele que estiver obrigado a reparar um dano, deve reconstituir a situação que existiria se não houvesse ocorrido o evento que obriga à reparação, o que demonstra que a lei prioriza a reconstituição natural do dano. Quando a reconstituição natural não é possível, não repara integralmente os danos, ou é excessivamente onerosa para o devedor, será fixada a indenização em dinheiro, nos termos do art. 566º, nº 1. Nessa hipótese, a indenização em dinheiro tomará como medida a diferença entre a situação patrimonial atual do lesado e a que teria se não existisse dano algum (art. 566º, nº 2).

No âmbito da perda de chance, a identificação do dano tem causado enorme discussão doutrinária. É necessária a apreciação do caso concreto para que seja possível

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. cit., p. 96.

²² GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, em *Studia Iuridica*, 91, *Ars Iudicandi*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume II: Direito Privado, Coimbra Editora, 2008, p. 290.

perceber a perda da chance como um dano certo, o que dependerá da aceitação deste como um dano autônomo e indenizável.

Em um dos exemplos mais emblemáticos da perda de chance, Henri Lalou²³ narra o caso de um cavalo de corrida que, por culpa de terceiro, não chega a tempo de competir. Enquanto por um lado tem-se um dano hipotético, uma vez que não há nenhuma certeza da vitória do cavalo na competição, por outro lado verifica-se um dano certo, tendo em vista que a conduta culposa de um terceiro privou alguém da chance de ver seu animal competir e ocasionalmente vencer a corrida.

No entendimento de Geneviève Viney²⁴, classificar o dano da perda de chance como um dano incerto e, conseqüentemente, irreparável, seria como aceitar que inúmeras situações em que a vítima se vê privada de alcançar um resultado favorável, como no exemplo supracitado, ficassem impedidas de reparação. Portanto, a perda de chance séria e real constitui um dano certo, independente do dano final, que é hipotético e eventual.

O dano pode ser tanto patrimonial quanto não patrimonial.

O dano patrimonial, conhecido também como dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendido como o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro²⁵. Trata-se de dano susceptível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado diretamente, por meio da reconstituição específica da situação anterior à lesão, ou indiretamente, mediante indenização pecuniária.

O dano patrimonial se subdivide, em uma classificação procedente do Direito Romano, em dano emergente e lucro cessante. O primeiro consiste na efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito, aquilo que a vítima efetivamente perdeu. Já o segundo consiste na frustração da expectativa de ganho, na diminuição potencial do patrimônio do ofendido.

Exemplo clássico para distinguir os dois institutos é o caso da colisão de táxis. Enquanto o dano emergente se configura através dos prejuízos causados em cada um dos veículos ou na integridade física das pessoas, o lucro cessante corresponde à vantagem que

²³ LALOU, Henri. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, 5ª ed., Paris: Librairie Dalloz, 1955, p. 103.

²⁴ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*, 2ª ed., Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité, p. 67-68.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 97.

os taxistas deixaram de obter pelo fato de não terem o veículo disponível para transportar passageiros²⁶.

Constata-se assim que o dano emergente remete a uma perda atual, em que, por consequência da lesão, a vítima perde algo que já havia adquirido, enquanto o lucro cessante envolve um prejuízo futuro, algo que a vítima iria vir a adquirir se não fosse a lesão.

Desta forma, é possível depreender-se que o primeiro tem uma base mais firme, pois se refere sempre a fatos passados, enquanto o segundo é condicionado a uma perspectiva de ganho, relativa à verificação da potencial diminuição do patrimônio do ofendido, de acordo com a evolução normal dos acontecimentos.

Não se pode confundir, no entanto, danos certos no futuro com danos meramente eventuais. O lucro cessante pertence à primeira categoria e, ainda que nunca tenha existido, nem chegue a existir, há uma certeza relativa de que seria verificado se não fosse a conduta do ofensor. Por outro lado, o dano meramente eventual, por não possuir o requisito da certeza, não é ressarcível.

Os danos morais (ou não patrimoniais) estão dispostos no artigo 496.º do Código Civil, sob o título de danos não patrimoniais, e são aqueles insusceptíveis de avaliação pecuniária por não integrarem o patrimônio do lesado. Atingem bens como a saúde, o bem estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra e o bom nome²⁷.

Durante certo tempo discutiu-se a ressarcibilidade do dano moral, sob o fundamento de ser ele inestimável e de ser impossível estabelecer um preço para a dor, o que originou discussões sobre seu cabimento.

Mediante argumentos favoráveis e desfavoráveis ao instituto, concluiu-se, por fim, que a injustiça da não reparação seria muito mais grave do que qualquer crítica que se pudesse fazer à indenizabilidade do dano moral, tido assim como um meio de atenuação, minoração ou, de algum modo, compensação dos danos sofridos pelo lesado²⁸, o que

²⁶ VARELA, João de Matos Antunes. Ob. cit., p. 599.

²⁷ VARELA, João de Matos Antunes. Ob. cit., p.601.

²⁸ VARELA, João de Matos Antunes. Ob. cit., p. 603-604.

demonstra ainda que a responsabilidade civil não tem apenas caráter reconstitutivo, podendo, em alguns casos, ser aplicada como simples método compensatório²⁹.

Não representa o dano moral, portanto, qualquer imoralidade, já que não se está aqui comercializando bens não patrimoniais, mas sancionando o ofensor por ter privado alguém das utilidades que aquele bem lhe proporcionava³⁰.

1.3.2. O nexu causal e as teorias tradicionais de causalidade

O nexu de causalidade corresponde ao vínculo, à ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. É, portanto, elemento essencial da responsabilidade civil, uma vez que é fundamental que o dano tenha sido causado pela conduta do sujeito. Antes mesmo de se verificar se o agente agiu de forma culposa, deve-se examinar se foi ele quem deu causa ao resultado.

Nos termos do artigo 563º do Código Civil Português, o lesante é responsável apenas pelo ressarcimento dos danos que ele tenha efetivamente ocasionado. O nexu de causalidade desempenha, assim, uma dupla função: é o pressuposto da responsabilidade e a forma de medida da obrigação de indenizar³¹.

No entanto, uma grande questão que se discute diz respeito ao método para solucionar os casos em que os danos possuem como origem mais de uma causa. Faz-se necessário, desta forma, observar as diferentes teorias de causalidade aplicadas na identificação da relação de causa e efeito entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, para que se possa buscar uma solução para este problema.

Destarte, serão analisadas a seguir as principais destas teorias: teoria da equivalência das condições, teoria da condição eficiente, teoria do fim da norma violada e teoria da causalidade adequada, esta última com especial destaque, uma vez que é aquela adotada expressamente pelo legislador português no Código Civil, nos termos do artigo 563º.

²⁹ CORDEIRO, António Menezes. Ob. cit., p. 514-515.

³⁰ LEITÃO, Luís Menezes. *Direito das Obrigações*, Vol. I, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 348.

³¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Ob. cit., p. 605.

Teoria da equivalência das condições

Tendo se originado na Alemanha no século XIX, a teoria da equivalência das condições, ou teoria da *conditio sine qua non*, defende que todas as condutas que foram essenciais para a ocorrência do evento danoso são consideradas como causas equivalentes, sob o argumento de que, na ausência de alguma delas, o dano se teria se produzido. As causas não são, portanto, distinguidas qualitativamente³².

Pode-se dizer que esta teoria favorece a vítima, uma vez que, em diversas situações, estarão presentes vários agentes imputáveis. Entretanto, deve-se atentar ao fato de que sua aplicação estrita poderia causar enormes injustiças, consoante ao caso concreto em que é utilizada, e é por isso que vem sendo cada vez menos adotada pela doutrina e jurisprudência³³.

Segundo Menezes Leitão³⁴, ao se considerar todas as condições como causa do evento danoso, se estaria abdicando de realizar uma seleção das condições juridicamente relevantes.

Para a doutrina francesa, a possibilidade de se efetuar a análise retrospectiva de todas as causas poderia levar à “causalidade do universo”³⁵.

Teoria da última condição

Conhecida também como teoria da causa próxima, a teoria da última condição, como o nome diz, considera como causa do dano a última condição que se averiguou e que, sendo assim, o antecede diretamente.

Inspirada na fórmula de Bacon, “*in iure non remota causa sed próxima*”, é frequentemente usada nos países da *Common Law* e está presente no art. 1151º do Código Civil Francês e 1223º do Código Civil Italiano, que somente admitem a indenização de um dano nas hipóteses em que seja consequência direta e imediata da inexecução³⁶.

³² LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. Ob. Cit., p. 268-269.

³³ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 22.

³⁴ LEITÃO, Luís Menezes. Ob. cit., p. 359.

³⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Ob. cit., p. 163.

³⁶ LEITÃO, Luís Menezes. Ob. cit., p. 360.

Há que se ressaltar que nem sempre o agente que teve a última chance de evitar o dano é quem deve repará-lo, mas aquele que teve a melhor oportunidade de evitá-lo. Deve haver uma prevalência do caráter qualitativo da condição necessária sobre o caráter puramente temporal³⁷.

Desta forma, a teoria não demonstra uma justa razoabilidade, uma vez que fatos ocorridos anteriormente àquele temporalmente mais próximo ao evento danoso podem se enquadrar melhor como condição verdadeiramente decisiva para efeitos de causa.

Teoria da condição eficiente

Desenvolvida por Birkmeyer, segundo a teoria da condição eficiente, deve-se realizar uma avaliação quantitativa da eficiência das diversas condições do processo causal para encontrar aquela que se apresenta mais relevante em termos causais e se possa assim, identificar a causa do dano.

A teoria não representa, na prática, um critério para se estabelecer o nexos causal, uma vez que apenas seria possível encontrar uma condição mais eficiente mediante o ponto de vista do julgador, o que representa um subjetivismo em sua totalidade e, logo, juridicamente inadequado³⁸.

Teoria do escopo da norma jurídica violada

A teoria do escopo da norma violada teve origem no direito alemão, no início do século XX, com Ernst Rabel³⁹.

De acordo com esta teoria, não se deve definir um critério único – como o da adequação – para estabelecer a relação causal em todas as condutas que acarretem em um evento danoso, mas buscar o nexos de causalidade mediante observação da intenção protetiva da norma.

A teoria defende que para que seja estabelecido o nexos de causalidade apenas basta verificar se os danos causados correspondem à frustração das utilidades que a norma

³⁷ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit., p. 95.

³⁸ LEITÃO, Luís Menezes. Ob. cit., p. 360.

³⁹ HART, Herbert; HONORÉ, Tony. *Causation in the Law*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 476.

visava conferir ao sujeito com base no direito subjetivo ou na norma de proteção. Baseia-se, portanto, em uma questão de interpretação do conteúdo e fim específico da norma jurídica em que se fundamentam os danos⁴⁰.

Teoria da causalidade adequada

Considera-se a teoria da causalidade adequada, desenvolvida no final do século XIX pelos alemães Von Kries e Rumelin, um importante avanço em relação à teoria da equivalência de condições. Ainda que ambas exijam o requisito da *conditio sine qua non*, a teoria em análise representa uma evolução por exigir que a causa, além de necessária, esteja revestida de um critério de adequação⁴¹. Entende-se por adequação da causa aquilo que empiricamente ocorre com maior frequência.

De acordo com a teoria, deve-se entender como causa apenas a conduta que é perfeitamente adequada ou idônea para a ocorrência do dano⁴².

Um fato é causa adequada de um evento danoso quando, ao nos colocarmos no momento anterior à sua prática, for possível vislumbrar que o dano ocorreria de acordo com as regras da experiência comum. Nesse caso, tem-se o dano indenizável. Não são indenizáveis os danos produzidos sob a influência de circunstâncias extraordinárias ou situações consideradas improváveis mediante a ponderação de regras de experiência comum e técnica⁴³.

Pertinente ressaltar que a distância temporal entre determinada conduta e um evento danoso não deve ser utilizada como fundamentação da teoria da causalidade adequada. A teoria utiliza, ao invés do argumento da proximidade temporal, a proximidade lógica que esta conduta tem com o dano verificado.

A doutrina da causalidade adequada é expressamente referida pelo legislador, nos termos do artigo 563º do Código Civil Português, que dispõe que “*a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*”.

⁴⁰ LEITÃO, Luís Menezes. Ob. cit., p. 362.

⁴¹ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 23.

⁴² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 5ª ed., São Paulo, 1980 p. 329.

⁴³ NORONHA, Fernando. Ob. cit., p. 476.

Já em 1950, Pereira Coelho⁴⁴ destacava a importância de se reconstituir a situação atual hipotética, ao argumentar que o lesante é “*obrigado a reparar aqueles prejuízos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse o facto*”. Desta forma, de acordo com o autor, seríamos assim conduzidos em linha reta à adoção da doutrina da causalidade adequada.

A teoria deve ser aplicada, então, em dois momentos. Primeiramente, verifica-se a existência de um fato naturalístico concreto, condicionante de um dano sofrido. No segundo momento, é necessário apurar se o fato concreto é adequado e apropriado para provar o dano.

Portanto, de acordo com a teoria, só devem ser consideradas como causas do dano as situações que se mostram como adequadas a produzi-lo e as quais o agente tinha conhecimento ou eram cognoscíveis.

Para melhor compreendê-la, tem-se o exemplo do motorista de táxi que, ao se atrasar, faz com que seu cliente perca seu comboio e tenha que embarcar no veículo seguinte. Este vem então a descarrilar, ocasionando a morte do mesmo. Pode-se constatar que o atraso foi condição do evento danoso, porém, não deve ser considerado a causa adequada do mesmo⁴⁵.

Faz-se necessário diferenciar aqui a vertente positiva da vertente negativa da teoria da causalidade adequada.

Para a formulação positiva e mais restrita da teoria, um fato será causa adequada do dano quando este representar uma consequência normal, lógica, previsível daquela conduta.

Em sentido mais amplo, a vertente negativa da teoria defende que o fato somente deixará de ser considerado causa adequada do dano quando circunstâncias anormais, excepcionais, extraordinárias ou anômalas influenciarem decisivamente o resultado. E é essa formulação negativa da teoria a adotada pela lei portuguesa, segundo doutrina majoritária.

⁴⁴ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil* (suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Coimbra, 1950, p. 54.

⁴⁵ VARELA, João de Matos Antunes. Ob. cit., p. 889.

No entanto, a teoria da causalidade adequada não está imune a críticas. Parte minoritária da doutrina argumenta que a mesma é impura e miscigenada, por abrigar elementos objetivos e elementos subjetivos. Ao mesmo tempo em que a teoria defende a utilização de um padrão médio de previsibilidade, a mesma admite a alegação dos conhecimentos específicos do indivíduo em causa como meio de prova, sendo, portanto, inaplicável em casos de responsabilidade objetiva.

Acrescentam ainda que falta normatização à teoria, que não define os parâmetros do grau de previsibilidade, nem interpreta a finalidade das normas violadas⁴⁶.

⁴⁶ FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*, Coimbra Editora, 1ª ed., 2011, p. 306-307.

2. A PERDA DE CHANCE

2.1. Conceito

Para iniciar o estudo do instituto da perda de chance, necessário se faz uma breve análise do conceito de chance.

De acordo com o dicionário de língua portuguesa da Porto Editora, chance significa “*oportunidade, sorte, felicidades*”. Destas definições, é possível extrair, em primeiro lugar, que o vocábulo chance compreende duas distintas realidades: uma possibilidade e a concretização dessa possibilidade. Em segundo lugar, que está implícita uma ideia de imprevisibilidade, de incerteza. É importante salientar que, apesar de constantemente se relacionar a chance a um desenrolar favorável dos fatos, a mesma possui caráter de neutralidade que, como veremos mais adiante, é uma de suas características fundamentais como bem jurídico passível de reparação⁴⁷.

O autor alemão Nils Jansen resume que a chance representa a possibilidade de se ganhar um determinado benefício ou de se evitar um dano ou uma lesão. Constitui, portanto, um bem que pode ser confrontado ao risco. A chance de evitar uma lesão reflete o risco da mesma se concretizar e a chance de ganhar um benefício reflete o risco de não obtê-lo, representando sempre uma expectativa necessariamente hipotética⁴⁸.

Segundo Rafael Peteffi da Silva, a chance constitui uma expectativa obrigatoriamente hipotética que pode ser materializada no ganho final de um processo aleatório. Se a vítima experimenta a perda de uma probabilidade de obter êxito neste processo, em decorrência de ato culposo de terceiro, que o paralisa, se poderá calcular um valor estatístico para esta probabilidade, de maneira que lhe possa ser conferido um caráter de certeza⁴⁹.

⁴⁷ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008, p. 179-180.

⁴⁸ JANSEN, Nils. *The Idea of a Lost Chance*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, 1999, p. 279: “Put simply, a chance is the possibility of gaining a certain benefit or avoiding a possible harm or injury. It constitutes a good and can be understood as the opposite to the concept of a risk, which constitutes an evil. A chance to avoid an injury mirrors the risk that this injury might materialize, and the chance to gain a benefit is mirrored by the risk of not obtaining it”.

⁴⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 13-14: “Esse tipo de chance perdida possui um valor próprio. Assim, um bilhete de loteria representa nada mais do que a chance de ganhar determinado prêmio, e não se questiona que ele tenha determinado preço. É verdade que nem sempre é tão fácil de se determinar o valor da chance perdida, mas isso não pode ser motivo para se negar a indenização de um dano existente”.

Podemos entender que a perda de chance consiste, portanto, na eliminação da possibilidade de se obter um resultado favorável devido a uma conduta ilícita praticada por terceiro, que interrompe um processo aleatório em curso. Importante destacar aqui que, sendo reversível a situação, no sentido de ainda ser possível o alcance do resultado final, não se poderá verificar a ocorrência deste dano.

Ressalta-se que a chance frustrada não corresponde ao benefício esperado, mas à probabilidade que esse resultado tinha de ser alcançado, caso o processo não houvesse sido interrompido⁵⁰.

Neste sentido, pertinente trazer à colação definição dada pela autora Grácia Cristina Moreira do Rosário⁵¹:

“A perda uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável”.

Por representar uma teoria inovadora de dano, Ben Smith afirma que a compensação pela perda de chance tem o potencial de revolucionar o direito civil das obrigações como utilizado atualmente⁵².

2.2. Evolução doutrinária e jurisprudencial

Teve origem no Direito francês, a partir do final do século XIX, quando a Corte de Cassação Francesa, em 17 de julho de 1889, concedeu indenização ao demandante, em razão da atuação culposa do auxiliar de justiça que inviabilizou a obtenção de êxito na ação ajuizada por aquele, mediante seu normal procedimento.

⁵⁰ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

⁵¹ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 133.

⁵² SMITH, Ben. *Loss of a Chance*, em *Victoria University of Wellington Law Review*, 1999, p. 225.

A adoção desta modalidade foi se multiplicando e hoje é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, que atualmente assentam a discussão em determinar as condições de ressarcibilidade da perda de chance e nos critérios de estabelecimento do quantum indenizatório.

No entanto, ainda é discutível no âmbito doutrinário se deve ser aplicado o dano da perda de chance nos casos de perda de oportunidade de cura ou de sobrevivência, quando, na maioria das vezes, é necessário fazer o uso da causalidade parcial⁵³, discussão esta que a jurisprudência francesa parece estar alheia. Tomando-se como base as decisões de Corte de Cassação, não são encontrados grandes debates sobre a natureza jurídica da perda de chance ou argumentos favoráveis a abandoná-la, mesmo quando se tenha que recorrer à causalidade parcial⁵⁴.

O dano da perda de chance se ampliou para vários outros ordenamentos jurídicos, como o da Bélgica, Espanha, Holanda, Itália, Inglaterra, Estados Unidos, Brasil e Argentina, com diferentes amplitudes. Todavia, em sistemas como o alemão, o austríaco, o suíço, o grego, o sueco, o dinamarquês e o norueguês, não foi bem acolhido⁵⁵. A estes se podem somar ainda os ordenamentos jurídicos da República Tcheca, Eslovênia, Estônia e Finlândia⁵⁶.

Como na maioria dos ramos do direito, a responsabilidade civil pela perda de chance é aplicada de diferentes formas e em distintas situações consoante o ordenamento jurídico no qual é utilizada.

Na Holanda, por exemplo, é permitida a reparação parcial em casos de causalidade incerta no âmbito da responsabilidade advocatícia ou da responsabilidade médica⁵⁷.

Na Espanha, a “*pérdida de oportunidad*”, como é referido o dano da perda de chance, é pacificamente vislumbrado como um dano autônomo, perfeitamente indenizável, tendo sido utilizado em larga escala pela jurisprudência nos últimos anos, principalmente no domínio de determinados serviços profissionais, com destaque aqueles nos âmbitos

⁵³ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 193.

⁵⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 156.

⁵⁵ GOMES, Júlio. *Ainda sobre a figura do dano da perda de chance*, em Cadernos de Direito Privado, II Seminário dos Cadernos de Direito Privado “Responsabilidade Civil”, nº 2, dezembro 2012, p. 18

⁵⁶ GRAZIANO, Thomas Kadner. *Loss of a Chance in European Private Law: ‘All or Nothing’ or Partial Liability in Cases of Unceirtain Causation*, em European Review of Private Law 6-2008, Kluwer Law International BV, p. 1023.

⁵⁷ GRAZIANO, Thomas Kadner. Ob. cit., p. 1023.

jurídico e médico – neste último âmbito se destacam os casos de falhas médicas que impedem que sejam tomadas decisões importantes dentro de um prazo necessário determinado, como o caso do filho recém-nascido que apresenta malformações ou doenças, conhecido como *wrongful birth* –. No entanto, são feitas ressalvas no sentido de que se deve atentar a um possível abuso do uso da teoria, principalmente em casos nos quais faltam elementos de prova do nexo causal entre a conduta lesiva e o dano final⁵⁸.

Os tribunais possuem alto grau de discricionariedade para avaliar o dano, não estando necessariamente vinculados a um cálculo preciso da porcentagem da chance perdida. Em seu lugar, optam por conceder indenizações às vítimas na forma de danos morais, mesmo em casos nos quais está em causa a eliminação da chance de estas auferirem algum incremento patrimonial⁵⁹.

Na *Sentencia del Tribunal Supremo* de 29 de maio de 2003, é nítida a aplicação deste entendimento quanto ao enquadramento do dano da perda de chance como um dano extrapatrimonial, ao condenarem o réu, no caso, um advogado, ao pagamento de indenização ao seu cliente por não haver apresentado recurso de decisão desfavorável a este, em caráter de dano moral⁶⁰.

Outro notável caso da teoria da perda de chance também foi abordado pelo direito espanhol, em julgado do Supremo Tribunal de 10 de outubro de 1998, no qual um trabalhador de uma empresa fabricante de gelados teve sua mão amputada. O empregador, na tentativa de preservar o membro, o colocou em um recipiente com gelo sintético ao invés de gelo natural, o que fez com que a mão amputada chegasse ao hospital em um estado de congelamento muito avançado. No entanto, não restou provado que este fato havia sido responsável pelo fracasso da cirurgia. O tribunal, desta forma, condenou a

⁵⁸ VIEIRA, Maria Luisa Arcos. *La “pérdida de oportunidad” como daño indemnizable*, em Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 7, Coimbra, 2005, p. 137-140: “*La ‘pérdida de oportunidad’, como daño indemnizable autónomo, constituye un expediente utilizado por la jurisprudencia española de los últimos años principalmente en el ámbito de la prestación – mediando o no un contrato al efecto – de determinados servicios profesionales, especialmente los de carácter jurídico y sanitario. (...) Los contornos de la pérdida de oportunidad’ aparecen así algo imprecisos en parte, posiblemente, debido tanto a la indefinición del concepto – que puede estar empleándose con significados no siempre coincidentes – como a una tendencia al recurso excesivo a este expediente cuando los perjuicios no pueden ser acreditados con la suficiente certeza – lo que ocurre principalmente respecto de perjuicios de carácter económico –, o cuando resulta notoria la dificultad de vincular el daño que entiende haber sufrido el demandante, mediante una relación de causa – efecto, a la conducta del demandado – situación que puede corresponderse tanto con la reclamación de daños patrimoniales como no patrimoniales”.*

⁵⁹ GRAZIANO, Thomas Kadner. Ob. cit., p. 1023-1024.

⁶⁰ VIEIRA, Maria Luisa Arcos. Ob. cit., p. 145.

empresa pela perda da oportunidade que seu empregado tinha de ser submetido à cirurgia em condições normais⁶¹.

Na Itália, já em 1940, Giovanni Pacchioni⁶², professor da *Università di Milano*, tratou expressamente da responsabilidade civil pela perda de chance, em sua obra *Diritto Civile Italiano*.

O autor indagava como deveriam ser solucionadas as seguintes situações:

- Um jóquei que, mesmo tendo recebido o cavalo de seu proprietário a tempo, se atrasa e não consegue participar de uma competição;
- Um pintor que é impedido de participar de uma exposição por culpa da empresa de correios, que atrasou na entrega do seu quadro;
- Um advogado que deixa transcorrer o prazo para interpor recurso contra decisão desfavorável aos interesses de seu cliente, excluindo qualquer chance de este ter a decisão reformada a seu favor na instância superior.

Em qualquer das hipóteses acima descritas, o autor afirmava que havia motivo para a vítima – o proprietário do cavalo, o pintor ou o cliente do advogado – se queixar. No entanto, era questionável se o lesado teria interesse jurídico para ajuizar ação de reparação, uma vez que não se poderia verificar um dano certo.

Pacchioni reconhece que os eventos danosos retratados nos exemplos foram responsáveis por eliminar as possibilidades das vítimas alcançarem uma vantagem. Entretanto, segundo o autor, estas possibilidades eram aleatórias, não dotadas de valores certos, efetivos e atuais, não sendo, assim, indenizáveis. Ainda que possuíssem um valor social notável, não eram dotadas de valor econômico.

Importante ressaltar que o doutrinador enfrentou a temática da perda de chance mesmo antes da vigência do *Codice Civile* de 1942, o qual, para alguns autores, acolheu a teoria da perda de chance, sendo esta beneficiada pela proximidade geográfica com a França, país no qual a teoria vinha avançando acentuadamente, e por algumas importantes características comuns entre seus códigos civis.

⁶¹ GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 299-300.

⁶² PACCHIONI, Giovanni. *Diritto Civile Italiano – Parte seconda: Diritto delle obbligazioni*, v. IV, *Delitti e Quasi Delitti*, Padova: Cedam, 1940, p. 109-115.

No entanto, apenas em 1966, Adriano de Cupis, em sua obra *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*⁶³, reconheceu o dano da perda de chance como um dano autônomo, passível de indenização.

Ao comentar os exemplos analisados por Pacchioni, De Cupis afirma que, de fato, não seria possível se alcançar reparação equivalente ao resultado almejado em nenhum dos casos. Entretanto, o autor admite a possibilidade de reparação em relação ao dano intermédio gerado pelas condutas culposas do jóquei, da empresa de correios e do advogado, uma vez que é certo que havia uma possibilidade de vitória antes da ocorrência destes eventos.

Além de reconhecer a autonomia do dano da perda de chance, representado por este dano intermédio que interrompe um processo aleatório, De Cupis teve imensa importância ainda por incluir a perda de chance na categoria de dano emergente e limitar a sua possibilidade de aplicação às possibilidades sérias e reais.

Em 19 de novembro de 1983, teve-se notícia do *leading case* italiano, no qual a *Corte di cassazione* decidiu favoravelmente à aplicação da teoria⁶⁴.

Tratava-se de uma empresa que havia iniciado processo de seleção para a contratação de motoristas. Após a realização de diversos exames médicos, alguns candidatos foram impedidos de participarem das demais etapas do processo seletivo, consistentes no exame de direção e na prova de cultura elementar, imprescindíveis para a conclusão do processo de admissão. Os candidatos eliminados, inconformados com a postura da empresa, acionaram o judiciário.

O juiz de primeira instância reconheceu o direito dos mesmos de serem admitidos, desde que fossem aprovados nas etapas faltantes, e condenou a empresa a indenizá-los pelo atraso no processo de admissão. A decisão foi reformada pelo Tribunal de Roma, que não considerava indenizável o dano decorrente da perda de chance, por se tratar, no entendimento desta corte, de um dano meramente potencial. A *Corte di cassazione*, no entanto, reformou o acórdão do Tribunal, por entender que a indenização pretendida pelos

⁶³ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 1966, p. 263-265.

⁶⁴ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance*, 2. ed, São Paulo: LTr, 2006, p. 325-326.

candidatos não dizia respeito à efetiva obtenção do emprego, mas à perda da oportunidade de se concorrer ao mesmo, em condições igualitárias às dos demais candidatos.

No caso do direito germânico, Nils Jansen atribui o não acolhimento da teoria da perda de chance aos altos patamares exigidos pelos tribunais no que concerne ao nexo de causalidade. Os julgadores devem estar plenamente convencidos ao tomarem suas decisões e, portanto, preferem optar por outros meios para solucionar estes tipos de situação, como o da inversão do ônus da prova.

Desta forma, havendo restado comprovado que o réu agiu com negligência, caberá a este provar que sua conduta não foi a causa do prejuízo sofrido pela vítima⁶⁵.

O próprio autor tece algumas críticas a este posicionamento, principalmente por se basear na solução do tudo ou nada. A vítima tem duas possibilidades: ou lhe é concedida reparação integral ou não lhe é concedida reparação alguma. Escreve que este sistema é deficiente, uma vez que não possibilita considerar toda a variedade de fatores presentes na causa e critica ainda o fato de que apenas vítimas de negligência grosseira são capazes de obter reparação⁶⁶.

Jansen ressalta que casos clássicos em que se perde a oportunidade de celebrar um contrato favorável ou de desenvolver uma carreira estão regulados pelo art. 252º do Código Civil Alemão (BGB), que inclui entre os danos indenizáveis a vantagem que se poderia ter alcançado em situações normais. Além disso, o art. 287º do Código de Processo Civil (ZPO) confere aos juízes poder discricionário para estimar os danos, mas destaca, entretanto, que os tribunais devem fazê-lo sem prestar atenção nas probabilidades

⁶⁵ JANSEN, Nils. Ob. cit., p. 276: “*The German standard of proof, however, is much higher. The court must be sure about the facts. This does not mean that it must be able to exclude every mere theoretical possibility. But there must be no reasonable doubt about the facts for the court to decide in favour of the party bearing the burden of proof. Clearly under this standard of proof it would be nearly impossible in many cases to establish a causal link. Every substantial alternative would destroy the plaintiff’s proof. None the less German law does not normally allow any exception to the strict requirement of a causal connection between the defendant’s action and the plaintiff’s damage. Instead, it deals with such problems procedurally in terms of a reversal of the burden of proof. If it is proven that the defendant acted grossly negligently it is up to her to prove that her action was not the cause of the plaintiff’s injury*”.

⁶⁶ JANSEN, Nils. Ob. cit., p. 277: “*Either the plaintiff recovers damages in full or recovers nothing at all. Now, all or nothing solutions tend to be deficient because they cannot take a variety of factors and opposing reasons into account*”.

estatísticas. Assim, nenhuma prova da perda hipotética é requerida e, portanto, a perda de chance não se torna um problema jurídico como tal⁶⁷.

Ocorre que todas estas disposições dizem respeito a casos em que uma potencial perda futura está ligada a um dano recuperável e dispõem sobre a avaliação econômica dos danos, não tendo relevância em determinar se a chance perdida é capaz de gerar um dano indenizável.

Portanto, a solução apresentada pelo direito privado germânico para casos enquadrados como perda de chance não é satisfatória, uma vez que não o considera um dano autônomo e indenizável como deveria e, assim, desrespeita o direito constitucional daquele país, que exige proteção das vítimas, mesmo que estas tenham sofrido apenas a perda da oportunidade de alcançar alguma vantagem ou evitar um prejuízo⁶⁸.

Em caso de 17 de fevereiro de 1998, decidido pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH), a aplicação da teoria foi claramente rejeitada. Tratava-se de um desportista de 34 anos que, em decorrência de uma cirurgia mal realizada, ficou com sequelas permanentes que afetavam drasticamente seus movimentos. Ainda que aquele fosse seu último ano a atuar como jogador profissional, o atleta estava a frequentar um curso de treinador, com vistas a se licenciar como tal para seguir auferindo rendimentos no âmbito desportivo.

A corte condenou o cirurgião a repará-lo pelos rendimentos que alcançaria nas duas temporadas subsequentes – com base nos lucros cessantes –, uma ainda como jogador e a outra como treinador, uma vez que restou demonstrado que ele poderia vir a ser contratado pelo seu próprio clube para esta posição, após encerrar suas atividades como atleta. No entanto, entendeu-se que não era possível concedê-lo indenização pela perda da oportunidade de se auferir remuneração nas temporadas subsequentes a estas, por se tratar

⁶⁷ JANSEN, Nils. Ob. cit., p. 291: “Thus, the classical cases of a lost opportunity to conclude a favourable contract or to develop a career are regulated by s. 252 of the Civil Code (BGB), which provides that the recoverable harm includes the gain which was normally to be expected. In addition, s. 287 of the Code of Civil Procedure (ZPO) gives judges discretion to estimate damages. Interestingly, courts pretend that this is done without paying attention to statistical probabilities. No certain proof of the hypothetical loss is required, and the loss of a chance does not become a legal problem as such”.

⁶⁸ JANSEN, Nils. Ob. cit., p. 292-293: “But the present private law solution is unsatisfactory. Thus, in conclusion, it can be said that German constitutional law demands some protection of victims who have nothing to lose except a chance, and that acknowledging the loss of a chance as a harm would be a feasible method of fulfilling this requirement”.

de uma mera possibilidade hipotética e incerta, que não poderia ser identificada e quantificada com segurança⁶⁹.

Em outra situação, também ocorrida no direito alemão, a perda de chance chegou a ser reconhecida em primeira instância, mas acabou sendo reformada na corte superior. Tratava-se de um arquiteto que, sob a falsa alegação de que havia entregado seu projeto fora do prazo, teve o recebimento do mesmo recusado em um concurso de uma clínica. O BGH, em sua decisão, rechaçou qualquer possibilidade de reparação, sob o argumento de que o autor não fora capaz de demonstrar que obteria êxito no concurso, reformando decisão da corte inferior, que havia condenado a clínica ao pagamento de indenização ao arquiteto pela perda da oportunidade de ter seu projeto apreciado, que lhe foi eliminada,⁷⁰.

Na Suíça, o Supremo Tribunal rejeitou a doutrina da perda de chance em decisão de 13 de junho de 2007, afirmando ainda, categoricamente, que a mesma não deve ali prosperar, ao menos no momento atual⁷¹.

Um paciente havia se apresentado na urgência de um hospital durante a madrugada, sob a queixa de várias cefaleias intensas e violentas, náuseas, vômitos e dores abdominais. O médico plantonista ministrou-lhe medicamentos para dor e diagnosticou uma simples gripe. No entanto, após algumas horas, o paciente, que havia retornado para casa mediante o consentimento do médico, deu entrada novamente na urgência, com quadro de pré-coma. Verificou-se, então, que o paciente estava acometido por uma meningite bacteriana, dando início ao tratamento com antibióticos. Além de várias complicações geradas pela doença, o paciente perdeu a audição dos dois ouvidos. Um relatório do Instituto de Medicina Legal da Universidade de Lausane indicou que era impossível determinar se a prescrição de antibióticos no primeiro momento teria evitado os danos permanentes causados pela doença.

A doutrina da perda de oportunidade, invocada pelo paciente, foi rejeitada pelo tribunal, que argumentou que a fundamentação desta contraria as noções de causalidade e de dano adotadas pela legislação suíça. O tribunal não vislumbrou a existência do nexo de causalidade entre a conduta do médico plantonista e os danos permanentes causados ao paciente, não estando presente, desta forma, a *conditio sine qua non*.

⁶⁹ GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 300.

⁷⁰ GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 300-301.

⁷¹ GOMES, Júlio. *Ainda sobre a figura do dano da perda de chance*, p. 18-19.

No caso francês, esta espécie do dano vem sendo aplicada em diversas situações, como quando ocorre a perda de chance de se auferir vantagem em jogos de azar, de se ganhar uma demanda judicial por negligência dos advogados e, ainda, em casos em que se constata quebra do dever de informar na seara médica, e a perda de chance em matéria empresarial.

Em algumas situações, a jurisprudência francesa tem aplicado o instituto para concessão de indenizações por um dano futuro, como a perda de chance de se obter melhor condição social. Neste sentido, em decisão da Corte de Cassação na década de 1970, foi conferida reparação a uma jovem mulher que havia perdido o marido, um médico talentoso, por conduta culposa do réu. Entendeu-se que esta teve eliminada uma chance de gozar de uma situação social melhor no futuro, uma vez que os vencimentos de seu falecido marido seriam substancialmente elevados⁷².

No entanto, quando se faz necessária a utilização da noção de causalidade parcial, especialmente em hipóteses relacionadas ao direito médico, a doutrina dominante na França se posiciona contrariamente à utilização do dano da perda de chance⁷³.

A forma de aplicação da perda de chance no direito belga é bastante similar ao direito francês, uma vez que a teoria é constantemente aplicada pelos tribunais em casos de negligência advocatícia, falha médica e em diversas outras situações.

Em um caso datado do ano de 2004⁷⁴, a *Cour de cassation* da Bélgica questionou a aplicação da perda de chance no direito daquele país. Uma jovem mulher havia recebido diversas ameaças de seu ex-namorado. A polícia local, informada das ameaças e do grau de periculosidade do ofensor, não tomou nenhuma medida de segurança. O homem, então, atacou sua ex-namorada com ácido, o que lhe causou uma séria lesão. A vítima, assim, processou a Cidade de Liège e o Governo Belga pelos danos decorrentes da omissão negligente da polícia.

A *Cour d'appel* de Bruxelas concedeu indenização à mulher em um total de 80% do dano sofrido, por entender que, mesmo que a polícia houvesse tomado as precauções necessárias, seria impossível proteger 100% a vítima de um possível ataque.

⁷² SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 174.

⁷³ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 155-156.

⁷⁴ GRAZIANO, Thomas Kadner. Ob. cit., p. 1026-1027.

A *Cour de cassation*, por sua vez, cassou a decisão com base na teoria do tudo ou nada, sob o argumento de que a conduta omissiva da polícia havia sim sido 100% responsável por permitir o ataque, e concedeu, portanto, a reparação integral do dano à vítima.

A decisão da corte de cassação foi duramente criticada pelos doutrinadores belgas, por defenderem que neste caso deveria ser aplicada a teoria da perda de chance, uma vez que não era possível concluir que a omissão da polícia havia sido a causa exclusiva do dano causado à vítima.

No caso brasileiro, a atenção dada ao dano da perda de chance, antes bastante limitada, cresceu acentuadamente nas últimas décadas.

O voto do prolator de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 29 de julho de 1936, que não reconheceu a responsabilidade de um advogado pela ausência de preparo em um recurso, sob o argumento de que tal fato não constituiria um dano, foi bastante criticado por alguns doutrinadores brasileiros.

José de Aguiar Dias ataca esta e outra decisão, proferida por um magistrado do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro em 1929 que, em voto vencido, negou a responsabilidade de um advogado pela perda do prazo de recorrer em ação de reclamação trabalhista. Argumenta, em desfavor de ambos os julgados, que o dano em causa era a perda do direito das vítimas de verem a suas demandas julgadas na instância superior, e não os respectivos resultados finais, que poderiam ser favoráveis ou não⁷⁵.

Miguel Maria de Serpa Lopes, por sua vez, ao escrever sobre o dano da perda de chance, defende que sua indenizabilidade depende da existência de uma “probabilidade

⁷⁵ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit., p. 297: “Magistrado bisonho, confortado por acórdão do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, como votos vencidos que lhe salvaram a eminente reputação, decidiu que o advogado não é responsável pela perda de prazo, em recurso de reclamação trabalhista, porque esse fato não constituía dano, só verificável se o resultado fosse certo. Confundiram-se o an debeatur e o quantum debeatur, por má informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida, que este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas o dano, na espécie, era a perda de um direito, o de ver a causa julgada na instância superior. Se a vitória não podia ser afirmada, também o insucesso não o podia. E este, ainda que não ocorresse, correspondia a um quantum debeatur, o que muda muitas vezes do que supõem os que desconhecem a distinção, pois, ainda que ganha a causa, a liquidação pode ser negativa, isto é, não apresentar valor pecuniário”.

suficiente”, que representa o que os defensores da teoria entendem como a seriedade e realidade da chance vir a se concretizar⁷⁶.

Outro trabalho brasileiro que merece destaque é a obra de Miguel Kfoury Neto que, além de trazer um profundo estudo da perda de chance no âmbito do direito médico, estabelece condições de aplicação da teoria com base na doutrina francesa.

Segundo o autor, é necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado e cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade que a chance perdida teria de se realizar⁷⁷.

No âmbito da *Common Law*, tem-se como marco do surgimento da teoria da perda de chance o caso inglês *Chaplin v. Hicks*, de 1911, no qual a autora era uma das 50 finalistas de um concurso de beleza promovido pelo réu, que se absteve de informá-la de uma das etapas do certame, impedindo-a de participar da fase final do mesmo. As 50 candidatas estavam concorrendo a doze prêmios distintos, o que levou um dos juízes do tribunal de apelação a entender que, baseado na “doutrina das probabilidades”, a autora teria vinte e cinco por cento (25%) de chances de ganhar um dos prêmios, discordando da decisão de primeira instância, que havia entendido ser impossível determinar o grau de probabilidade de vitória da participante⁷⁸.

No direito norte-americano, dois importantes artigos do professor Joseph H. King Jr., “*Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences*”, de 1981⁷⁹, e “*‘Reduction of likelihood’ – Reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine*”, de 1998⁸⁰, foram

⁷⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil, v.II: Obrigações em Geral*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 391: “*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, que o juiz apreciará em concreto, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance (...). Tudo quanto se impõe é a investigação judicial em torno das circunstâncias de que se revista cada caso, a apurar se delas emerge uma situação clara e definida, uma apreciação sobre a possibilidade perdida, se certa ou hipotética*”.

⁷⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 111.

⁷⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 11.

⁷⁹ KING JR., Joseph H. *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequence*, *The Yale Law Journal*, vol. 90, n.º 6, 1981, p. 1353-1397.

⁸⁰ KING JR., Joseph H. *Reduction of likelihood’ – Reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine*, *University of Memphis Law Review*, vol. 28, 1997-1998, p. 491-560.

responsáveis por determinar os pilares da teoria da perda de chance e é citado com grande frequência pelos autores contemporâneos do país.

King Jr. escreve que a doutrina da perda de chance deve operar quando alguns critérios se fizerem presentes: em primeiro lugar, quando o réu não possa satisfazer o dever de preservar ou proteger as perspectivas da vítima de alcançarem um resultado mais favorável; quando o dever de cuidado do réu sobre a vítima for baseado em uma relação especial que suporta a preexistência de uma obrigação de cuidado que vise proteger as chances de obtenção de um resultado mais favorável por ela ou, alternativamente, quando para determinar a presença de uma condição preexistente seja necessário o cálculo dos prejuízos causados por uma conduta ofensiva que o réu tenha originado; quando a conduta lesiva do ofensor reduzir a probabilidade que a vítima teria de alcançar um resultado favorável e, por fim, quando o ato ilícito seja o motivo de não ser possível determinar com precisão se o resultado mais favorável teria sido ou não alcançado pela vítima⁸¹.

Alice Férot⁸² escreve que a perda de chance tem uma característica distintiva de outros tipos de dano. Onde quer que seja implementada, tende a ser, em princípio, incompreendida, ou mesmo um pouco distorcida, o que dificulta a sua aceitação. No caso dos Estados Unidos não foi diferente, uma vez que a reticência em relação ao dano da perda de chance manteve-se aguda por muitos anos.

Segundo a autora, a teoria da perda de chance permite à parte lesada obter reparação do ofensor, cuja conduta eliminou ou diminuiu a chance que tinha de alcançar um resultado favorável, podendo se aplicar a uma série de situações, como a perda da chance de ser promovido no emprego por discriminação ou a perda da oportunidade de obter lucro em decorrência de uma quebra de contrato. No entanto, destaca que nos Estados Unidos, o instituto foi ganhando forma no âmbito da responsabilidade médica, em

⁸¹ KING JR., Joseph H.. *Reduction of likelihood' – Reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine*, em *University of Memphis Law Review*, vol. 28, 1997-1998, p. 495: “*The loss-of-a-chance doctrine should operate when the following criteria are present: (1) the defendant tortiously failed to satisfy a duty owed to the victim to protect or preserve the victim's prospects for some more favorable outcome; (2) either (a) the duty owed to the victim was based on a special relationship, undertaking, or other basis sufficient to support a preexisting duty to protect the victim's likelihood of a more favorable outcome, or (b) the only question was how to reflect the presence of a preexisting condition in calculating the damages for a materialized injury that the defendant is proven to have probably actively, tortiously caused; (3) the defendant's tortious conduct reduced the likelihood that the victim would have otherwise achieved a more favorable outcome; and (4) the defendant's tortious conduct was the reason it was not feasible to determine precisely whether or not the more favorable outcome would have materialized but for the tortious conduct*”.

⁸² FÉROT, Alice. *The Theory of Loss of Chance Between Reticence and Acceptance*, em *Florida International University Review*, v. 8, 2012-2013, p. 591-593.

casos de falha de diagnóstico ou falha no tratamento adotado, os quais resultavam na diminuição da chance de cura ou de sobrevivência do paciente.

O primeiro caso no qual se fez referência à teoria no país data de 1966, quando a Corte de Apelação considerou que houve negligência por parte de um médico, ao não conseguir diagnosticar uma obstrução intestinal de seu paciente. O tribunal entendeu que se havia qualquer chance do paciente sobreviver e, por conduta do réu, essa chance desapareceu, ele deveria responder pelo dano causado⁸³.

Alice Férot destaca que ainda menos da metade dos estados norte-americanos reconhece a teoria e, mesmo quando a reconhecem, utilizam fundamentações distintas entre si para aplicá-la.

A autora divide em três grupos os estados norte-americanos, quanto à aplicação da teoria da perda de chance. Há um primeiro grupo que a reconhece – nomeadamente *Arizona, Colorado, Delaware, Georgia, Hawaii, Illinois, Indiana, Iowa, Louisiana, Massachusetts, Missouri, Montana, Nevada, New Jersey, New Mexico, New York, Ohio, Virginia, West Virginia, Wisconsin* e *Wyoming* –, outro grupo se recusa a reconhecê-la, e prefere indenizar a perda de um resultado favorável mediante uma aplicação relaxada do nexo de causalidade – *Kansas, Oklahoma, Pennsylvania* e *Washington* –, e, por fim, um terceiro e ligeiramente maior grupo que rejeita a teoria – *Alabama, Alaska, Arkansas, California, Connecticut, Florida, Idaho, Kentucky, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Nebraska, North Carolina, New Hampshire, Oregon, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Vermont*, mais o Distrito de Colúmbia –, optando por utilizar a doutrina tradicional do tudo ou nada⁸⁴.

Os estados de *North Dakota, Oregon, Utah* e *Rhode Island*, ainda não abordaram diretamente a questão da perda de chance⁸⁵.

É entendimento da doutrina majoritária que o instituto da perda de chance pode redesenhar os contornos da responsabilidade civil norte-americana. Entretanto, para que isto aconteça, é necessário que sua aplicação pela jurisprudência não se restrinja apenas à área médica, devendo ser também utilizado em outras situações.

⁸³ *Hicks v. United States*, 1966, 22 Ill.368 F.2d 626 (4th Cir. 1966).

⁸⁴ FÉROT, Alice. Ob. cit., p. 594.

⁸⁵ FÉROT, Alice. Ob. cit., p. 616-617.

Este panorama da aplicação da responsabilidade civil pela perda de chance nos mais diversos ordenamentos jurídicos nos permite constatar que a sua aceitação e aplicação não é unânime e, mesmo quando efetivamente utilizada, é feita de diferentes formas e em distintas circunstâncias.

2.3. Pressupostos de ressarcibilidade

É dominante o entendimento de que há que se cumprir e respeitar alguns pressupostos para que o dano da perda de chance possa ser ressarcido.

Primeiramente, deve existir um resultado positivo futuro que pode vir a se verificar, mas cuja concretização não é certa.

Em seguida, é necessário verificar se, apesar da incerteza do alcance do resultado, a pessoa lesada se encontre em uma situação apta de vir a alcançá-lo, ou seja, deve haver uma chance real de obtenção da vantagem esperada. Não estará devidamente verificado este pressuposto se demonstrada a presença concomitante de qualquer fato impeditivo ou extintivo desta vantagem esperada. Ainda, se verificados todos os requisitos fundantes do resultado pretendido, também não estará presente a chance de alcance deste resultado, mas um direito à reparação da integralidade do mesmo.

Por fim, deve haver uma conduta de um terceiro, responsável por eliminar definitivamente as possibilidades existentes de se alcançar o resultado⁸⁶.

A chance, para que sua perda seja indenizável, deve ainda apresentar algumas características específicas⁸⁷:

Deve ser revestida de neutralidade e aleatoriedade, ou seja, deve ser neutra por existir a possibilidade de um desenrolar favorável ou desfavorável dos fatos devido à natureza aleatória que o decurso dos mesmos possui.

A chance deve ser autônoma e atual, constituindo uma realidade em si mesma, um valor atual e autônomo, que não deve se confundir com a utilidade final que potencia. Deve representar, portanto, a possibilidade de alcance de determinado resultado, sendo

⁸⁶ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 198-201.

⁸⁷ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 208-221.

economicamente avaliável, e dotada de existência atual por já pertencer ao patrimônio da vítima no momento da lesão.

É necessário, portanto, que a chance apresente um grau de probabilidade ou verossimilhança razoável, sendo descartada a possibilidade de reparação de chances meramente hipotéticas.

Joseph King Jr. defende o posicionamento de que o dano da perda de chance representa um dano autônomo e perfeitamente reparável, não sendo necessária qualquer inovação das teorias clássicas do nexo de causalidade. Já naquela época, King Jr. tecia críticas aos tribunais norte-americanos por estes considerarem que, pelo fato do dano da perda de chance representar apenas uma das possíveis causas para a perda absoluta da vantagem almejada pela vítima, não era possível vislumbrar sua reparabilidade⁸⁸.

No entanto, alguns autores, por não vislumbrarem a autonomia do dano representado pela perda de chance em relação ao dano final, defendem uma aplicação mais inovadora da causalidade, na qual as chances perdidas devem ser calculadas com base na proporção de causalidade entre a conduta do réu e o dano final.

Essa aplicação ousada do nexo causal representaria claramente uma espécie de causalidade parcial, uma vez que, assim, o magistrado deveria reduzir o prejuízo na medida do vínculo causal que se poderia apurar da conduta do ofensor. Portanto, se o prejuízo final não possuísse uma relação causal integralmente relacionada à conduta do ofensor, não representaria uma *conditio sine qua non* para a realização da perda da vantagem esperada e se deveria, então, conceder uma reparação de um prejuízo parcial e relativo.

⁸⁸ KING JR., Joseph H.. *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequence*, The Yale Law Journal, vol. 90, n.º 6, 1981, p. 1365: “The first type of loss involves the destruction of a chance of completely avoiding an adverse result or of achieving a definitive favorable result. Most courts have misperceived the nature of the interest destroyed by failing to identify the destroyed chance itself as the compensable loss. Instead, they have treated the chance of avoiding the loss as if it were either a certainty or an impossibility, depending on whether, (under the traditional standard of proof) the tortiously reduced likelihood of loss avoidance was better than even. Thus, the plaintiff will recover for a lost opportunity only if it appears more likely than not that but for the tort some definitive adverse result would have been avoided. His recovery, however, will not be discounted by the chance that the loss might have occurred even absent the tort. Conversely, the plaintiff recovers nothing for the lost chance if the probability of that chance does not rise to the level required by the applicable standard of proof”.

Esse pensamento, defendido por Jacques Boré⁸⁹, no direito francês e por John Maksidi⁹⁰, no âmbito do direito anglo-saxônico, considera que a probabilidade constatada de determinada conduta ser causa do dano final, deve ser a base para se calcular o valor devido à vítima, que corresponderia, portanto, a essa mesma probabilidade, calculada sobre o prejuízo final.

A favor da chamada causalidade parcial, John Maksidi argumenta, que, através de sua aplicação, o ofensor se veria obrigado a pagar apenas pelos danos que, estatisticamente, tenha causado⁹¹. Seria, assim, uma possível solução para o padrão “tudo ou nada” de causalidade que, por muitas vezes, patrocina subcompensações ou ultracompensações (*undercompensation and overcompensation*)⁹².

Assevera ainda que o fato de ser necessário que a vítima espere até o final do processo aleatório – mesmo que a chance já tenha sido perdida em momento anterior – para saber se é possível ajuizar ação de reparação, impossibilita vislumbrar a perda de chance como um dano autônomo⁹³.

Entretanto, essa espécie de causalidade probabilística romperia com a teoria da causalidade adequada, consagrada no art. 563º do Código Civil, sendo, desta forma, inaceitável reconhecê-la e aplicá-la no sistema de responsabilidade civil vigente em Portugal.

A chance deve, por fim, ser séria. Deve representar mais do que uma mera expectativa subjetiva⁹⁴. O caráter de seriedade e realidade da chance é o critério ao qual os tribunais franceses concedem maior importância, uma vez que é aquele responsável por separar os danos potenciais e prováveis, que são indenizáveis, dos danos eventuais e hipotéticos, que não estão sujeitos à reparação⁹⁵.

⁸⁹ BORÉ, Jacques. *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, em J.C.P. 1974, I, 2620.

⁹⁰ MAKDISI, John. *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, North Carolina Law Review, v, 61, 1989.

⁹¹ MAKDISI, John. Ob. cit., p. 1073.

⁹² SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 62.

⁹³ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 52.

⁹⁴ KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit., p. 111: "*A chance perdida deve ser 'séria', ou 'real e séria'. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria*".

⁹⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 138.

No caso inglês *Davies v. Taylor*, a “*House of Lords*” negou indenização a uma viúva, pela perda da chance de esta alcançar melhor condição financeira, em decorrência de um fato lesivo que havia ocasionado a morte do seu marido. Entendeu-se que, pelo fato do casal estar separado no momento do evento danoso, no caso, a morte do marido, a chance requerida pela vítima possuía um elevado grau de subjetividade por ter-se que levar em conta a probabilidade de reconciliação futura do casal e, portanto, não era séria⁹⁶.

Alguns autores, como o doutrinador italiano Maurizio Bocchiola⁹⁷, defendem que a seriedade da chance deve corresponder a um mínimo de 50% de probabilidade de esta vir a se concretizar. Assim, se a probabilidade de concretização de uma oportunidade é de 49%, esta não será indenizável.

Mesmo posicionamento é adotado nos casos de responsabilidade médica no âmbito da *Common Law*, que se baseia na ideia “*more likely than not*”, na qual incumbe ao autor provar apenas que é mais provável que o dano tenha se originado de uma conduta do réu do que por um fato aleatório, ainda que não se tenha certeza sobre a sua real origem⁹⁸. Estatisticamente, quando houver uma probabilidade igual ou superior a 51% de uma conduta culposa ter sido a origem de um dano, já estará configurada a *conditio sine qua non*⁹⁹.

⁹⁶ FISCHER, David A.. *Tort Recovery for loss of a chance*, Wake Forest Law Review, 2001, p. 645: “*In Davies v. Taylor, the English court applied an approach in a wrongful death case. A widow who was separated from her husband prior to his death brought a wrongful death action against the tortfeasor that caused the death. In order to recover, the widow had to show an injury in the form of the financial loss that she suffered as a result of his death. To show the loss, the court required her to prove a substantial chance or probability that she would have returned to her husband had he lived. The court held that this chance could be less than 50 percent, but damages were to be calculated by reducing the amount of support she would have received, if she had been living with her husband, by the probability of her not returning to him. The court held that she was entitled to no damages in this case, however, because she was able to show only a speculative, and not a substantial, chance that she would have returned to her husband*”.

⁹⁷ BOCCHIOLA, Maurizio. *Perdita di una chance e certezza del danno*, Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile. Anno XXX, 1976, p. 55-101.

⁹⁸ MOORE, Bryson B. *South Carolina rejects the lost chance doctrine*, South Carolina Law Review, Fall 1996, p. 201.

⁹⁹ ELLIS, Loris. *Loss of a chance as technique: toeing the line at fifty percent*, Texas Law Review, December 1993, p. 348: “*A plaintiff can rarely, if ever, prove causation to a certainty. Under the preponderance of the evidence standard, a plaintiff must prove only that it is ‘more likely than not’ that a defendant caused her injury. ‘More likely than not’ can be translated roughly into percentage terms: The plaintiff must show a fifty-one percent likelihood that the defendant caused his injury. If the plaintiff can convince the jury that there is a fifty-one percent chance that the defendant caused the plaintiff’s injury, he should prevail even though there is a forty-nine percent chance that the defendant did not cause his harm. Conversely, if the plaintiff can show only that there is a forty-nine percent chance that the defendant caused the plaintiff’s injury, the defendant will win*”.

No caso *Perez v Las Vegas Med. Ctr.*, decidido pela Suprema Corte do estado de Nevada, nos Estados Unidos, não foi estabelecido nenhum tipo de limite rígido para se determinar a seriedade de uma chance, mas asseverou-se que uma chance que representa uma probabilidade inferior a 10% de se alcançar o resultado final não é suficientemente substancial e, portanto, é vedada a sua reparação¹⁰⁰.

Alguns doutrinadores norte-americanos afirmam que um dos fatores responsáveis pelo não acolhimento da teoria da perda de chance em áreas fora da responsabilidade médica é justamente a preocupação da doutrina e da jurisprudência em se cumprir o requisito da seriedade, uma vez que em outras áreas as estatísticas não se apresentam tão seguras como as que se vislumbram na álea médica¹⁰¹.

Outro entendimento é o de que será suficiente a chance que seja superior a zero, ainda que mínima, e desde que o réu não demonstre outros fatos impeditivos de consumação da mesma. A discussão giraria, neste caso, apenas em torno da quantificação do montante reparatório, e não na questão prévia da aceitação da sua ressarcibilidade.

A meu ver, uma vez que o dano pela perda de chance é reconhecido como um dano autônomo, por representar a oportunidade perdida e não o dano final, o critério de possuir mais ou menos de 50% de probabilidade de sucesso não deve ser decisivo. Se assim o fosse, um caso clássico ocorrido no Brasil em um programa televisivo de perguntas e respostas nos moldes do “*Quem quer ser milionário?*” português não poderia ser aplicado à teoria.

Trata-se de um caso em que a autora da ação havia participado do programa “*Show do Milhão*”, cujo prêmio máximo de um milhão de reais (R\$ 1.000.000,00) é oferecido ao participante que responder corretamente a uma série de perguntas sobre conhecimentos gerais. Ao responder a penúltima questão corretamente, garantindo assim quinhentos mil reais (R\$ 500.000,00), foi apresentada a questão derradeira, que correspondia ao prêmio máximo do programa. A participante optou por não respondê-la por entender ter havido má-fé do programa em formular uma pergunta sem resposta correta, o que de fato veio a se verificar posteriormente.

¹⁰⁰ SILVA, Rafael Peteffi. Ob. cit., p. 140.

¹⁰¹ MOORE, Bryson B. Ob. cit., p. 214: “A major problem with extending the doctrine to other fields is the greater difficulty in ascertaining the percentage chance lost. This should concern courts desiring to apply the doctrine to these other fields but should not keep them from adopting the doctrine in medical malpractice cases in which experts can accurately calculate such percentages”.

O juiz de 1ª instância condenou a ré ao pagamento de R\$ 500.000,00, correspondente à quantia do prêmio da pergunta final, sendo a condenação mantida pelo tribunal de segunda instância.

A ré, no entanto, interpôs recurso ao Superior Tribunal de Justiça alegando que, na hipótese de manutenção da condenação, fosse reduzido o valor da mesma, por esta se basear no fato de que a autora teria respondido a pergunta corretamente. De acordo com um critério matemático, pediram então a minoração do montante condenatório para cento e vinte e cinco mil reais (R\$ 125.000,00), ou seja, vinte e cinco (25%) de chance de acerto da questão, uma vez que a mesma apresentava quatro alternativas.

Foi acolhido o pedido de redução da condenação com fundamento na teoria da responsabilidade civil pela perda de chance, reduzindo-a ao valor de R\$ 125.000,00, proporcional à chance de 25% de acerto da questão¹⁰².

Situação semelhante ocorreu em Irlanda do Norte, no caso *Fryers v University of Ulster*, no qual a autora havia se candidatado a um emprego na Universidade de Ulster e conseguiu provar que, simplesmente pelo fato de pertencer ao sexo feminino, não havia sido incluída na lista final de entrevistas de possíveis ocupantes do cargo. O tribunal entendeu que caso ela houvesse sido convocada à fase de entrevistas, teria uma chance em quatro de ser contratada, uma vez que havia outros três candidatos. O “*Industrial Tribunal*” utilizou então a probabilidade de 25%, que correspondia à chance que a vítima teria de conseguir o emprego, como base de cálculo para indenização pelas perdas financeiras

¹⁰² STJ, Recurso Especial nº 788.459-BA, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005, publicado em 13/03/2006: “Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva – do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com a questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em consequência, evidente a perda da oportunidade pela recorrida (...) Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado da outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma ‘probabilidade matemática’ de acerto da questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida”.

desta. A “*Court of Appeal*”, de acordo com o entendimento do tribunal, manteve a condenação¹⁰³.

Nils Jansen¹⁰⁴ traz ainda o seguinte caso hipotético: A sofre uma parada cardíaca súbita. Caso fosse tratada imediatamente, teria uma possibilidade de 80% de chance de sobrevivência. A é socorrida pela ambulância e, no caminho para o hospital, o pedestre B, que atravessava a rua, causa, por negligência, um pequeno acidente com o veículo hospitalar, atrasando em dez minutos a chegada, reduzindo as chances de 80% para 40%. Após chegar ao hospital, por negligência do médico C, que prefere terminar sua xícara de chá antes de atendê-la, fica sem receber o tratamento por mais dez minutos, o que reduz sua chance de sobrevivência a zero. Por fim, como resultado das três causas, A vem a falecer.

Baseando-se no critério do “*more likely than not*”, a vítima ficaria sem receber qualquer tipo de reparação, uma vez que a responsabilidade do pedestre e o grau de culpabilidade do médico não alcançam o mínimo de probabilidade necessário de 50%.

Tem-se, portanto, três exemplos claros em que a teoria da perda de chance não poderia ser aplicada caso se levasse em consideração o posicionamento adotado pelos autores que defendem a existência de um patamar mínimo de 50% de probabilidade de alcance do resultado esperado.

Mais importante do que se estabelecer um patamar mínimo de seriedade, o que me parece ser demasiadamente formal, é a análise de todos os fatos, circunstâncias e provas de cada processo concreto.

¹⁰³ FISCHER, David A.. Ob. cit., p. 645: “*Plaintiff brought a claim in an Industrial Tribunal against the University of Ulster for sex discrimination. Plaintiff applied for employment with the University and proved that due to gender discrimination she was not put on the short interview list of prospective employees. The tribunal found, that had she been "short listed," she would have had a one-in-four chance of being hired. The primary basis for this finding was that there would have been four people on the interview list. The Industrial Tribunal took the 25 percent chance of getting the job into account in calculating plaintiffs financial losses. The Court of Appeal agreed with the Tribunal's approach and affirmed its findings*”.

¹⁰⁴ JANSEN, Nils. Ob. cit., p. 272: “*A suffers a sudden cardiac arrest. Had she been treated immediately, she would have had an 80 per cent chance of survival. However, during her conveyance to the hospital, B, a pedestrian crossing the street, negligently causes a minor accident with the ambulance, which leads to a delay of 10 minutes. This reduces A's chances from 80 per cent to 40 per cent. Unfortunately, due to unusually gross negligence of the physician, C, she is not treated for another 10 minutes, and this reduces her chance to zero. C prefers first to finish her cup of tea since she thinks that the heart attack is probably not very dangerous and because she regards her tea as being more important than the illness of A. A finally dies as a result of all three 'causes'”.*

2.4. Campos de aplicação da teoria

Existem vários campos de aplicação da doutrina da perda de chance que podem, por sua vez, ser classificados mediante diversos critérios¹⁰⁵:

Na primeira classificação, há os casos de oportunidade de vitória em jogos de sorte ou azar, em que não é possível prever o resultado favorável.

Nessa hipótese, enquadram-se as rifas ou similares: o lesado adquire um bilhete para concorrer a um prêmio de mil euros. O organizador da rifa, entretanto, se esquece de adicionar o bilhete na urna. Após o sorteio, verifica-se a ausência do bilhete, elidindo todas as chances de o lesado vir a ganhar o prêmio. É impossível concluir que o lesado ganharia o prêmio de mil euros, uma vez que a conduta do organizador, por si só, não foi o único fator a estabelecer o vencedor, mas foi sim responsável pela perda da oportunidade de alcançá-lo. Havendo, no caso concreto, cem participantes da rifa, deve ser feito um cálculo de probabilidade e o dano do lesado equivaleria assim a dez euros, ou seja, um por cento do prêmio.

Temos, sucessivamente, os casos de oportunidade de vitória em competições desportivas, que também são marcadas por fatores aleatórios.

Um caso recente e notório ocorreu nos Jogos Olímpicos de 2004 quando, na prova da maratona, o atleta brasileiro Vanderlei Cordeiro liderava com vinte e oito segundos de vantagem sobre o segundo colocado, faltando seis quilômetros para terminar a corrida. Foi quando um padre irlandês invadiu a pista e arrastou o maratonista para a calçada. Com a ajuda do público, o brasileiro conseguiu voltar para a pista, mas demorou a retomar o ritmo que levava até então. Na reta final da prova, o brasileiro foi ultrapassado por outros dois maratonistas, terminando na terceira colocação. Mais uma vez não se tem a certeza de que, se não fosse o ataque, Vanderlei se sagraria campeão. Por outro lado, é certo que a conduta do padre irlandês fez com que o atleta perdesse uma oportunidade de ganhar a prova.

Neste campo também se enquadra o já citado caso narrado por Henri Lalou do cavalo de corrida que é impedido de competir por conduta culposa de terceiros. Nesta situação, o dano da perda de chance reside no fato de um terceiro ter privado o dono do cavalo da chance de ter seu animal como o vencedor da corrida.

¹⁰⁵ ALCOZ, Luis Medina. *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad – Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado*, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi, 2007, p. 64-79.

Pode-se incluir, ainda neste campo, a possibilidade de se lograr vencedor em uma disputa política ou até mesmo em concursos de beleza, como se verifica nos casos abaixo, tratados por diferentes países:

Na Irlanda, por razão de um regulamento que foi posteriormente declarado inconstitucional, um político foi impedido de concorrer nas eleições nacionais e europeias, reclamando posteriormente pela chance de ser eleito que lhe foi excluída; na Alemanha, um arquiteto foi eliminado injustificadamente de um concurso de arquitetura; na Grécia, cavalos foram impedidos de participar de uma corrida, por culpa de terceiros, fazendo com que seus donos pleiteassem alguma compensação pela impossibilidade de participação na mesma; e, por fim, em Genebra, uma candidata à Miss Suíça foi impedida de concorrer ao prêmio por haver se lesionado em um acidente automobilístico, eliminando a chance que tinha de vencer¹⁰⁶.

Em terceiro lugar, os casos de oportunidade de vitórias em processos judiciais e procedimentos administrativos.

A mais tradicional espécie de perda de chance está relacionada a um direito, na qual se insere a responsabilidade civil do advogado. É a matéria em que mais se aplica a teoria em análise, em particular pela segurança que é conferida ao magistrado a fazê-lo, uma vez que possui condições técnicas e conhecimentos suficientes para avaliar o trabalho do advogado, lhe permitindo estabelecer as possibilidades de procedência da decisão frustrada¹⁰⁷.

Suponha-se que um advogado se esqueça de interpor recurso de decisão judicial desfavorável ao seu cliente. Mediante tal omissão, o advogado impossibilitou que a pretensão do seu cliente fosse reapreciada. Mais uma vez não se pode constatar que a vitória judicial seria certa, porém, ficou completamente afastada.

Um caso verídico que bem ilustra esta categoria foi tratado pelo *Tribunal Español Supremo*, em decisão de nove de julho de 2004¹⁰⁸:

¹⁰⁶ GRAZIANO, Thomas Kadner. Ob. cit., p. 1015-1016.

¹⁰⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 165-166.

¹⁰⁸ Tribunal Supremo. Sala ed lo Civil. STS 4951/2004. Publicado na internet em <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2121788&links=abogado%20perdida&optimize=20040821&publicinterface=true>: “Doña Flor , que prestaba sus servicios como Secretaria del Jefe de Compras de la mercantil "Victorio Luzurriaga S.A.", fue notificada el 27 de Noviembre de 1995 de que se modificaba su puesto de trabajo, pasando a ser peón especialista, con

Uma mulher trabalhava como secretária para o gerente de vendas de uma rede de varejo. Mediante notificação, foi informada de que seria transferida para outra seção, resultando em mudanças em seu horário e condições de trabalho. Seu advogado não apresentou sua reivindicação junto ao tribunal competente dentro do prazo necessário e, como consequência, o recurso interposto em seu nome não foi aceito.

A mulher então processou o advogado por sua atuação negligente na defesa de seus interesses, da qual resultou para ela em uma série de prejuízos psicológicos, profissionais e econômicos.

O tribunal decidiu por aplicar a teoria da perda de chance por entender que, em situações como esta, independentemente de qual teria sido o desenrolar dos fatos caso o advogado houvesse interposto recurso em tempo hábil, a sua conduta, por si só, foi responsável por gerar um dano à sua cliente.

Outro caso aplicado a este campo da teoria da perda de chance foi julgado pela Corte de Apelação Inglesa e se tornou notório. Em *Kitchen v Royal Air Force Association*, o marido da autora havia morrido eletrocutado, devido a uma conduta negligente da companhia de eletricidade. O seu advogado, no entanto, perdeu o prazo de ajuizamento da ação contra a empresa, eliminando a chance que esta tinha de ter sua reclamação analisada pelo judiciário e, eventualmente, obter reparação por ela. A autora pleiteava reparação pela conduta negligente do seu advogado, consistente no valor total da indenização que se

cambio de jornada y trabajo a turnos. Entendiendo que dicho cambio le causaba graves perjuicios de diversa naturaleza, encargó a los servicios jurídicos de la Confederación Sindical ELA-STV, a la que se hallaba afiliada, del ejercicio de las acciones pertinentes para obtener la revocación de dicha decisión, habiendo correspondido hacerse cargo de lograr una solución judicial de su problema al Letrado D. Javier que pertenecía al Colegio de Abogados de Guipuzcoa y estaba vinculado al sindicato mediante contrato laboral. El Sr. Javier presentó el 21 de Diciembre de 1995 la papeleta de demanda de conciliación ante la Delegación de Trabajo, habiéndose celebrado el correspondiente acto sin avenencia el 2 de Enero de 1996. El día 5 de Enero se interpuso por el Sr. Javier la demanda ante los Juzgados de lo Social de San Sebastián, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado nº Tres, el cual dictó sentencia apreciando la caducidad de la acción ejercitada por haberse formulado la referida demanda una vez transcurrido el plazo de veinte días, habiendo sido absuelta la empresa demandada de las pretensiones de la actora. En el juicio de menor cuantía de que el presente recurso trae causa, D^a Flor reclama una indemnización de 15.000.000 de pesetas a D. Javier y al Sindicato ELA-STV, por su actuación negligente en la defensa de los intereses encomendados, debido a la cual ha sufrido una serie de perjuicios psicológicos, profesionales y económicos. (...) Esta Sala acepta la solución adoptada por los órganos de instancia, al entender que -como se dijo en sentencia de 8 Abril de 2002 - en casos como el presente más que tratar de determinar cual podría haber sido el desenlace de la contienda judicial si el Abogado demandado no se hubiese retrasado en la interposición de la demanda, parece aconsejable tener en cuenta la llamada "pérdida de la oportunidad" que se ha ocasionado a la interesada, al habersele impedido, por la falta de diligencia del citado Letrado, acceder a los Tribunales en las condiciones precisas para demandar ante los mismos la tutela de sus intereses".

exigiria da companhia. A Corte de Apelação entendeu que apenas o que poderia ser provado pela autora era a perda da oportunidade de ter sua ação devidamente analisada pelo tribunal, e não a certeza de vitória na demanda não ajuizada, concedendo, assim, indenização exclusivamente por esta chance perdida¹⁰⁹.

Segundo Thomas Kadner Graziano, em seu artigo sobre a perda de chance no direito privado europeu, nos últimos anos os tribunais ingleses, escoceses, holandeses, dinamarqueses, portugueses, alemães, espanhóis, austríacos e suíços, têm tido que lidar com casos relacionados a este, nos quais advogados negligentemente falharam por não terem ajuizado uma ação ou recorrido de alguma decisão dentro do prazo, ou por qualquer outro erro profissional – responsável por reduzir as chances de seus clientes vencerem suas causas – que tenham cometido.¹¹⁰

No direito norte-americano, a discussão a respeito do dano da perda de chance praticamente se restringe ao direito médico. No entanto, o doutrinador Polly Lord¹¹¹, em caráter excepcional naquele país, escreve sobre a aplicação da teoria em casos de responsabilidade do advogado.

O autor narra o caso *Daugert v. Pappas*, de 1985, no qual a Suprema Corte de Washington negou indenização ao autor que pleiteava indenização pela perda da oportunidade de lograr êxito em uma ação devido a uma falha de seu advogado. No entanto, Lord destaca que a improcedência da ação se deu exclusivamente por incumprimento de um dos requisitos de aplicação da teoria, o que lhe permitiu concluir que, no futuro, é provável que casos semelhantes, que apresentem todos os pressupostos necessários, sejam julgados procedentes.

¹⁰⁹ AMIRTHALINGAM, Kumaralingam. *The Changing Face of the Gist of Negligence*, em *Emerging Issues in Tort Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 480: “As Lord Evashed MR argued: ‘In my judgment, what the court has to do (assuming that the plaintiff has established negligence) in such a case as the present, is to determine what the plaintiff has by negligence lost. The question is, has the plaintiff lost some right of value, some chose in action of reality and substance? In such a case, it may be that its value is not easy to determine, but it is the duty of the court to determine that value as best it can’”.

¹¹⁰ GRAZIANO, Thomas Kadner. Ob. cit., p. 1013-1014.

¹¹¹ LORD, Polly A.. *Loss of Chance in Legal Malpractice*, em *Washington Law Review*, v. 61, 1986, p. 1494.

Há ainda os casos de oportunidade de cura e de oportunidade de sobrevivência, que são vistos como os mais problemáticos, uma vez que é da natureza da própria atividade médica o caráter de incerteza, por se tratar, em regra, de uma obrigação de meios¹¹².

Existe o dever de indenizar com base na perda de chance quando o paciente perder a possibilidade de se curar de determinada enfermidade, ou de obter resultado favorável no tratamento, em decorrência da omissão de algum dever do médico. Nessas situações, a culpa do médico assenta no fato deste não ter dado todas as oportunidades ao enfermo¹¹³.

É o caso, por exemplo, do paciente que é transportado para um hospital por suspeita de um tumor maligno, mas os médicos não agem imediatamente, levando tempo superior ao razoável para tomar medidas de caráter urgente. Um ano depois, o paciente vem a óbito. Não se pode assegurar que o paciente teria sobrevivido caso as medidas urgentes fossem tomadas a tempo, mas pôde-se apurar que as suas chances de sobrevivência seriam de 60%¹¹⁴.

Entretanto, nem sempre é simples ou até mesmo possível se calcular uma probabilidade de chance de sobrevivência ou de cura, o que dificulta ou, em alguns casos, impossibilita a aplicação da teoria. É devido a estas e a outras inúmeras peculiaridades que o dano da perda de chance na seara médica vem recebendo grande atenção em diversos ordenamentos jurídicos e, portanto, muitas ressalvas devem ser feitas, pelo que convém tratar desta modalidade em um tópico isolado mais adiante.

Há, por último, os casos de oportunidade comercial, que geralmente dizem respeito à responsabilidade pré-contratual, quando uma das partes, confiando na conduta demonstrada pela outra durante as negociações de que iriam celebrar um contrato, descarta oferta de terceiro. Nesses casos, o incumprimento da contraparte impossibilita que se saiba, com segurança, qual teria sido a real vontade da parte defraudada e se esta teria de fato aceitado o convite deste terceiro para celebrarem o contrato. Nessas situações, a vítima não perde os ganhos que obteria com o contrato, mas a oportunidade de celebrá-lo. Portanto, não há como afirmar que as negociações frustradas tenham privado a vítima do benefício que lhe teria trazido o negócio com terceiro, mas é certo que cercearam sua possibilidade real de obtê-lo.

¹¹² PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 238.

¹¹³ KFOURI NETO, Miguel. Ob. cit., p. 64.

¹¹⁴ GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 296.

Pertinente trazer à colação um típico caso de responsabilidade pré-contratual, decidido pelos tribunais australianos, envolvendo as empresas *Sellars v. Adelaide Petroleum NL*¹¹⁵, que é, inclusive, considerado o *leading case* da responsabilidade civil pela perda de chance no país.

O réu negociava um lote substancial de ações da autora da demanda, tendo-lhe oferecido uma proposta extremamente vantajosa. No entanto, acabou por desistir da negociação, sem alegar qualquer justificativa plausível. Mediante este inesperado acontecimento, os demais pretendentes substituíram suas propostas originais por outras com condições muito menos favoráveis à autora, fazendo com que esta se visse obrigada a celebrar um negócio muito menos rentável do que poderia, caso não houvesse a desistência por parte da ré. O tribunal australiano decidiu então que a conduta culposa da ré havia sido responsável por eliminar as chances que a autora tinha de celebrar um negócio mais vantajoso, porém, levando em conta todos os aspectos envolvidos na negociação interrompida, entendeu que havia apenas 40% (quarenta por cento) de chance de esta se concretizar e se tornar eficaz.

Mark Lunney¹¹⁶ descreve outra situação que representa a perda da oportunidade de se fazer um negócio mais vantajoso por conduta culposa de terceiro: um agente

¹¹⁵ FISCHER, David A.. Ob. cit., p. 644: “*In Sellars the directors of a company decided to restructure the company by selling some shares. The directors entered into parallel negotiations with the defendant and another entity for the sale of the shares. The other entity made a favorable offer for the purchase, and the directors came close to reaching an agreement with it that was subject to a number of conditions precedent. The directors broke off negotiations with the other entity, however, because defendant's agent misrepresented that the defendant would buy the shares under even more favorable terms. After the deal with the defendant fell through, the other entity withdrew its earlier offer, and was willing to deal only on less favorable terms. Plaintiffs sued defendant, claiming that the misrepresentation caused them to lose the commercial opportunity to enter into the more favorable agreement with the other entity. Plaintiffs filed suit under a statute permitting recovery only for misrepresentations that cause actual 'loss or damage.'* The trial court found that in the absence of defendant's misrepresentation, plaintiffs would have entered into the more favorable agreement with the other entity. The judge also found that there was only a 40 percent chance that all of the conditions precedent would have been satisfied, and thus, that this agreement would have become effective. Based on this, defendant argued that plaintiff was unable to prove by a preponderance of evidence that it suffered an actual loss as required by the statute. While acknowledging that damages were the ‘gist of the cause of action,’ the court found them to be present by accepting the ‘chance has value’ theory. The court held that the loss of a 40 percent chance of obtaining a commercial benefit is a thing of value.’ Thus, the loss of a chance that has value is a form of economic loss. Furthermore, plaintiffs proved that defendant caused them to lose this chance for commercial benefit because, but for the misrepresentation, they would have entered into the contract with the other entity. Even though the suit in *Sellers* was brought for violation of a statute requiring ‘actual loss,’ the court stated that the same approach applies to tort cases involving loss of commercial opportunity”.

¹¹⁶ LUNNEY, Mark. *What price a chance?*, em *Legal Studies*, v. 15, n.º 1, March 1995, p. 6: “*The purchaser's damage is not the economic loss calculated by assessing the difference in price between the*

imobiliário, por negligência, recomenda a um cliente a aquisição de determinada casa. O cliente, confiando na indicação, resolve fazer uma oferta no imóvel, deixando, em segundo plano, outra casa que havia lhe interessado mais. No entanto, verifica-se posteriormente que a casa indicada pelo corretor apresentava defeitos, provocando a desistência da oferta pelo cliente, que decide comprar a primeira casa que havia lhe interessado, porém, por um valor superior ao original.

No caso descrito, o dano gerado ao comprador da casa não é representado pela diferença entre o preço anterior da casa e o valor efetivamente pago, mas pela perda da oportunidade de se realizar a compra do imóvel pelo seu valor original, inferior à quantia desembolsada.

Nesse sentido, Ben Smith também afirma que o paradigma da perda de chance é aplicável em casos de negligência de consultores profissionais (*professional advisers*), uma vez que estes são contratados justamente para minimizar a incerteza de um resultado futuro. Assim, conclui que a chance perdida em decorrência de negligência de um consultor profissional é reparável¹¹⁷.

Além dos campos de aplicação supracitados, outros autores incluem ainda a perda de chance pela quebra do dever de informar, que ocorre quando uma pessoa, que não foi informada como deveria, sofre um dano que poderia ter sido evitado caso tivesse conhecimento da informação que lhe faltou. Defendem ser o dever de informar um importante requisito para a justa constituição de uma relação obrigacional, com base no princípio da boa-fé objetiva, especialmente nos dias de hoje, em que os mais variados tipos de relações de consumo se fazem presentes. Todavia, destacam a complexidade inerente à aplicação desta espécie da responsabilidade civil¹¹⁸.

No caso do direito francês, diversos casos nos quais não se verificam a causalidade necessária entre o dano e a quebra do dever de informar têm sido solucionados mediante a aplicação da teoria da perda de chance¹¹⁹. No entanto, é necessário destacar uma

original price of House 1 and when it was actually purchased but rather the loss of the opportunity to make the less expensive purchase”.

¹¹⁷ SMITH, Ben. Ob. cit., p. 251: “*The loss of a chance paradigm is also flexible enough to cover lost chances occasioned by the negligence of professional advisers. People contract with professional advisers to minimise future uncertainty. The right to be free of this uncertainty is the flip-side of the right to be part of the contest. Therefore the lost chance caused by the negligence of a professional adviser is compensable*”.

¹¹⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 161

¹¹⁹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Ob. cit., p. 195-196.

peculiaridade da reparação pela quebra do dever de informar em relação aos outros danos pela perda de chance. Aqui, a concretização do dano depende da atitude da própria vítima, uma vez que não se pode ter certeza de que se esta estivesse mais bem informada agiria de forma a evitar o dano, mas é sabido que a probabilidade de o mesmo ter sido evitado seria maior¹²⁰.

Trazemos a seguir dois exemplos nos quais o dano da perda de chance pela quebra do dever de informar foi aplicado, ambos extraídos de acórdãos da Corte de Cassação francesa¹²¹.

No primeiro caso, um paciente foi submetido a uma cirurgia para eliminação de surdez-mudez. Apesar de a cirurgia ter alcançado êxito na correção desta deficiência, resultou ao paciente uma paralisia facial, que era um risco conhecido pelos médicos, mas não informado ao paciente. Dessa forma, não lhe foi permitido optar, anteriormente ao procedimento, pela intervenção cirúrgica ou pela correção parcial da surdez mediante o uso de aparelhos.

O segundo caso diz respeito a um paciente que havia sido operado em razão da recidiva de uma hérnia inguinal. Neste caso, ao contrário do primeiro, a operação era inevitável, devido ao estado do paciente, mas poderia causar-lhe necrose dos testículos, fato que não era de seu conhecimento, e que veio a concretizar-se posteriormente.

Em ambos os casos o cirurgião responsável foi condenado pela Corte de Cassação francesa, mesmo não tendo atuado com imperícia, imprudência ou negligência. Entendeu-se que a quebra do dever de informar na relação médico-paciente, nestas situações, foi responsável por eliminar a chance da vítima de optar pelo tratamento que melhor lhe conviesse e que, ocasionalmente, poderia evitar o dano final.

Pode-se entender, portanto, que a responsabilidade civil pela perda de chance decorrente da quebra do dever de informar representa a subtração do direito da vítima de optar por qual caminho seguir, decorrente da falta do cumprimento do dever de informar por parte do ofensor.

¹²⁰ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Ob. cit., p. 195.

¹²¹ NUNES, Flávio Filgueiras. *Aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro*, Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011, p. 64.

No entanto, é importante ressaltar que apenas se aplicará a responsabilidade pela perda de chance nessas situações quando se verificar que existia uma possibilidade efetiva, não informada à vítima, de o dano ter sido evitado. Isso significa dizer que não é permitida a sua utilização quando se constatar que nada poderia ser feito para afastar a ocorrência do prejuízo final.

2.5. O problema da qualificação do dano da perda de chance

Conforme já exposto anteriormente, o dano patrimonial se divide entre o dano emergente e o lucro cessante. Enquanto o primeiro constitui o prejuízo causado nos bens ou direitos já pertencentes ao lesado à ocasião da lesão, o segundo engloba os benefícios que o lesado deixou de auferir por causa do fato ilícito, dos quais ainda não era titular à data da lesão. Corresponde às vantagens que a vítima não obteve, mas deveria ter obtido de acordo com o curso normal dos acontecimentos.

O Código Civil Português, nos artigos 562º e seguintes, prevê a reparação do lesado em relação à situação de que foi vítima. Entretanto, o princípio geral disposto no artigo 562º, dá a ideia de que se deve priorizar a reparação da situação de fato, e não a hipotética. Mais adiante, no artigo 564º, é que se faz referência aos lucros cessantes, ao dizer que “*o dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão*”. Em seguida, em seu número 2, prevê que pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis. Esta ressalva nos faz remeter ao artigo 566º, número 3, que diz que quando não for possível averiguar o valor exato dos danos, o tribunal julgará segundo juízos de equidade, devendo o lesado constituir prova.

Destarte, passamos a analisar em qual destes institutos se afilia a responsabilidade civil pela perda de chance.

É verdade que existem características comuns ao lucro cessante e à chance, uma vez que, em ambas as situações, não há uma subtração imediata do patrimônio do lesado, mas o impedimento de que a vítima possa vir a auferir utilidades patrimoniais.

Conforme exposto alhures, a prova dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação do lucro cessante cabe ao lesado. Entretanto, nas hipóteses de perda de chance

não é possível constituir este tipo de prova uma vez que aqui há apenas uma probabilidade menor ou maior de se alcançar determinado resultado. Os lucros seriam, assim, hipotéticos, consubstanciando-se num dano meramente eventual, não passível de indenização.

Sendo assim, considerar a chance perdida como lucro cessante seria impossibilitar qualquer tipo de reparação.

Sérgio Savi¹²², ao pesquisar minuciosamente a evolução histórica do instituto da perda de chance na Itália, conclui que o mesmo apenas pode ser enquadrado dentro do conceito de dano emergente.

Segundo o autor, *“no caso de lucros cessantes, o autor deverá fazer prova não do lucro cessante em si considerado, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro. Já nas hipóteses de perda de uma chance, se permanecerá sempre no campo do desconhecido, pois, em tais casos, o dano final é, por definição, indemonstrável, mesmo sob o aspecto dos pressupostos de natureza constitutiva”*.

O professor da *Università di Milano*, Maurizio Bocchiola, em seu artigo *“Perdita di una chance e certezza del danno”*¹²³, faz importantes constatações após análise de julgados de outros países.

A primeira delas é o fato de que a indenização não é concedida pela vantagem perdida, mas pela perda da possibilidade de alcançar esta vantagem. Faz-se distinção entre o resultado perdido e a chance de consegui-lo.

Em seguida, assevera que o termo chance não indica uma possível vantagem e, conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou a probabilidade de um resultado favorável.

Por fim, e o que de fato aqui nos interessa, conclui que a indenização pela perda de chance não afasta a regra da certeza do dano, uma vez que a possibilidade perdida, em si considerada, existia efetivamente. O dano é, portanto, certo, uma vez perdida a chance que existia no momento da lesão.

Argumenta ainda o autor que é de suma importância se considerar a perda de chance como um dano presente para que seja reduzida a dificuldade em relação à prova de

¹²² SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 18-19.

¹²³ BOCCHIOLA, Maurizio. Ob. cit., p. 84.

certeza deste tipo de dano. E de outra forma não poderia ser, uma vez que o fato danoso não se repercute sobre uma vantagem a ser alcançada, que é um bem futuro e eventual, mas sobre uma entidade já pertencente ao lesado, um bem presente.

Rute Teixeira Pedro¹²⁴ também conclui que o dano pela perda de chance deve pertencer à categoria de dano emergente para que possa ser juridicamente relevante. O lucro cessante exige a prova dos fatos constitutivos da perda da vantagem esperada, sem que haja a existência de outros fatos que impeçam o alcance da mesma. Deve ser provado que o evento danoso é a causa determinante da impossibilidade de se obter o resultado esperado. Já na perda da chance, não é possível afirmar que esta oportunidade perdida é, com absoluta certeza, a razão da perda do resultado pretendido. Ela apenas corresponde a uma possibilidade de alcançá-lo, e é essa possibilidade que o lesante elimina.

Vale ressaltar aqui que, também no caso dos lucros cessantes, não há uma certeza absoluta em relação ao nexos causal entre a conduta do réu e os lucros perdidos, mas existem indícios fortes que permitem ao juiz concluir que é razoável supor que o autor deixou de auferir determinados benefícios em decorrência da conduta do réu, a qual poderá ser caracterizada como *conditio sine qua non* para o surgimento do dano¹²⁵.

Verifica-se com clareza que não há outra categoria a se enquadrar o dano da perda de chance que não seja a de dano emergente. A indenização pela perda de chance representa a probabilidade de o lesado obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, já se traduzindo em um bem integrante da sua esfera jurídica. O dano da perda de chance não corresponde, dessa forma, a um mero dano futuro ou eventual¹²⁶.

¹²⁴ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 224-226.

¹²⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 220.

¹²⁶ Neste sentido, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas – Anotado*, Coimbra Editora, 2ª edição, 2011, p. 98-99. : “Segundo é geralmente aceite, a indemnização por perda de chance traduz-se na probabilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, representando, por conseguinte, o desaparecimento de uma posição favorável preexistente que integrava a esfera jurídica do lesado. Com esse conteúdo, a perda de chance não deixa de constituir um dano certo, na modalidade de dano emergente, na medida em que não equivale à perda de um resultado ou de uma vantagem, mas à perda da probabilidade de o obter. Quando essa consequência negativa é imputável a um facto lesivo de outrem coloca-se a questão da sua possível indemnizabilidade. Nesse sentido, a perda de chance não corresponde a um mero dano eventual ou a um dano futuro, mas a um dano certo e actual, visto que se trata da perda da possibilidade concreta — e já existente no património do interessado — de obter um resultado favorável. A dificuldade coloca-se na avaliação do dano, uma vez que, embora exista uma expectativa, a obtenção do resultado vantajoso é meramente hipotética. A perda de chance não se confunde, neste plano, com o lucro cessante: o lucro cessante pressupõe que o lesado era titular, no momento da lesão, de uma situação jurídica que lhe proporcionava o direito a um ganho, que, por virtude do facto lesivo, se frustrou. A prova do lucro cessante não incide propriamente sobre os ganhos que

Constatado que o dano da perda de chance se trata de um dano emergente, é necessário destacar que o mesmo também se caracteriza como um dano autônomo, presente e certo¹²⁷.

É autônomo por ser um dano substancialmente diverso daquele decorrente da perda do próprio resultado almejado. Na perda de chance, o resultado pretendido não pode ser afirmado e é esta marca de incerteza que se apresenta como característica que define o instituto da chance, sendo este autônomo em relação ao prejuízo final.

É um dano presente, uma vez que a chance se perde no momento da prática da conduta ilícita que interrompe o processo aleatório, e não no momento em que se verificaria o dano final.

Por último, o elemento da certeza está presente no dano da perda de chance, uma vez que este não consiste no resultado final, que é incerto, mas na impossibilidade de alcançá-lo, que já é certa¹²⁸.

O dano da perda de chance é constantemente criticado por alguns autores que o vislumbram como um dano incerto, hipotético e eventual, sob o argumento de que, para identificá-lo, é necessário o uso de dados estatísticos e suposições sobre qual seria o curso dos acontecimentos na ausência do ato ilícito e, dessa forma, não deveria ser passível de indenização¹²⁹.

se deixaram de obter, mas sobre a titularidade da situação jurídica que permitiria obtê-los, podendo conjecturar-se, por isso, alguma relativa certeza sobre a ocorrência do dano. No caso da perda de chance, os indícios probatórios operam sobre a expectativa de obter um ganho e não sobre a própria verificação desse ganho. O direito ao ressarcimento com fundamento em perda de chance depende, assim, da avaliação que se faça da probabilidade da obtenção de uma vantagem e do lucro que o lesado teria alcançado se essa probabilidade se tivesse realizado. A questão não está, pois, na demonstração do nexo de causalidade, visto que é sempre possível determinar se existe ou não uma ligação causal entre o facto lesivo e a eliminação da probabilidade de ganho; mas antes na existência ou quantificação do dano, uma vez que este é o efeito lesivo que poderá ter resultado da ilícita eliminação dessa probabilidade, traduzindo-se numa mera expectativa jurídica. O juiz irá considerar a existência de um prejuízo ressarcível em função do grau de consistência da probabilidade, e, por conseguinte, apenas quando se depara com uma chance real e séria”.

¹²⁷ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 221-227.

¹²⁸ Neste sentido, VIEIRA, Maria Luiza Arcos. Ob. cit., p. 151-152: “*En el contexto de los perjuicios susceptibles de valoración económica, la necesidad de que los daños alegados por el perjudicado sean ‘ciertos’, esto es, que se trate de daños cuya existencia efectiva conste – mediante la actividad probatoria cuya carga incumbe en este aspecto al demandante –, ha sido reiteradamente mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como requisito para la declaración de responsabilidad, afirmando al respecto que ‘no bastan daños meramente posibles, sino reales y efectivos’, que deben rechazarse los ‘meros cálculos, hipótesis o suposiciones’ y, en suma, que debe acreditarse la ‘realidad’ del daño cuya indemnización se reclama”.*

¹²⁹ FÉROT, Alice. Ob. cit., p. 600-601: “*A plaintiff can recover only for injuries that are certain, not speculative. ‘The loss of chance, as an injury, is often criticized for being no more than a speculative harm’.*

No entanto, deve-se destacar que a utilização de dados probabilísticos como meio de se verificar qual seria o desenrolar dos fatos, ocorre apenas porque uma conduta lesiva eliminou a possibilidade que a vítima possuía de alcançar o resultado almejado. Se esta conduta não houvesse sido praticada, não seria necessário o recurso a qualquer método estatístico¹³⁰.

A teoria da perda de chance se apresenta, portanto, como a forma mais justa e razoável de se compensar o lesado, responsabilizando aquele que eliminou, por meio de ato ilícito, a possibilidade que existia de se chegar à vantagem pretendida, uma vez que foi justamente em decorrência deste ato culposos que a verificação do resultado final foi inviabilizada.

Há ainda os casos em que a perda de chance resulta da violação de um bem extrapatrimonial, o que pode, por vezes, aproximá-la do dano moral, ou não patrimonial. Entretanto, os mesmos derivam de fontes distintas. Enquanto o dano moral decorre sempre da violação de um bem que integra a personalidade da vítima, na perda de chance o prejuízo resulta de um ato ilícito que interrompe um processo aleatório capaz de gerar uma vantagem futura, seja ela patrimonial ou extrapatrimonial.

Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa¹³¹ traz o exemplo de um escritor que é impedido ilicitamente de integrar um concurso literário cujos prêmios são uma quantia monetária e uma distinção honorífica. Nesse caso, a perda de chance se traduz tanto num dano patrimonial (em relação à perda da oportunidade de auferir o prêmio em dinheiro),

The identification of the injury requires the use of statistical evidence. It requires making assumptions about what should have been the course of events in the absence of the tortious act. The theory relies on the principle that there is an inevitable evolution of the medical condition. It introduces the idea of fate into individual cases and does not take into account the potential for the patient's medical condition to have an unusual path. Ascertaining the plaintiff's injury is further complicated by the fact that statistical evidence may be used in a number of different ways. For example, when a plaintiff lost his or her chance of survival and ultimately died, statistics may give information regarding the chance of survival the plaintiff would have had with proper treatment. In some instances, when the plaintiff cannot prove that she would have survived with proper treatment, she may still use statistics on the rate of survival within a specified period of time after the diagnosis, e.g., the survival rate for the five years following the diagnosis. This type of evidence is relevant because the shortening of a life gives rise to a wrongful death action, and similarly, losing the opportunity to live through a determined period of time gives rise to an action for loss of chance of survival”.

¹³⁰ FÉROT, Alice. Ob. cit., p. 602: “Allowing recovery for the lost chance, however, is the most equitable approach because '[b]ut for the defendant's tortious conduct, it would not have been necessary to grapple with the imponderables of chance'. The defendant, having created this uncertainty, should bear the burden of possibly overcompensating the patient”.

¹³¹ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *O Dano da perda de chance e a sua perspectiva no Direito Português*, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2010, p. 79.

quanto num dano não patrimonial (em relação à perda da oportunidade de receber a menção honorífica).

A autora destaca ainda o caráter subsidiário do dano da perda de chance, ao qual se deve recorrer apenas quando não for possível atribuir ao agente a reparação do dano final. Assim, exemplificando, a perda da capacidade de trabalhar que tenha como origem uma conduta ilícita do agente não é um dano de perda de oportunidade, mas um dano final representado pelo lucro cessante (perda segura da capacidade de trabalhar e, conseqüentemente, perda segura de ganhos futuros).

Ao revés, tem-se o exemplo de um indivíduo que originou uma deformação grave no rosto de um jovem adolescente, impossibilitando-o de seguir carreira de modelo, quando almejava fazê-lo no futuro. Não se sabe se a vítima obteria, de fato, êxito em sua carreira se não fosse a conduta ilícita do agente, mas é certo, em termos de razoabilidade, que, em virtude daquele acontecimento, o lesado se viu impedido de lançá-la. Neste caso, se demonstrado que a chance que a vítima tinha de se tornar modelo era séria e real – e não uma mera possibilidade –, a teoria da perda de chance deve ser aplicada.

2.6. A perda de chance na responsabilidade médica

Conforme argumentado anteriormente, o dano da perda de chance na responsabilidade médica abriga muitas peculiaridades e, conseqüentemente, dificuldades em sua aplicação, o que torna necessária uma análise mais profunda e cautelosa desta espécie de dano.

Mesmo diante de tantos obstáculos, sua aceitação e aplicação têm crescido aceleradamente. Até a alguns anos atrás, apenas uma minoria dos ordenamentos jurídicos a reconheciam e, atualmente, já se pode notar que a maior parte destes não tem relutado em utilizá-la¹³².

Se nos casos de perda de chance em geral – como aqueles relacionados a atividades advocatícias – os julgadores permanecem nos seus domínios, devendo apenas aplicar a lei

¹³² WEIGAND, Tory A.. *Loss of Chance in Medical Malpractice: A Look at Recent Developments*, em *Defense Counsel Journal*, 2003, p. 301: “*The acceptance and application of the loss of chance doctrine in medical malpractice litigation continues to grow at an alarming rate. While once only a minority view, a majority of the jurisdictions that have addressed the issue now favor application of the doctrine*”.

aos fatos provados, nos casos de responsabilidade civil médica deve se observar o respeito por *leges artis*, um campo em princípio desconhecido por eles. Necessitam, portanto, do auxílio de alguém que tenha maior conhecimento do assunto e que seja capaz de fornecer-lhes, de forma mais compreensível, a matéria em questão de cada caso, para então submetê-la à interpretação jurídica que lhes parecer mais adequada¹³³.

Na responsabilidade civil pela perda de chance no domínio médico, não está em causa o dano morte ou o dano invalidez propriamente ditos, mas a perda da possibilidade de cura e a perda da chance de sobrevivência como unidades autônomas passíveis de ressarcimento.

Deve-se observar se a conduta negligente de um médico reduziu as chances de cura ou de sobrevivência de seu paciente. São exatamente estas possibilidades perdidas que a teoria da perda de chance visa reparar. Não se trata de uma reparação meramente parcial do dano, mas integral, uma vez que se verificou o surgimento de um novo dano intermédio, representado pelas possibilidades de cura ou de sobrevivência que foram eliminadas. Obviamente, este dano intermédio sempre manterá estrita relação com o dano final (a morte ou a invalidez do paciente)¹³⁴.

Em relação à perda de chance de sobrevivência, os casos que ocorrem com maior frequência são aqueles nos quais o atraso no diagnóstico de um câncer resulta na morte do paciente. Quanto à perda de chance de cura, tem-se notado uma prevalência de casos nos quais se perde uma chance de poder suportar sequelas mais brandas e nas hipóteses de perda (ou diminuição) da chance de se obter uma melhoria no estado de saúde ou de se escapar de uma enfermidade¹³⁵.

Entre as consequências da conduta negligente do médico que priva seu paciente da chance de se recuperar, o autor norte-americano Todd Aagaard destaca cinco que podem representar danos indenizáveis: o dano final; a perda da chance de sobrevivência; o aumento da dor e outras perdas físicas; danos emocionais; e, por fim, danos consequentes, como despesas médicas adicionais¹³⁶.

¹³³ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 293.

¹³⁴ ROCHA, Nuno Santos. *A Perda de Chance como uma nova espécie de dano*, dissertação de mestrado, Universidade do Porto, 2011, p. 23.

¹³⁵ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 262-265.

¹³⁶ AAGAARD, Todd S.. *Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases*, em Michigan Law Review, v. 96, 1997-1998, p. 1344: "A defendant doctor whose negligent misdiagnosis deprives a plaintiff of

Para que seja reconhecido o dano indenizável é necessário, portanto, identificar qual destas possíveis consequências a vítima sofreu no caso concreto e verificar o grau de responsabilidade do réu.

Rute Teixeira Pedro, em sua completa obra acerca da responsabilidade civil do médico, toma como referência para aplicação da perda de chance na medicina o ordenamento francês, o inglês, o italiano e o argentino, por serem aqueles em que se percebe uma maior relevância dada a este campo da teoria. Dentre os principais casos estão os de erro ou atraso no diagnóstico, falhas na indicação da terapia adequada e omissões de fornecimento de informação clara e completa ao doente¹³⁷.

A maior parte da doutrina entende que a teoria da perda de chance na atividade médica obriga uma remodelação dos padrões da causalidade. Uma primeira corrente está de acordo com a *Common Law* e, conforme anteriormente tratado, se baseia na ideia “*more likely than not*”, na qual incumbe ao autor apenas demonstrar que é mais provável que o dano sofrido tenha se originado de uma ação ou omissão do réu do que de um fato estranho, ainda que não se esteja plenamente seguro desta conexão¹³⁸. Assim, quando se constatar que a probabilidade desta conduta ser a causa do dano for igual ou superior a cinquenta e um por cento (51%), já será possível a reparação integral da vantagem esperada.

Todd Aagaard¹³⁹ afirma que uma pessoa que já possuía uma condição médica preexistente que limitava sua chance de cura a menos de cinquenta por cento (50%) antes mesmo de qualquer diagnóstico, em nenhuma hipótese terá direito de ação pela perda de chance contra seu médico, ainda que a falha deste ao diagnosticá-la tenha reduzido ou mesmo eliminado por completo sua chance.

a chance to recover from a preexisting condition potentially has caused several different types of compensable harms. Five categories of harm potentially occur in a lost chance case: the ultimate harm, the lost chance of survival itself, increased physical pain and other physical losses, emotional losses, and consequential damages such as additional medical costs”.

¹³⁷ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 240-242.

¹³⁸ THOMPSON, Jack Clayton. *Ethics and Loss of Chance in Medical Causation*, artigo disponível em <http://www.gleube.eu/papers/ethics-and-loss-of-chance-in-medical-causation.htm>: “*Causation is never a straightforward element for a claimant to prove in an action for Clinical Negligence. It must be ‘more likely than not’ that the doctor brought about the harm rather than it being something that would have happened anyway. This brings us onto cases where the harm suffered is claimed to be the ‘loss of chance’. Quite simply this means that the claimant has lost the opportunity to have been treated differently. The majority of the cases on this point arise where a doctors misdiagnosis deprives his patient of the chance to recover from his ailment”.*

¹³⁹ AAGAARD, Todd S.. Ob. cit., p. 1335-1336.

Por outro lado, uma segunda corrente entende que a responsabilidade pela perda de chance na atividade médica não se distingue das demais modalidades¹⁴⁰.

A posição majoritária, compartilhada pela maior parte dos autores franceses, propõe uma ruptura radical entre os casos de perda de chance no âmbito médico e os demais campos de aplicação da teoria.

Após uma decisão pioneira da *Cour d'Apelle* de Grenoble, de 24 de outubro de 1962, que concedeu indenização pela perda de chance a um paciente que recebeu um diagnóstico equivocado de seu médico por uma lesão que veio a se agravar posteriormente, se verificou um crescente número de decisões nas quais se reconheceu o dano da perda de chance aplicado à responsabilidade civil médica¹⁴¹.

Nessa esteira, a Corte de Apelação de Paris, em 1966, optou por não conceder indenização integral a uma paciente que veio a falecer devido à negligência do médico que a atendia, por este não haver a assistido adequadamente após realizar seu parto¹⁴².

Ambas as decisões foram objetos de muitas críticas pelos doutrinadores franceses por não respeitarem os princípios básicos de causalidade. Segundo estes pensadores, não é possível se averiguar as chances perdidas após o término de um processo aleatório, devendo-se, portanto, verificá-las mediante análise de acontecimentos já ocorridos, uma vez que já é certa a morte (ou invalidez) do paciente e não um possível resultado futuro que nunca se saberá ao certo. Dessa forma, cabe averiguar se as chances perdidas se encontram antes ou depois da concretização do resultado danoso. Encontrando-se antes, se estaria diante da concepção clássica de causalidade, do contrário, se deveria aplicar uma causalidade parcial para estabelecer o dano¹⁴³.

Júlio Gomes narra, ainda no âmbito do direito francês, um caso decidido pela *première chambre civile de la Cour de cassation*, de 20 de julho de 1988¹⁴⁴, no qual a vítima buscava ser reparada em decorrência de negligência na atividade médica: na data de

¹⁴⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 49.

¹⁴¹ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 241.

¹⁴² SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 84: “Em 10 de março de 1966, a Corte de Apelação de Paris julgou um caso em que uma mulher, após dar à luz um bebê, foi acometida de forte hemorragia, em função da qual veio a falecer. A Corte entendeu que o médico que tratou a paciente foi negligente por tê-la deixado sem assistência adequada logo após o parto. Porém, não houve condenação integral porque os peritos afirmaram que, mesmo com a terapêutica correta, em torno de 20% das pacientes nesse estado vêm a falecer. Deste modo, a Corte decidiu por condenar o médico pela perda de 80% das chances de cura”.

¹⁴³ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 84-85.

¹⁴⁴ GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 297.

9 de julho de 1982, após sentir fortes dores cervicais, a lesada procurou seu médico, que diagnosticou um torcicolo. Com a persistência das dores a vítima o procurou novamente três dias depois, tendo este reiterado sua opinião e se recusando a hospitalizá-la. Então, em 15 de julho, a família da vítima contactou outro profissional, que determinou, com urgência, sua hospitalização, em função de uma meningite aguda. Finalmente, em 17 de julho, constatou-se a existência de uma epidurite, como consequência da meningite, manifestada pelo aparecimento de uma tetraplegia.

A corte, apesar de negar o pedido da autora baseado na condenação integral do réu pelos danos sofridos, entendeu que o comportamento negligente deste, em tardar a submetê-la à hospitalização, poderia ser o fator responsável pela evolução grave da doença, condenando-o, portanto, a repará-la pelas chances de evitar esta piora em seu quadro clínico, que lhe foram diminuídas em virtude deste atraso. A *Cour de cassation*, por sua vez, rejeitou o recurso interposto pela lesada e manteve a decisão, sob o argumento de que seria impossível fixar o grau de recuperação que teria alcançado a vítima se não fosse a conduta culposa do médico.

No direito inglês, um importante e famoso caso julgado pela *House of Lords*, no qual se deu origem a um grande debate no âmbito da perda de chance na responsabilidade médica, foi o caso *Hotson v East Berkshire Area Health Authority*¹⁴⁵. Tratava-se de um garoto que teve seu quadril lesionado após cair de uma altura aproximada de quatro metros no momento em que brincava de se balançar em uma corda presa a uma árvore. O garoto foi encaminhado ao hospital réu, que não conseguiu diagnosticar a fratura e o encaminhou de volta para casa. A dor persistiu, fazendo com que retornasse ao hospital cinco dias depois, quando uma radiografia foi realizada e revelou sua lesão.

¹⁴⁵ *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] AC 750 House of Lords, disponível em <http://www.e-lawresources.co.uk/Hotson-v-East-Berkshire-Area-Health-Authority.php>: “*The claimant as a school boy fell out of a tree from a height of 12 foot. He suffered a fracture to his hip and was taken to hospital. The hospital failed to diagnose his fracture and sent him home. He was in severe pain so he was taken back to hospital 5 days later where an X ray revealed his injury. He was treated and suffered an avascular necrosis which resulted in him having a permanent disability and a virtual certainty that he would develop osteoarthritis. According to medical evidence, had he been correctly diagnosed initially there was a 75% chance that he would have still developed this condition, but there was a 25% chance that he would have made a full recovery. The trial judge awarded damages of £11,500 based of 25% of £46,000 which was what would have been awarded if the claimant had shown that the defendant's conduct had caused the avascular necrosis of the hip.*

Held: The claimant had failed to establish on the balance of probabilities that the defendant's breach of duty had caused the necrosis since there was a 75% chance that it was caused by the fall. Therefore the claimant was not entitled to receive anything in respect of the necrosis”.

Após o tratamento, o garoto sofreu uma necrose avascular que o causou uma deficiência permanente e uma quase certeza de que pudesse vir a desenvolver osteoartrite. De acordo com os peritos, se a lesão houvesse sido corretamente diagnosticada no início, ainda assim haveria uma chance de setenta e cinco por cento (75%) de que o menino viesse a desenvolver esta condição, o que significa que haveria vinte e cinco por cento (25%) de chance de não desenvolvê-la.

Baseado nessas evidências, o juiz de primeira instância concedeu indenização de onze mil e quinhentas libras (£ 11.500), que correspondiam a vinte e cinco por cento de quarenta e seis mil libras (25% de £ 46.000), que seria o valor total da condenação caso se tivesse cem por cento (100%) de certeza da responsabilidade do réu sobre a origem da necrose avascular do quadril do garoto.

A decisão foi mantida na segunda instância, mas cassada na *House of Lords*, que entendeu que o autor não conseguiu provar que a conduta do réu foi responsável pelo surgimento da necrose, uma vez que existia setenta e cinco por cento (75%) de probabilidade de esta ter sido causada simplesmente pela queda e, portanto, o reclamante não possuía direito a receber qualquer quantia indenizatória.

Hotson v East Berkshire Area Health Authority é constantemente usado pelos autores da *Common Law*, como exemplo de um processo determinístico no qual as consequências futuras são rigorosamente determinadas por circunstâncias passadas e nas quais o nexo de causalidade deve ser fixado sempre em cem ou zero por cento. Estimativas situadas entre os dois extremos representam falta de conhecimento (informação) do juiz¹⁴⁶.

Casos similares a este, que representam a responsabilidade por erro médico cuja causa do dano é incerta, também se fazem presentes em outros tribunais europeus, como nos da França, Bélgica, Alemanha, Áustria, Itália, Espanha, Holanda, Escócia, Irlanda, Lituânia, Hungria e Suíça¹⁴⁷.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte da Pensilvânia decidiu neste sentido, no caso *Hamil v. Bashline*, no qual um médico falhou em prever um infarto do miocárdio, vindo o paciente a falecer pouco depois de chegar ao hospital. Após a análise do caso por um especialista, verificou-se que se os métodos de diagnóstico e tratamento adequados

¹⁴⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 90.

¹⁴⁷ GRAZIANO, Thomas Kadner. Ob. cit., p. 1015.

houvessem sido empregados, o paciente haveria tido uma chance de setenta e cinco (75%) de sobrevivência. O réu foi, então, condenado a reparar o valor integral do dano final¹⁴⁸.

Sobre o assunto, se manifesta o autor Glenn Cooper, ao afirmar que este caso é um exemplo do grupo de situações nas quais o resultado final é conhecido, diferentemente de outros casos, como o *Chaplin v Hicks* narrado anteriormente. Neste último, o resultado final era incerto, uma vez que nunca se poderia saber se a concorrente eliminada ganharia o concurso de beleza¹⁴⁹.

Em casos como o *Chaplin v Hicks*, ou como o descrito no exemplo do bilhete de loteria que não é incluído no sorteio por negligência do réu, não está presente o determinismo. Assim, se verifica um componente de probabilidade que gera incerteza quanto às consequências futuras de eventos pretéritos, sendo possível isolar a chance perdida como um “bem do mundo exterior”. Nestas situações, a chance da vítima de vencer o concurso ou o sorteio representa claramente um valor probabilístico¹⁵⁰.

Dessa forma, pode-se concluir que, em alguns casos aplicados à teoria da perda de chance – como aqueles relacionados à atividade advocatícia, no qual o advogado perde o prazo recursal, ou o caso no qual a candidata é impedida de participar de um concurso de beleza – estão em causa processos aleatórios, uma vez que é impossível saber o resultado final (o êxito no recurso ou a vitória no concurso de beleza). Diferentemente destes estão os casos de perda de chance de cura ou de sobrevivência, uma vez que nestas hipóteses já se sabe o resultado final e as chances são observadas no passado, restando dúvidas apenas quanto à relação de causalidade entre a conduta do médico e o dano final.

Na Argentina, a responsabilidade civil pela perda de chance no direito médico foi acolhida pela doutrina e tem sido constantemente aplicada pela jurisprudência. Em decisão de 26 de fevereiro de 1999, julgou-se o caso de uma paciente que havia sido

¹⁴⁸ KIEFFER, Jonathan P.. *The Case for Across-the-board Application of the Loss-of-chance Doctrine*, em *Defense Counsel Journal*, 1997, p. 572-573: “*The physician failed to diagnose a myocardial infarction, from which the patient died shortly after reaching the hospital. An expert opined that if the physician had employed appropriate diagnostic and treatment methods, the decedent would have had a 75 percent chance of surviving. Reversing the trial court's directed verdict for the defendant, the Pennsylvania Supreme Court relied on Section 323(a) of the Restatement (Second) of Torts, which imposes liability for negligence resulting in an increased risk of harm (...) the Hamil court's purported 'relaxed' standard of causation was employed in the context of a case in which the decedent had a substantially better- than-even chance of survival*”.

¹⁴⁹ COOPER, Glenn. *Damages for the Loss of a Chance in Contract and Tort*, em *Auckland University Law Review*, 1988-1991, v. 6, p. 41.

¹⁵⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. *Ob. cit.*, p. 92.

equivocadamente informada por um patologista de que um tumor que possuía era benigno, vindo a falecer posteriormente em decorrência de um câncer.

O Tribunal afastou a consideração da perda da vida por culpa do profissional, uma vez que não se poderia afirmar que o tratamento antecipado da doença salvaria a paciente, mas entendeu que a família da vítima deveria ser ressarcida pela perda da chance de sobrevivência ocasionada por uma morte acelerada, uma vez que só se teve conhecimento da doença após a manifestação dos seus sintomas mais graves, já não havendo mais nada a ser feito para salvá-la¹⁵¹.

Sobre o caso italiano, Rui Cardona Ferreira¹⁵² faz uma síntese da evolução da jurisprudência no domínio da responsabilidade médica. Inicialmente, não se aceitava a aplicação da teoria por não se vislumbrar o nexo de causalidade entre a conduta lesiva e o dano final, nos moldes normalmente exigidos. Posteriormente, se passou a aceitar a aplicação da teoria quando demonstrada uma probabilidade razoável de existência do nexo de causalidade. Já mais recentemente, a *Corte di Cassazione* tem admitido a utilização da figura da perda de chance, mesmo em casos de incerteza do nexo de causalidade, sob o argumento de defesa do direito do lesado de ser indenizado,

A evolução do entendimento italiano em relação à aplicação da responsabilidade civil pela perda de chance retrata claramente uma tendência que se tem notado em muitos outros países que têm visto, na perda de chance, a melhor alternativa para solucionar questões médicas que, devido às suas complexidades e incertezas, por muitas vezes impedem a vítima de obter qualquer tipo de reparação.

Há, no entanto, manifestantes da classe médica, especialmente em países da *Common Law*, que afirmam que a teoria da perda de chance os obriga a suportar injustiças. Em resposta a estes indivíduos, Kevin J. Willging escreve que o instituto da perda de chance não visa gerar nenhum tipo de injustiça ou desequilíbrio. O que a teoria almeja é apenas impedir que erros possam ser camuflados pelos médicos com auxílio do requisito da prova da causalidade¹⁵³.

¹⁵¹ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 260-261.

¹⁵² FERREIRA, Rui Cardona. Ob. cit., p. 164.

¹⁵³ WILLGING, Kevin Joseph. *Falcon v. Memorial Hospital: a rational approach to loss-of-chance tort actions*, em *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, v. 9, Spring 1993, p. 558: “Another important policy consideration is that the recognition of loss-of-chance actions would deter physicians from minimizing the importance of properly treating terminally ill or critically injured patients. Physicians will no longer be

Apesar das críticas de manifestantes da classe médica e de parte da doutrina em relação ao uso de método estatísticos para se mensurar o dano da perda de chance no campo da medicina, é importante que se tenha em conta que sua aplicação se dá mediante as mesmas exigências probatórias que são feitas em outras áreas, para outras espécies de dano. Não são concedidos, de nenhuma maneira, benefícios para que se constitua a prova necessária do nexo de causalidade nestes casos.

2.7. Quantum indenizatório

Deve-se ter em conta que a responsabilidade civil pela perda de chance é sempre aplicada em caráter subsidiário, ou seja, apenas em situações em que a vítima não consegue provar o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e a perda definitiva da vantagem almejada, sendo possível apenas demonstrar o nexo causal entre o ato lesivo e a chance perdida.

Conforme destacado anteriormente, apenas ensejam reparação as perdas de oportunidades reais e sérias. Tratando-se de uma chance com probabilidade substancial de se concretizar, à mesma deve ser atribuído um valor patrimonial, sempre inferior ao total da vantagem almejada e definitivamente perdida pela vítima, mesmo nos casos de dano moral.

A dificuldade de se estipular o montante indenizatório se apresenta como uma das maiores dificuldades enfrentadas para a concretização da teoria da perda de chance, devido à sua complexidade.

Ainda que o dano da perda de chance seja dotado de autonomia, conforme já demonstrado, o mesmo não pode ser autonomamente avaliado, uma vez que o valor do resultado final que não foi alcançado deverá sempre ser utilizado como base de sua quantificação.

able to dodge liability for their negligent acts merely because their patient had a less-than-fifty percent chance of survival. In addition, doctors and health care specialists will utilize the most effective methods available in an effort to save their patients”.

Neste sentido, Júlio Gomes escreve que não há que se falar em perda de chance de cura ou de sobrevivência se não se verifica uma situação em que o paciente permanece enfermo ou morre¹⁵⁴.

Há diferentes entendimentos no que diz respeito ao método a ser utilizado para calcular o valor do dano resultante da perda da oportunidade. Um primeiro entendimento, adotado pelo Conselho de Estado francês, exige um grau mínimo de cinquenta por cento (50%) de probabilidade de se alcançar a vantagem esperada. Segundo tal entendimento, alcançada essa porcentagem, a reparação deverá equivaler à integralidade do resultado final. Com efeito, a consistência da chance serviria apenas como meio de determinar a sua ressarcibilidade, uma vez que a maior ou menor probabilidade de se alcançar a vantagem esperada não influenciaria no quantum indenizatório¹⁵⁵.

Posição similar é adotada em alguns casos no direito norte-americano, principalmente no âmbito do direito médico, conforme demonstrado no tópico anterior, nos quais se entende que deve ser concedida reparação integral mesmo quando a conduta do agente tenha reduzido, por exemplo, em apenas cinquenta e cinco por cento as chances de o dano final ser evitado pela vítima. Verifica-se, portanto, uma facilitação da comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano final¹⁵⁶.

Não parece razoável esse entendimento, uma vez que não se está considerando o dano da perda de chance como um dano autônomo, dotado de valor específico, distinto e sempre inferior à totalidade da vantagem esperada. O lesado não deve ser indenizado na totalidade do dano final, mas somente na razão proporcional à chance de sua concretização.

Essa aparente indenização parcial não viola o princípio da reparação integral, uma vez que o montante indenizatório deve corresponder à totalidade da chance perdida, que, como verificamos, é um dano autônomo e distinto do prejuízo final.

Tal posicionamento foi adotado em decisão da primeira câmara da Corte de Cassação francesa que destacou que a indenização pela perda de chance deve ser medida

¹⁵⁴ GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 311-312.

¹⁵⁵ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 227-228.

¹⁵⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 145.

com base na chance perdida, não podendo ser equiparada à vantagem final que poderia ser obtida por esta¹⁵⁷.

Rute Teixeira Pedro¹⁵⁸, por sua vez, defende que é necessária uma dupla avaliação. Primeiro, deve-se verificar a utilidade econômica que seria alcançada com o resultado final e, em seguida, a probabilidade de alcançá-lo. O quantum indenizatório corresponderá, portanto, ao valor da vantagem esperada, reduzida proporcionalmente à percentagem que represente o grau dessa probabilidade.

A jurisprudência portuguesa, quando admite a responsabilidade civil pela perda de chance, tem aplicado exatamente esse entendimento no que diz respeito ao quantum indenizatório, como se pode verificar em recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça¹⁵⁹:

“X - O dano da «perda de chance» que se indemniza não é o dano final, mas o dano “avançado”, constituído pela perda de chance, que deve ser medida em relação à chance perdida e não pode ser igual à vantagem que se procurava, nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final.

XI - Para o que importa proceder a uma tarefa de dupla avaliação, isto é, em primeiro lugar, realiza-se a avaliação do dano final, para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, após o que, obtidos tais valores, se aplica o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado desta operação a indemnização a atribuir pela perda da chance”.

Por fim, Rute Teixeira Pedro enuncia que, nos casos de impossibilidade de se adotar tal critério devido às dificuldades de se converter em um valor numérico as inúmeras possibilidades existentes ou quando faltarem elementos de prova suficientes para realizar o cálculo de forma segura, deverá se recorrer a um juízo equitativo, nos termos do artigo 566º, número 3, do Código Civil.

¹⁵⁷ Cour de Cassation, Chambre Civile 1, nº 00-13314: *“La réparation d’une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l’avantage qu’aurait procuré cette chance si elle s’était réalisée”*. Disponível em http://www.lexinter.net/JP/perde_d'une_chance.htm

¹⁵⁸ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 230-232.

¹⁵⁹ Processo do Supremo Tribunal de Justiça n.º 488/09.4TBESP.P1.S1, de 05/02/2013, relatado por Helder Roque, publicado na internet em www.dgsi.pt.

Ainda no que diz respeito à estipulação do quantum indenizatório, importante se faz ressaltar que o caráter autônomo do dano da perda de chance não o desvincula do dano final, que deverá ser utilizado como parâmetro para quantificação da chance perdida e servir de base para que o julgador verifique a seriedade desta, permitindo-lhe calcular a probabilidade que foi subtraída do lesado de alcançar o resultado que almejava em decorrência da conduta lesiva. No que diz respeito à sua quantificação, portanto, deve o dano da perda de chance atuar paralelamente ao dano final.

Joseph H. King Jr. acrescenta que, em alguns casos, o dano da perda de chance e o próprio dano final poderão concorrer entre si, devendo o julgador se atentar para não conceder reparação excessiva ao lesado.

Para ilustrar esta situação, o autor traz o exemplo de um paciente que, acometido por uma doença, é submetido a um tratamento cuja expectativa de cura – que lhe daria a oportunidade de viver por mais trinta e cinco anos – era de quarenta por cento (40%). No entanto, independentemente de obter êxito neste tratamento, ele já tinha assegurada uma expectativa de seis meses de vida. O médico, ao ministrar a medicação, aplica dosagem distinta da correta, levando o paciente a óbito. Tem-se no caso, portanto, dois distintos tipos de dano: o final, representado pela sobrevida de seis meses que o paciente teria mesmo no caso de o tratamento fracassar e a perda de chance de sobrevida após estes seis meses, correspondente a 40% do valor de a vítima viver trinta e quatro anos e seis meses¹⁶⁰.

No que diz respeito à aplicação da doutrina da perda de chance em casos de ação coletiva nos quais o processo aleatório tenha chegado ao fim e já se tenha conhecimento exato do valor do dano final, Paul Speaker traz uma interessante proposta de quantificação

¹⁶⁰ KING JR., Joseph H. *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequence*, The Yale Law Journal, vol. 90, n.º 6, 1981, p. 1382-1383: “In many cases, a plaintiff may claim damages for the destruction of a chance of avoiding both definitive and partial losses. For example, assume that a cancer patient is negligently killed by an overdose of medication. Assume further that he had a 40% chance of recovery and that if he had recovered he would have lived an estimated thirty-five years. Even if he had not recovered from the disease, assume that he would have lived an estimated six months. The plaintiff would claim not only that the decedent was deprived of an opportunity of making a full recovery, but also that he probably lost six months of life even if the disease would have been fatal. Compensation should be calculated in a way that avoids double recovery for the same injury. The plaintiff would be compensated for the full value of the six months by which the decedent's life was probably shortened even if his cancer had been incurable. To this amount would be added the value of the chance of living beyond the six months. Thus, we would add 40% of the value of thirty-four and one-half years of the decedent's life (thirty-five years minus the six months already covered by the acceleration damages) to the full value of the loss of six months of life”.

do dano, apresentada após a análise de um caso decidido por um tribunal norte-americano¹⁶¹.

No caso, denominado *Hammed v. International Assn. of Bridge, Structural, and Ornamental Iron Workers*, o tribunal condenou o réu ao pagamento de indenização retroativa aos candidatos negros que se candidataram para um emprego, após se constatar que a taxa média de contratação geral era de 33,6% em relação aos candidatos, porém, do total de candidatos negros, apenas 10,9% eram contratados. A corte entendeu que esta prática era visivelmente discriminatória e responsável por reduzir, de 33,6% para 10,9%, a chance de contratação de trabalhadores negros.

Speaker destaca na decisão o método utilizado para quantificar o dano: verificou-se que entre 1965 e 1973, quarenta e cinco trabalhadores negros que deveriam ser contratados não o foram. No entanto, não era possível identificar, entre os cento e oitenta candidatos negros, quais eram aqueles que não haviam sido admitidos por discriminação racial¹⁶². A corte, portanto, concedeu indenização de vinte e cinco por cento dos vencimentos recebidos pelos empregados contratados para cada um dos cento e oitenta candidatos ($45/180 = 0,25$)¹⁶³.

O autor desenvolve, por fim, uma fórmula na qual a chance de a vítima evitar o dano final em condições normais é representada pela incógnita X, e a variável Y representa esta chance após a conduta do réu responsável por reduzi-la. A chance de ocorrência do dano após a verificação da conduta lesiva de um terceiro é representada pelo denominador $1 - y$ ¹⁶⁴.

¹⁶¹ SPEAKER, Paul. *The applications of the loss of chance doctrine in class actions*, em *The Review of Litigation*, Spring 2002, p. 354-361.

¹⁶² SPEAKER, Paul. Ob. cit., p. 355: “*In determining the damages, the Hameed court first assumed that African-Americans would be admitted at approximately the same rate as all others. According to the court's figures, the admittance rate as a whole was 33.6%, so the court used this number to determine the percentage of African-Americans that should have been admitted. However, the actual admission rate of African-Americans was only 10.9%. The court therefore determined that the discriminatory hiring process lowered an African-American's chance of admission into the program from 33.6% to 10.9%*”.

¹⁶³ SPEAKER, Paul. Ob. cit., p. 358: “*According to the court's calculation, the back pay for the forty-five people would be distributed among the 180 total applicants who were denied admission, so each person would receive damages amounting to 25% of the back pay that a single denied plaintiff would receive*”.

¹⁶⁴ SPEAKER, Paul. Ob. cit., p. 361: “*The denominator here, '1 - y', is equal to the chance of dying after the negligence of the defendant has occurred. It is worth noting that the recovery represented in this equation will always be greater than the Herskovits recovery since the denominator will always be between 0 and 1. The two recoveries are equal only if y = 0, that is, if the plaintiffs chance of survival after the negligence is 0*”.

Conclui, portanto, que a chance perdida, em casos nos quais já se possa identificar o valor do dano final, deve ser obtida através da operação:

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

Para ilustrar a aplicação desta fórmula, Rafael Peteffi traz o exemplo de uma fábrica que contaminou o lençol freático de uma cidade e, após estudos, verificou-se que a ingestão daquela água contaminada aumentava as chances de um bebê nascer com Síndrome de Down. Também restou constatado que a taxa de bebês que nasciam com a doença, anteriormente à contaminação, era de 1%, tendo aumentado para 2% após a contaminação da água¹⁶⁵.

Aplicando-se no caso exposto a metodologia tradicional para quantificar o dano da perda de chance, consistente na diferença entre a chance de se evitar o dano antes da conduta ilícita e a chance de evitá-lo após esta conduta, o dano da perda de chance corresponderia a 1%, uma vez que anteriormente à contaminação a criança teria 99% de chance de nascer saudável, contra 98% após a contaminação.

Entretanto, aplicando a fórmula elaborada por Paul Speaker, essa chance seria de 50%, por interpretar que, em cada dois bebês nascidos com Síndrome de Down, um teve como causa a contaminação da água. Dessa forma:

$$\frac{0,99 - 0,98}{1 - 0,98} = 0,5$$

A solução apresentada por Speaker parece, portanto, ser a mais assertiva nos casos em que o processo aleatório chegou ao fim e torna-se possível, assim, a identificação do dano final. Contudo, há que se recordar que em inúmeras hipóteses de aplicação da responsabilidade pela perda de chance o processo aleatório não atinge seu final, devendo, nestas situações, ser utilizado o método tradicional.

¹⁶⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 151.

Ralph Frasca¹⁶⁶, professor de economia da Universidade de Dayton, em Ohio, traz ainda uma análise da quantificação do dano da perda de chance por outro prisma, de um ponto de vista econômico.

De acordo com o autor, os cálculos dos danos devem basear-se no custo da oportunidade, que é representado pelo valor da chance perdida. No entanto, afirma que o sistema jurídico exige que os cálculos devam sempre ser feitos com observância do sistema normativo legal vigente, uma vez que as normas jurídicas podem excluir ou incluir itens que seriam aplicados de forma diferente caso se utilizasse a metodologia padrão da economia.

Dessa forma, defende que mesmo não sendo função do economista interpretar a lei, este pode desempenhar um papel importante no seu entendimento. Argumenta que, em muitos casos, a compreensão da lei é baseada em um conceito econômico subjacente que, sendo mais bem conhecido, especialmente na área da perda de chance, pode direcionar a decisões judiciais mais consistentes¹⁶⁷.

Após expor os distintos métodos de quantificação do dano da perda de chance e relacioná-los às situações específicas em que cada um deve ser aplicado, podemos concluir que é indiscutível que se trata de um dano subsidiário ao dano final, uma vez que este sempre servirá de base para quantificá-lo e, somente deverá ser utilizado, quando não for

¹⁶⁶ FRASCA, Ralph. Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages, em *Journal of Legal Economics* 15, 2008-2009, p. 93: “From an economic point of view, all damage calculations should be based upon opportunity cost, which is the value of a lost chance or opportunity. The legal system, however, may require damage estimates that reflect legal rather than economic theory. Legal rules can exclude or include items that would be treated differently using standard economic methodology. Of course, the economist is not expected to be an expert on legal rules. Accordingly, she must typically defer to the retaining attorney for advice on these matters. However, a certain familiarity with these rules can enhance the economist's productivity and the productivity of the court system. This is particularly true when it comes to loss of chance rules. In a loss of chance case, the economist may be asked to calculate the loss to survivors given any one of three assumptions: 1) an estimate of loss assuming full recovery; 2) an estimate of loss assuming the patient's preexisting probability of recovery; or 3) an estimate of loss assuming an incremental change in the patient's probability of recovery. Only the third estimate is similar to an opportunity cost estimate of damages. However, depending upon the jurisdiction, each of these calculations can represent a legally appropriate presentation of loss by the economic expert. The correct presentation will be determined by the loss of chance rule in the relevant venue. An understanding of these rules can clarify the economist's role in support of litigation”.

¹⁶⁷ FRASCA, Ralph. Ob. cit., p. 102: “It is not the economist's role to interpret the law; this is the judge's domain. However, the economist can play an important role in shaping that interpretation. In many cases, the interpretation of the law is based upon some underlying economic concept. Consequently, a clearer or more accurate understanding of those concepts can produce legal determinations that are more consistent with economic logic. Loss of chance may be one area of the law where a better understanding of economic concepts can lead to more consistent legal decisions”.

possível estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta culposa e a perda do resultado almejado pelo lesado.

Conforme explicitado anteriormente, a chance séria e real perdida é um dano certo, independente de o dano final ser hipotético e eventual, devendo ser, portanto, quantificada e reparada. O presente capítulo trouxe os principais dos inúmeros métodos para se determinar o quantum indenizatório, demonstrando que o argumento de que não é possível se quantificar com segurança o dano da perda de chance não merece prosperar.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

É ainda discreto no que concerne ao dano da perda de chance o tratamento dado, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência portuguesa.

3.1. Doutrina

Júlio Gomes¹⁶⁸ tece diversas críticas à teoria. A primeira delas parte da dificuldade de se enquadrar a perda de chance como dano emergente ou lucro cessante. Argumenta que, mesmo aqueles que a defendem como dano autônomo têm que se atentar que o prejuízo da perda de chance não pode ser autônomo em sua avaliação, uma vez que pertence a um processo dinâmico que vai, eventualmente, resultar em outro prejuízo definitivo.

Aduz o autor que a chance não possui valor econômico próprio e, portanto, não pode ser considerada uma entidade patrimonial autônoma. Faz crítica ainda à vasta margem de arbitrariedade que está presente quando da determinação do *quantum* indenizatório.

Em relação à sua aplicação no direito português, o autor registra que a doutrina da perda de chance representa uma ruptura, de certo modo camuflada, com a concepção da causalidade adequada que, mesmo possuindo suas insuficiências, está consagrada no art. 563º do Código Civil. Portanto, não seria aceitável reconhecer uma espécie de causalidade probabilística¹⁶⁹.

Entende o autor que quando a chance se torna mais densa e se pode constatar mais provável sua realização do que sua não verificação, já se estaria diante de um lucro cessante suficientemente “certo” e se poderia, portanto, fixar a indenização recorrendo à equidade, o que seria mais realista do que tentar quantificar essas oportunidades em probabilidades exatas. Não seria a perda de chance, portanto, objeto de uma reparação em

¹⁶⁸ GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 305.

¹⁶⁹ GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 318.

sentido estrito, mas sim uma reparação equitativa com função mais compensatória do que reparatória¹⁷⁰.

Defende, assim, a existência de meios mais adequados do que a autonomização da perda de chance e cita como exemplos a inversão do ônus da prova, adotada na Alemanha, no âmbito da responsabilidade médica, e a chamada “prova aparente”. Entretanto, reconhece que o direito português admite uma dimensão residual da perda de chance em relação a questões pontuais, como os casos em que ocorre a perda de um bilhete de loteria, ou em que se é afastado ilicitamente de um concurso. Justifica que, nessas hipóteses, a chance se apresenta mais concreta, não se deixando cair ao mero arbítrio do juiz¹⁷¹.

Gomes reconhece, todavia, os méritos da doutrina da perda de chance, por esta destacar as limitações e eventuais injustiças do princípio do tudo ou nada atualmente vigente¹⁷².

Carneiro da Frada¹⁷³ observa ainda a existência de problemas quanto à quantificação do dano da perda de chance, que impescinde de um juízo de probabilidade. Desta feita, como não é possível ter certeza do valor exato dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados, com base no art. 566, nº 3 do Código Civil.

Por outro lado, Álvaro Dias¹⁷⁴ observa que, se for considerado o dano da perda de chance como uma lesão do direito à integridade e incolumidade do patrimônio do respectivo titular, claramente se vê a existência de um dano certo, correspondente à perda de uma possibilidade atual, e não de um resultado futuro. É, portanto, um bem patrimonial, cuja perda produz um dano atual e ressarcível.

Paulo Mota Pinto¹⁷⁵, por sua vez, acrescenta que vêm sendo constantemente adotadas as teorias gradualistas, que se aplicam à autonomização do bem da perda de chance como ente ressarcível, uma vez que se trata de uma causalidade probabilística na

¹⁷⁰ GOMES, Júlio. *Ainda sobre a figura do dano da perda de chance*, p. 29.

¹⁷¹ GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 323-324.

¹⁷² GOMES, Júlio. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, p. 326-327.

¹⁷³ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, 2006, p. 103-104.

¹⁷⁴ DIAS, João António Álvaro. *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, 2004, p. 250-255.

¹⁷⁵ PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume II, Coimbra Editora, 2008, p. 1105-1106.

qual o evento danoso priva o lesado de alcançar determinada vantagem, devendo, assim, ser indenizado. Ressalta que, para tanto, o lesante deve ser condenado pelo prejuízo causado, sendo necessário minorar o montante indenizatório na razão da probabilidade de que o dano se teria igualmente produzido sem a sua conduta.

As teorias gradualistas ainda foram objeto de críticas do autor, pelo fato de dispensarem a consumação da lesão do bem em si, levando a um excesso de responsabilização e insegurança.

Por fim, conclui que este tipo de dano só deve ser admitido mediante a exigência de um critério mínimo de relevância da chance, mas que, por ora, não existe base jurídico-positiva para sustentar este tipo de responsabilização em Portugal. Defende, portanto, ser mais cabível adotar a solução da inversão do ônus da prova ou da facilitação da prova, da causalidade e do dano, aplicando-se o art. 494º do Código Civil para fixar indenização inferior ao que corresponderia aos danos finais causados.

Rui Cardona Ferreira¹⁷⁶ traz uma inovadora visão quanto à possibilidade de aplicação da teoria.

Para o autor, a ideia de um dano emergente e autônomo de perda de chance não é concebível no sistema jurídico português. Para que seja aplicada a teoria, deve-se recorrer ao plano da teoria geral da causalidade, uma vez que o sistema não impõe uma fórmula uniforme de causalidade, e admite, em determinadas circunstâncias, a adoção de um critério de avaliação não fundado no âmbito da *conditio sine qua non*, a qual a teoria da causalidade adequada se mantém vinculada.

Para que se possa falar em dano da perda de chance deve se adotar assim a *teoria da conexão do risco*, desenvolvida pelo penalista alemão Claus Roxin, na qual o dano vai existir simplesmente pela criação ou elevação de um risco de modo juridicamente não permitido.

Aqui, a *conditio sine qua non* não está presente, uma vez que não é necessário verificar se, sem a conduta do lesante, o resultado não teria sido produzido. Aqui, basta que haja a criação do risco.

¹⁷⁶ FERREIRA, Rui Cardona. Ob. cit., p. 360-361.

O autor ressalta, por fim, que a teoria da conexão do risco não se opõe ao artigo 563º do Código Civil, que trata do nexo de causalidade.

Carlos Alberto Fernandes Cadilha¹⁷⁷ ressalta que, por não existir qualquer indicação legal que determine os termos em que a perda de chance poderá ser aceite no direito português, e pelo fato de a mesma ainda estar em processo de desenvolvimento pela jurisprudência, este tipo de dano deve ser aplicado com bastante cautela e exclusivamente em situações nas quais a privação da probabilidade de obtenção de uma vantagem se evidencie como um dano autônomo.

Já Rute Teixeira Pedro¹⁷⁸ demonstra ser favorável à adoção da teoria. Segundo a autora, a possibilidade de se alcançar o resultado final representa uma espécie de tutela reparatória intermédia, que deve ser utilizada quando não for possível auferir que determinado ato ilícito e culposo de terceiro tenha sido, com certeza, propiciador da inviabilização da obtenção de um resultado esperado por um sujeito. Em outras palavras, entende que não se pode responsabilizar o terceiro pelo fracasso na obtenção do resultado esperado pelo sujeito, uma vez que é desconhecido o que de fato aconteceria na ausência do ato ilícito praticado por aquele, não havendo, portanto, o nexo causal exigido entre sua conduta e o dano final.

Sinde Monteiro¹⁷⁹, ao discorrer sobre o dano da perda de chance na responsabilidade médica, rebate algumas críticas quanto à sua aplicação.

A primeira delas é de que essa espécie de dano poderia vir a gerar insegurança e injustiça. Segundo o autor, a tese do tudo ou nada poderia acarretar um grau muito maior de insegurança e injustiça, uma vez que é patente a incerteza da prova neste domínio, além de não admitir a tentativa de uma via mais flexível, ainda que com base em prova cientificamente produzida.

Outra crítica rebatida pelo autor é a de que a perda de chance na seara médica representaria um agravamento injustificado da posição da responsabilidade médica, que estaria sujeito a responder por qualquer erro de tratamento, impondo-lhe assim uma obrigação de resultado. Sinde Monteiro argumenta que não é qualquer erro que será capaz

¹⁷⁷ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. Ob. cit., p. 99-100.

¹⁷⁸ PEDRO, Rute Teixeira. Ob. cit., p. 457-464.

¹⁷⁹ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, em “Direito da Saúde e Bioética”, Lisboa, 1991, p. 146-152.

de gerar a obrigação de indenizar, mas apenas aqueles culposos, não bastando apenas a não verificação do resultado. Tendo a lesão se verificado fora do círculo de perigos que a norma objetiva controlar, não existirá relevância do erro do tratamento no âmbito do direito civil.

Apesar de perceber que apenas rebater a estas críticas não é o suficiente para que a ressarcibilidade do dano da perda de chance se torne evidente, uma vez que sua aplicação apresenta dificuldades óbvias, o autor destaca que há boas razões de justiça material e de equilíbrio jurídico para defendê-la. Se por um lado, a perda de chance de cura ou de sobrevivência representa um agravamento do estatuto de responsabilidade do médico, por outro parece ao autor uma solução justa e um meio idôneo de contrabalançar o caráter extremamente aleatório da prova.

3.2. Jurisprudência

Ainda que perceptível certa resistência dos tribunais portugueses à sua aplicação, é notório que a teoria da perda de chance vem sendo cada vez mais utilizada para a fundamentação de determinadas questões, algumas vezes se considerando sua aplicabilidade válida, outras vezes sendo rejeitada.

São em casos relacionados à atividade advocatícia que o instituto da perda de chance tem sido mais constantemente aplicado.

A aplicação da teoria foi rejeitada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2010¹⁸⁰, no qual um advogado interpôs recurso sem apresentar alegações, o qual veio a ser considerado deserto, impossibilitando seus clientes de recorrerem de uma decisão desfavorável.

¹⁸⁰ “8) A perda de chance não se confunde com perda de expectativa, já que aqui há uma esperança de um direito, por se ter percorrido um “iter” que a ele conduziria com forte probabilidade. Trata-se de situação dogmatizada na responsabilidade pré contratual. 9) Na perda de chance, ou de oportunidade, verificou-se uma situação omissiva que, a não ter ocorrido, poderia razoavelmente propiciar ao lesado uma situação jurídica vantajosa. 10) Trata-se de imaginar ou prever a situação que ocorreria sem o desvio fortuito não podendo constituir um dano presente (imediato ou mediato) nem um dano futuro (por ser eventual ou hipotético) só relevando se provado que o lesado obteria o direito não fora a chance perdida. 11) Se um recurso não foi alegado, e em consequência ficou deserto, não pode afirmar-se ter havido dano de perda de oportunidade, pois não é demonstrada a causalidade já que o resultado do recurso é sempre aleatório por depender das opções jurídicas, doutrinárias e jurisprudenciais dos julgadores chamados a reapreciar a causa”.

Processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, relatado por Sebastião Póvoas, publicado na internet em www.dgsi.pt.

Argumentou-se na decisão que o fato de se considerar o recurso deserto não implica a ocorrência do dano de perda de oportunidade, uma vez que o resultado do recurso sempre será aleatório, por depender das opções jurídicas, doutrinárias e jurisprudenciais dos julgadores.

Concluiu-se pela rejeição da teoria da perda de chance, pelo fato de esta contrariar o princípio de certeza dos danos e da causalidade adequada.

Mesmo entendimento foi aplicado em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de maio de 2012, também a respeito de um recurso considerado deserto por culpa do advogado:

“Daqui resulta que a doutrina da perda de chance ou de oportunidade não tem apoio na lei portuguesa, nomeadamente, no art. 563º do Cód. Civil que exige a prova de que os danos a indemnizar são apenas os que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão. (...) Os danos patrimoniais aqui peticionados são danos futuros de verificação incerta, eventual ou hipotética. Desta forma, se não pode considerar que esses danos sejam indemnizáveis ao abrigo do disposto no nº 2 do art. 564º do Cód. Civil. A doutrina da perda de chance não tem, em geral, apoio na nossa lei civil que exige a certeza dos danos indemnizáveis e a existência de nexo de causalidade entre eles e a conduta do lesante”¹⁸¹.

Posição divergente foi adotada em julgado do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2010¹⁸², a respeito de um caso em que o mandatário apresentou contestação intempestivamente, fazendo com que todos os fatos articulados pelo autor fossem dados como confessos pelo seu cliente.

A fundamentação da decisão destaca que o dano da perda de chance é claramente cabível dentro dos princípios orientadores do ordenamento jurídico português. O tribunal argumenta que não se pode atribuir à impossibilidade de determinar o nexo causal, com base na teoria da causalidade adequada, a irresponsabilização do mandatário. Considera que, por se tratar de uma obrigação de meios e não de resultados, o dano emergente do cumprimento defeituoso do contrato deverá corresponder à prestação devida e não efetuada pelo advogado, omissão esta que excluiu do autor a chance de evitar um prejuízo. Conclui,

¹⁸¹ Processo n.º 8972/06.5TBBERG.G1. S1, relatado por João Camilo, publicado na internet em www.dgsi.pt.

¹⁸² Processo n.º 171/2002.S1, relatado por Moreira Alves, publicado na internet em www.dgsi.pt.

desta forma, que o dano da perda de chance é um dano autônomo, passível de ser ressarcido.

O mesmo se entendeu em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de fevereiro de 2013, já citado anteriormente, que, com base na teoria da perda de chance, revogou decisão proferida pelo Tribunal da Relação do Porto, concedendo indenização à recorrente pelo fato da ré, sua antiga advogada, não ter apresentado, dentro do prazo legal, rol de testemunhas na ação em que lhe representava, obliterando sua chance de obter sucesso na demanda¹⁸³.

Em relação ao nexo de causalidade adequada existente entre a conduta omissiva e o dano sofrido pela recorrente em consequência da omissão da recorrida, argumentou-se que, como o direito de ação e de recurso aos Tribunais é um bem tutelado tanto pela lei processual como pelo contrato de mandato estabelecido entre cliente e advogado, a impossibilidade do seu exercício por omissão culposa do advogado é, por si só, um prejuízo ou dano em si mesmo considerado¹⁸⁴.

Defende, portanto, a chance perdida como um dano autônomo que merece a tutela do direito, uma vez que integra o patrimônio jurídico do lesado e representa uma realidade atual, sendo ressarcível apenas o valor da oportunidade perdida e não o benefício final esperado.

Também foi aplicado o dano da perda de chance em decisão do tribunal supremo, proferida em 14 de março de 2013¹⁸⁵, uma vez que se averiguou que a omissão do

¹⁸³ “a doutrina da «perda de chance» ou da perda de oportunidade, propugna, em tese geral, a concessão de uma indemnização quando fique demonstrado, não o nexo causal entre o facto ilícito e o dano final, mas, simplesmente, que as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de obviar um prejuízo, foram reais, sérias, consideráveis, permitindo indemnizar a vítima nos casos em que não se consegue demonstrar que a perda de uma determinada vantagem é consequência segura do facto do agente, mas em que, de qualquer modo, há a constatação de que as probabilidades de que a vítima dispunha de alcançar tal vantagem não eram desprezíveis, antes se qualificando como sérias e reais”.

Processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1, relatado por Helder Roque, publicado na internet em www.dgsi.pt.

¹⁸⁴ “o cumprimento defeituoso do mandato pela ré originou um dano para o autor que não viu satisfeita a prestação devida, por incúria e negligência daquela, que o privou, fazendo-o perder a sorte ou «chance» de vir a triunfar na acção”.

¹⁸⁵ “2. No cumprimento do mandato forense, o advogado deve colocar todo o seu saber e empenho na defesa dos interesses do seu constituinte, naturalmente com respeito das regras de conduta genericamente impostas ao exercício da profissão respectiva, e dispõe de uma margem significativa de liberdade técnica. 3. Nesse cumprimento não se inclui, pelo menos em regra, a obrigação de ganhar a causa, mas apenas a de defender aqueles interesses diligentemente, segundo as regras da arte, com o objectivo de vencer a lide. 4. No caso, o réu estava absolutamente vinculado a requerer a prova, tendo em conta os termos da contestação que apresentou e da reconvenção que deduziu; a falta de requerimento implica incumprimento do contrato de mandato, pois não praticou um acto manifestamente indispensável ao preenchimento dos objectivos

advogado da parte em apresentar requerimento para requerer a prova – tendo em conta os termos da contestação que apresentou e da reconvenção que deduziu – constituía causa adequada da perda de oportunidade, autonomamente considerada.

Ressaltou-se aqui que o dano da perda da oportunidade de se ganhar uma ação não pode ser desvinculado de uma probabilidade consistente de vencer, ou seja, para que seja possível a aplicação de indenização pela perda de chance, deve ser constatada uma probabilidade alta de ganho da causa principal.

Entendeu-se, por fim, que a chance de vencimento na demanda é suficiente para que a consistência da oportunidade perdida justifique uma indenização.

Ainda, em recente decisão datada de 6 de março de 2014¹⁸⁶, proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça – embora a aplicação da teoria da perda de chance tenha sido rejeitada por falta de provas suficientes –, merece destaque trecho do voto do Relator Pinto de Almeida que, ao discorrer sobre o dano da perda de chance, argumentou que este representa uma *“possibilidade real de se alcançar um determinado resultado positivo, mas de verificação incerta”*, que depende de *“um comportamento de terceiro, susceptível de gerar a sua responsabilidade, que elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir”*.

contratualmente reconhecidos. 5. A falta de apresentação oportuna do requerimento de prova determinou a improcedência da sua defesa e da reconvenção; mas não se pode determinar qual seria o provável resultado da prova que viesse a ser oportunamente requerida e produzida; nem tão pouco o provável desfecho jurídico da causa. 6. Mas a falta de requerimento de prova para lograr demonstrar os factos controvertidos é causa adequada da perda de oportunidade, autonomamente considerada. 7. O dano da perda de oportunidade de ganhar uma ação não pode ser desligado de uma probabilidade consistente de a vencer. Para haver indemnização, a probabilidade de ganho há-de elevada. 8. No caso presente, a chance de vencimento é suficiente para que a consistência da oportunidade perdida justifique uma indemnização, a calcular segundo a equidade”.

Processo n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1, relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, publicado na internet em www.dgsi.pt.

¹⁸⁶ “I - No cumprimento do mandato forense, o advogado não se obriga a conseguir um determinado resultado, mas tão só a utilizar diligentemente os seus conhecimentos e experiência, segundo as regras de arte, para que tal resultado se obtenha; a obrigação que assume é de meios, não de resultado. II - Para se demonstrar o incumprimento dessa obrigação, não basta alegar a perda da ação que o advogado patrocinou: é necessário provar que este não realizou os actos em que normalmente se traduziria um patrocínio diligente, de acordo com as normas deontológicas aplicáveis. III - É admitida a ressarcibilidade do dano da perda de chance ou de oportunidade, que pressupõe: a possibilidade real de se alcançar um determinado resultado positivo, mas de verificação incerta; e um comportamento de terceiro, susceptível de gerar a sua responsabilidade, que elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir”.

Processo n.º 23/05.3TBGRD.C1.S1, relatado por Pinto de Almeida, publicado na internet em www.dgsi.pt.

No caso concreto não restou suficientemente comprovado que o réu, antigo advogado do autor, havia atuado de forma a implicar a perda definitiva de qualquer chance ou oportunidade de se alcançar o resultado que se visava obter¹⁸⁷.

Conforme argumentado anteriormente, a grande maioria das decisões fundamentadas na responsabilidade civil pela perda de chance em Portugal é encontrada no âmbito da atividade advocatícia. Entretanto, alguns casos demonstram que o instituto vem sendo também aplicado em outras áreas.

O Superior Tribunal Administrativo, em decisão de 24 de outubro de 2006, condenou o Estado Português a indenizar um soldado da extinta Guarda Fiscal, por eliminar sua chance de progredir na carreira, uma vez que o afastaram ilegalmente do seu posto de trabalho e somente o reintegraram quando não mais possuía a idade mínima para concorrer ao posto de cabo¹⁸⁸.

Igualmente foi julgado procedente pelo Superior Tribunal Administrativo o recurso de uma funcionária que, por ato administrativo do presidente do Tribunal de Contas, teve seu nome injustamente excluído da lista de candidatos de um concurso de provimento para quinze lugares da carreira e categoria de auxiliar do corpo especial de fiscalização e controle do quadro da Direção Geral do Tribunal de Contas.

Argumentou a recorrente que o valor indenizatório deveria ser encontrado no âmbito da sua não admissão à realização do concurso, responsável por afastar a séria probabilidade que tinha de ser aprovada. O Tribunal, no entanto, repudiou esta alegação,

¹⁸⁷ “parece óbvio que as situações invocadas pelo Recorrente (que não, como dissemos, especificamente para esta questão) não quadram com a referida figura, quer na perspectiva da actuação do réu – já vimos que não é possível imputar-lhe qualquer responsabilidade pelos prejuízos invocados pelo autor –, quer do ponto de vista da perda definitiva pelo autor da oportunidade de obter a vantagem esperada nos aludidos processos (de execução e de divórcio). Com efeito, como vimos no ponto anterior, não pode, face à factualidade provada, imputar-se ao réu um comportamento ilícito susceptível de gerar a sua responsabilidade. Não ficou demonstrado, na verdade, que não tenha cumprido as obrigações a que estava contratualmente vinculado de forma zelosa e adequada. Por outro lado, como decorre também do que acima foi referido, a actuação do réu não implicou para o autor a perda definitiva de qualquer chance ou oportunidade de conseguir o resultado que pretendia obter: na execução, porque entretanto foi instaurado um novo processo visando a cobrança da mesma prestação devida (incluindo juros); no processo de divórcio, em virtude de a decisão aí proferida (absolvição da instância) não determinar a perda do direito petitionado e por, de qualquer modo, ter de se concluir depois, ao ser declarado como único culpado, que não podia ser reconhecido esse direito ao autor”.

¹⁸⁸ “a perda definitiva da possibilidade de ter progredido na carreira constitui, sem dúvida, um dano decorrente daquele afastamento ilegal e, portanto, indemnizável, verificados que estão os pressupostos do artigo 483º do CC (facto ilícito e culposo, dano e nexo de causalidade)”.

Processo n.º 0289/069.4TBESP.P1.S1, relatado por Fernanda Xavier, publicado na internet em www.dgsi.pt.

sob o fundamento de que os concursos para recrutamento de auditores são extremamente exigentes nos planos dos conhecimentos gerais e profissionais e, por isso, não se poderia afirmar que a recorrente teria séria probabilidade de ser aprovada. Com base em critérios de razoabilidade, entendeu-se que a funcionária teria uma probabilidade de 1/3 de aprovação. Foi-lhe concedida, portanto, indenização correspondente a 1/3 do que receberia caso obtivesse êxito no concurso, por considerarem esta oportunidade perdida um dano em si, autônomo e distinto da vantagem final esperada¹⁸⁹.

Outro interessante e curioso caso, tratado pelo Tribunal da Relação do Porto e datado de 06 de maio de 2014, negou a aplicação da teoria da perda de chance, por entender que não se cumpriam todos os requisitos necessários para a sua verificação. O postulante, um jovem que havia sido agredido no interior de uma discoteca como reflexo de uma pancadaria entre terceiros, pleiteava indenização pela perda de chance de obter êxito nesta própria demanda, uma vez que os responsáveis pela exploração da discoteca não haviam conservado as gravações de imagem e som recolhidas no interior da mesma no momento da agressão. Não estava em causa aí o dano final sofrido com a agressão, mas o dano intermédio consistente na perda da possibilidade de obter reparação em uma ação judicial, tendo em vista que a inutilização das imagens de vídeo colhidas interromperam o curso normal da ação de responsabilidade que poderia permitir a reparação do dano.

¹⁸⁹ “*Ora, na jurisprudência deste Supremo Tribunal, há já uma corrente que entende que (i) o afastamento ilegal de um concurso, com perda de uma oportunidade de nele poder obter um resultado favorável, com repercussão remuneratória, é um bem cuja perda é indemnizável e que (ii) não podendo ser efectuada com exactidão a quantificação desta perda, é de fixar a indemnização através de um juízo de equidade, em sintonia com o preceituado no n.º 3 do art. 566.º do C. Civil, tendo como limite máximo os danos invocados pelo requerente. No caso em apreço não vemos razão para divergir desta orientação e entendemos que a perda da situação vantajosa da exequente merece ressarcimento, tendo em conta, primeiro, que a despeito da incerteza acerca da futura obtenção do ganho, a exequente estava em situação de poder vir a alcançá-lo, isto é, estava investida de uma oportunidade real, segundo, que esta é um bem em si mesmo, um valor autónomo e actual, distinto da utilidade final que potencia, terceiro, que, por isso, a perda da oportunidade de conseguir o ganho, não é uma mera expectativa mas um dano certo e causalmente ligado à conduta da Administração e quarto, que a perda da situação jurídica, por causa legítima de inexecução, dá lugar a um dever objectivo de indemnizar. No caso dos autos, quanto ao ganho final, temos que o mesmo ascenderia a um pouco mais de € 100 000,00. Quanto à probabilidade de o obter a entidade executada aceita que a oportunidade de sucesso perdida pela exequente é de 1/3, sendo que a interessada não alega nem prova factos dos quais resulte ser superior a probabilidade de êxito. Deste modo, o Tribunal considera equitativo atribuir à exequente a indemnização de € 35 000,00”.*

Processo n.º 047472A, relatado por Políbio Henriques em 25/02/2009, publicado na internet em www.dgsi.pt.

Foi destacado na decisão que, entre a conduta culposa da eliminação das imagens de vídeo e a reparação do dano, vários outros aspectos deveriam ser analisados e, para que fosse aplicada a teoria, três aspectos deveriam ser especialmente observados.

O primeiro diz respeito à “*existência de um determinado resultado positivo futuro que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não se apresenta certa*”. Em relação a este aspecto, o tribunal entendeu estar o mesmo cumprido, uma vez que a vítima tinha a expectativa de ser ressarcida pelo dano sofrido, sendo tal decisão incerta.

Em seguida, entendeu o tribunal também estar configurado outro pressuposto, consistente na “*verificação de um comportamento de terceiro susceptível de gerar a sua responsabilidade, e que elimina de forma definitiva as (ou algumas das) existentes possibilidades de o resultado vir a se produzir*”. Argumentou-se que a perda das imagens de vídeo, que resultou na impossibilidade de se identificar os responsáveis, eliminou essa possibilidade.

Por fim, o derradeiro pressuposto: “*existência de uma chance real de consecução da finalidade esperada*”. Entendeu-se que este requisito não se preenchia, sob o argumento de que nada se sabia em relação às câmeras de vigilância, como o ângulo em que focavam ou se a qualidade de imagem seria suficiente para a identificação de uma pessoa. Asseverou-se ainda que o percurso até a reparação do dano seria longo e possuiria um resultado altamente aleatório, uma vez que estaria em causa apreciação de matéria de fato, que se difere bastante daquelas situações em que apenas matéria de direito está em causa, por estas possibilitarem a formulação de um juízo de probabilidade com maior segurança¹⁹⁰.

¹⁹⁰ “- A omissão do comportamento devido, objectivamente considerada, não chega para definir a ilicitude. É necessário o aspecto subjectivo, que consiste na atribuição ou imputação da falta de cumprimento à vontade do agente, de forma a poder formular-se a respeito da sua conduta o referido juízo de reprovação; numa palavra, exige-se a culpabilidade. II - O responsável pelo estabelecimento que inutilizou as gravações da câmara de vigilância que captou o incidente que vitimou o apelante (arremesso de um copo ao rosto) não responde pelos danos causados pela agressão, por não poder se estabelecer uma relação de causalidade. III - O dano consistente na impossibilidade de identificar o responsável pela agressão não coincide com o dano cujo ressarcimento é petitionado na acção — os danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes da agressão com o copo no interior da discoteca. IV - O que está em causa não é o dano final sofrido com a agressão, mas o dano intermédio da perda da possibilidade de obter o ressarcimento numa acção judicial. V - Constituem requisitos da responsabilidade por perda de chance:— existência de um determinado resultado positivo futuro que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não se apresenta certa; — existência de uma chance real de consecução da finalidade esperada; — verificação de um comportamento de terceiro susceptível de gerar a sua responsabilidade, e que elimina de forma definitiva as (ou algumas das) existentes possibilidades de o resultado se vir a produzir. VI - A jurisprudência que admite a ressarcibilidade do dano

Em relação à aplicação da teoria da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil médica, tão evoluída e discutida em outros países, nota-se que ainda tem um longo caminho a ser percorrido pelos tribunais portugueses. Em um dos poucos casos em que se faz referência ao assunto na jurisprudência portuguesa, decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça e datado de 15 de outubro de 2009¹⁹¹, foi negada indenização pela perda de chance a uma paciente que havia sofrido paragem cardiorrespiratória, decorrente da administração de anestesia local para procedimento cirúrgico de lipoaspiração, vindo a falecer posteriormente.

O julgado concluiu que não restou comprovado que a paragem cardiorrespiratória da jovem paciente, que resultou em seu falecimento, havia sido consequência da conduta errada ou indevida de qualquer dos médicos, nem sequer de choque anafilático.

Entretanto, fundamentou o Juiz Conselheiro Oliveira Vasconcelos, em voto vencido, que a vítima perdeu a chance que tinha de ser operada com êxito, uma vez que não apresentava qualquer contra indicação à realização do procedimento.

Pertinente trazer à colação trecho do seu voto, bastante elucidador no que diz respeito à aplicação da teoria da perda de chance no direito médico, uma área ainda tão nebulosa no ordenamento jurídico pátrio:

“Um médico obriga-se não só a não prejudicar o aproveitamento das possibilidades (chances) de que o paciente dispõe de sucesso terapêutico, empregando a bagagem de meios (científicos e técnicos) com que ele está apetrechado, mas sobretudo a não abortar uma acreditada possibilidade médica de êxito.

Esta actividade debitória do médico não se compagina com uma mera tutela aquiliana, com um mero comportamento de ‘non nocere’, uma vez que assim, deixaria a descoberto aquela obrigação, que precisamente caracteriza o conteúdo do direito creditício que um doente tem face a um médico, e que se distingue, obviamente, daquele direito absoluto de exclusão, que o doente pode fazer valer contra qualquer pessoa.

Actualmente é comum o entendimento que entre o médico e o doente se celebra, em regra, um negócio jurídico bilateral, em que o primeiro se obriga a prestar, ao segundo,

da perda de chance sublinha que a chance perdida tem de ser séria, consistente, com razoável grau de probabilidade, havendo mesmo quem a quantifique em percentagem (superior a 50%)”.

Processo n.º 1970/11.9TBPVZ.P1, relatado por Márcia Portela, publicado na internet em www.dgsi.pt.

¹⁹¹ Processo n.º 08B1800, relatado por Rodrigues dos Santos, publicado na internet em www.dgsi.pt.

assistência médica, mediante retribuição. Em princípio, o contrato será subsumível à categoria de um contrato de prestação de serviço.

Na decorrência da sua prestação e para satisfazer o interesse do doente, o médico tem de detectar o problema que o afecta, escolher e aplicar uma terapia que o debele ou atenuie, segundo as melhores regras disponíveis no momento da prestação.

A efectivação da responsabilidade de um médico depende da verificação cumulativa de um conjunto de pressupostos, que têm que ser demonstrados em juízo. Assim, quer se funde na responsabilidade contratual, quer na responsabilidade extracontratual, necessário é que o médico pratique um facto (positivo ou negativo), ilícito, culposo e que cause um dano ao doente.

Em princípio e de acordo com as normas da distribuição do ónus da prova – cfr. nº1 do artigo 342º do Código Civil – caberá ao autor/doente alegar e provar os factos demonstrativos da verificação daqueles pressupostos.

No entanto, o encargo probatório que recai sobre o doente – um leigo na matéria, com um acesso, muitas vezes dificultado, ao registo médico – revela-se muito pesado, tanto mais que o recurso a peritos é oneroso e nem sempre conclusivo. Desta forma, a imposição do ónus probatório acima referido transforma-se num mecanismo de predeterminação sistemática de insucesso de uma delas – o doente – em favor da outra – o médico.

A obrigação de um médico é, em princípio, uma obrigação de meios e não de resultado, dada a elevada componente que a incerteza joga no êxito dos actos praticados por aquele, estando, pois, este apenas obrigado a uma obrigação de diligência ou de cuidado, de prudência. Assim, um médico incorre numa situação de incumprimento quando se desvie do padrão de comportamento diligente e competente, a que, como profissional da área, deve obedecer. O seu comportamento será ilícito se se desviou desse comportamento, tomado o seu agente como um elemento de um grupo caracterizado e diferenciado dentro da categoria geral dos profissionais médicos e da especificidade da situação. E será culposo, se se tomando em conta a especificidade do circunstancialismo em que o concreto agente actuou, se puder concluir que ao agente era exigível outro comportamento.

Considerando a obrigação que um médico assume de prestar assistência a um determinado paciente, pode-se concluir que o resultado imediato é, então, constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades (chances) que o doente apresenta de alcançar a satisfação do resultado imediato – a cura, a sobrevivência, a não consumação de uma deficiência ou incapacidade. Tal aproveitamento verifica-se mediante a adopção de um comportamento atento, cuidadoso e conforme às “leges artis” – que constitui, em suma, a tradicional obrigação principal (de meios) assumida pelo profissional de saúde.

A ausência da verificação daquele resultado facilita a demonstração do incumprimento da obrigação de não destruir as possibilidades de êxito terapêutico, de que o doente dispunha. A insatisfação do interesse final ou mediato, arrastando a insatisfação do interesse imediato ou intermédio, poderá funcionar como indício ou demonstração “prima facie” do inadimplemento da obrigação de não destruição das possibilidades de êxito terapêutico.

Demonstrado o incumprimento desta “outra” obrigação, caberá ao médico, para afastar a responsabilização pelo “dano de destruição das possibilidades (ou chances)” provar que aplicou a diligência ou aptidão que lhe era exigível – por outras palavras, que satisfez o interesse mediato – mas que por razões que não podia prever ou não podia controlar, a finalidade pretendida se gorou e as chances existentes se perderam.

Perante a falta de consecução daquele “outro resultado” devido poderá, e deverá, ser aplicado o regime geral da responsabilidade obrigacional, sem necessidade de operar qualquer desvio, nomeadamente quanto à presunção de culpa do devedor genericamente consagrada.

A culpa de um médico, na falta de qualquer norma específica sobre o assunto, é avaliada pela regra geral contida no nº2 do artigo 487º do Código Civil, ou seja, pela ‘diligência do bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso’.

Importante para o direito não é erro científico em si, mas a causa humana do mesmo, ou seja, para o surgimento de uma obrigação de indemnizar não basta a verificação de um erro, antes se exige que ele assuma uma configuração tal, que torne o agente merecedor de um juízo de reprovação. E sê-lo-á, quando o percurso seguido pelo médico deva ser censurado – seja culposos.

O desequilíbrio relacional é a nota característica da relação que se estabelece entre o doente e o médico e que se reflecte no plano probatório, na medida em que o paciente é um sujeito particularmente enfraquecido, porque física e mentalmente debilitado por força da patologia que o afecta e assimetria da relação entre o médico e o doente é aumentada pelo carácter especializado da prestação médica e pelo desnível de conhecimentos e preparação técnico-científica entre ambas as partes. O médico devedor é um profissional de assistência médica e o doente-credor é, em regra, um leigo nessa matéria.

Posto isto, voltemos ao caso concreto em apreço. Parece não haver dúvidas quer o réu CC – porque, apesar de cirurgião, iniciou a administração da anestesia local – quer o réu DD – porque, como anestesista, administrou drogas à EE para fazer a sedação vigil – estiveram na origem do facto que originou a bradycardia desta e subsequentes consequências, ou seja, a administração da anestesia local.

Mas esta actividade dos réus nada teve a ver com o que posteriormente veio a acontecer, nomeadamente com a morte da EE? Esta pergunta é feita com base no que acima ficou dito sobre a presunção de culpa que impedia sobre os réus. Na verdade e uma vez que a EE não revelava qualquer contra indicação à realização da intervenção – e, conseqüentemente, à administração da anestesia – temos que concluir que o resultado imediato que se pretendia – a lipoaspiração, antecedida da anestesia local – estava perfeitamente ao alcance dos réus, tendo em conta as reais possibilidades – chances – que ela apresentava.

Face à matéria de facto dada como provada não se pode extrair com segurança qualquer conclusão sobre a diligência dos réus, ou seja, se a sua actuação se desviou ou não do padrão de comportamento diligente e competente. Mas se não se pode retirar qualquer conclusão sobre o resultado imediato, pode, no entanto e infelizmente, concluir-se pelo resultado mediato: a morte da EE.

Sendo assim, com esta morte, perdeu-se a oportunidade, a chance, do aproveitamento da oportunidade que a EE tinha de ser operada com êxito. E de acordo com o que acima ficou exposto, eram os réus que tinham de alegar e provar que aplicaram a aptidão e diligência possível, mas que por razões que não podiam prever ou não podiam

controlar, a finalidade pretendida –a lipoaspiração, com a preliminar anestesia local – se gorou e as chances existentes se perderam”.

Verifica-se, no voto vencido, que foi vislumbrada como um dano indenizável a perda da chance que a paciente tinha de ser operada com sucesso.

No entanto, prevaleceu o voto do relator, que entendeu que os recorrentes não foram capazes de fazer prova da conexão causal entre a conduta médica e o dano morte, enquanto os réus demonstraram a diligência com que atuaram, se eximindo de qualquer tipo de responsabilidade pela morte da paciente.

Já fora do âmbito do direito médico, um caso bastante interessante relacionado à perda da oportunidade de se obter ganho patrimonial por exercício da profissão foi tratado e decidido unanimemente em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 16 de dezembro de 2010¹⁹².

Tratava-se de um caso no qual um jovem, em decorrência de lesões sofridas em acidente de viação, viu atrasar em um ano a possibilidade de exercer atividade profissional remunerada. Reclamava então a verba de 14.000,00 euros, correspondente a remunerações que poderia vir a receber – tomando como base o salário médio provável –, uma vez que teria concluído o curso de designer – caso não houvesse sido vítima do acidente – e iniciado a vida profissional.

Entendeu-se que não havia dúvidas de que, em decorrência das lesões sofridas no acidente e imputáveis ao réu, a vítima perdeu a chance de obter um ganho patrimonial em até um ano antes. Destacou-se ainda que, mesmo que indemonstrado o efetivo prejuízo associado à real obtenção de trabalho remunerado, a perda desta chance não poderia deixar de ser considerada um dano ou prejuízo.

Ainda, em julgado de 21 de março de 2013, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu pela condenação de um banco a indenizar o portador de um cheque – o qual haviam ilicitamente revogado –, com base na teoria da perda de chance.

¹⁹² *“Demonstrado que, por causa das lesões sofridas em acidente de viação, o autor atrasou um ano a possibilidade de exercer uma actividade profissional remunerada, perdendo, assim, a oportunidade ou ‘chance’ de, até um ano antes, obter um ganho patrimonial próprio do exercício da profissão, embora indemonstrado o efectivo prejuízo necessariamente associado à real obtenção de trabalho remunerado, tal evento não pode deixar de ser, em si mesmo, considerado como um dano ou prejuízo”.*

Processo n.º 4948/07.3TBVNG.P1.S1, relatado por Alves Velho, publicado na internet em www.dgsi.pt.

Argumentou-se que a conduta do banco, ao aceitar ilicitamente a revogação do cheque, destruiu as expectativas do autor e inviabilizou a obtenção do resultado esperado, consistente no pagamento do montante inscrito no cheque. Desta forma, verificaram-se preenchidos os requisitos de ressarcibilidade da perda de chance, se destacando, na decisão, que tal dano não se confunde com a vantagem em si esperada – no caso, o pagamento do cheque –, mas à perda da chance de alcançá-la¹⁹³.

Para encerrar o presente capítulo, transcrevemos aqui, dada a sua pertinência e relevância, trecho de recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça¹⁹⁴, datada de primeiro de julho de 2014, na qual a teoria da responsabilidade civil pela perda de chance foi utilizada e que representa a atual tendência da jurisprudência portuguesa em se posicionar a seu favor:

“A figura da ‘perda de chance’ visa superar a tradicional dicotomia: responsabilidade contratual versus responsabilidade extracontratual ou delitual, summa divisio posta em causa num tempo em que cada vez mais se acentua que a responsabilidade civil deve ter uma função sancionatória e tuteladora das expectativas e esperanças dos cidadãos na sua vida de relação, que se deve pautar por padrões de moralidade e eticidade, como advogam os defensores da denominada terceira via da responsabilidade civil.

A perda de chance relaciona-se com a circunstância de alguém ser afectado num seu direito de conseguir uma vantagem futura, ou de impedir um dano por facto de terceiro. A dificuldade em considerar a autonomia da figura da perda de chance no direito português, resulta do facto de ser ligada aos requisitos da responsabilidade civil extracontratual – art. 483º, nº1, do Código Civil – mormente ao nexo de causalidade. Com efeito, um dos requisitos da obrigação de indemnizar, no contexto da responsabilidade

¹⁹³ “Estamos, pois, perante situações em que o pagamento do cheque se podia verificar no futuro, embora não fosse certo que isso acontecesse. E apesar desta incerteza, o autor, como portador legítimo do cheque – cfr. facto 1 do elenco dos factos provados e artigo 19º da referida Lei Uniforme sobre Cheques – encontrava-se em situação de vir alcançar o pagamento. Finalmente, o comportamento do Banco sacado, ao aceitar ilicitamente a revogação do cheque, destruiu as expectativas do autor e inviabilizou a obtenção do resultado esperado, ou seja, o pagamento do montante inscrito no cheque. Estão assim preenchidos os pressupostos da ressarcibilidade da chamada “perda de chance”, dano que se não confunde com a perda da vantagem esperada – aqui, o pagamento do cheque – mas diz respeito à perda da chance de obter uma vantagem – o referido pagamento”.

Processo n.º 4591/06.4TBVNG.P1.S1, relatado por Oliveira Vasconcelos, publicado na internet em www.dgsi.pt.

¹⁹⁴ Processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1, relatado por Fonseca Ramos, publicado na internet em www.dgsi.pt.

civil ex contractu, ou ex delictu, é que exista nexu de causalidade entre a conduta do responsável e os danos sofridos pelo lesado por essa actuação culposa.

Para que se considere autónoma a figura de ‘perda de chance’ como um valor que não pode ser negado ao titular e que está contido no seu património, importa apreciar a conduta do lesante não a ligando ferreamente ao nexu de causalidade – sem que tal afirmação valha como desconsideração absoluta desse requisito da responsabilidade civil – mas, antes, introduzir, como requisito caracterizador dessa autonomia, que se possa afirmar que o lesado tinha uma chance [uma probabilidade, séria, real, de não fora a actuação que lesou essa chance], de obter uma vantagem que probabilisticamente era razoável supor que almejasse e/ou que a actuação omitida, se o não tivesse sido, poderia ter minorado a chance de ter tido um resultado não tão danoso como o que ocorreu. Há perda de chance quando se perde um proveito futuro, ou se não se evita uma desvantagem por causa imputável a terceiro.

Não devem assimilar-se os planos do dano e da causalidade, com implicação na perspectiva de excluir como dano autónomo a perda de chance, nem esta figura deve ser aplicada, subsidiariamente, quando se não provou a existência de nexu de causalidade adequada entre a conduta lesiva por acção ou omissão e o dano sofrido, já que existe sempre uma álea, seja quando se divisa uma vantagem que se quer alcançar, ou um risco de não conseguir o resultado desejado.

No caso de perda de chance não se visa indemnizar a perda do resultado querido, mas antes a da oportunidade perdida, como um direito em si mesmo violado por uma conduta que pode ser omissiva ou comissiva; não se trata de indemnizar lucros cessantes ao abrigo da teoria da diferença, não se atendendo à vantagem final esperada”.

Diante do exposto, podemos apurar que, apesar de parte da doutrina e da jurisprudência portuguesa ainda não reconhecerem o dano da perda de chance como um dano autónomo, distinto do dano final e passível de indenização, a teoria vem gradativamente ganhando espaço no ordenamento jurídico pátrio, nos mais diversos campos de aplicação, seguindo a tendência de tantos outros ordenamentos, como o francês, o belga, o espanhol, o holandês, o italiano, o inglês, o norte-americano, o brasileiro, o argentino e o australiano.

É necessário que se faça o uso expresso da teoria para que ela seja constantemente discutida e esteja cada vez mais em evidência, o que permitirá o fortalecimento de suas bases de aplicação, reduzindo a desconfiança daqueles que atacam o seu acolhimento sob o argumento de que o dano da perda de chance representa um dano meramente hipotético e eventual.

4. CONCLUSÃO

É preciso ter consciência de que o conhecimento humano não é absoluto e baseia-se por muitas vezes e, cada vez mais, em probabilidades.

Os mais diversos ordenamentos jurídicos, diante dos avanços tecnológicos e científicos, veem-se obrigados a buscar novos mecanismos e artifícios para a reparação dos danos.

Uma chance representa, pelo seu próprio conceito, uma incógnita, consistente em um determinado resultado que se poderia produzir, mas não é possível de ser demonstrado, devido a uma conduta culposa de terceiro que interrompeu o curso normal dos acontecimentos – processo aleatório –, que poderia tanto resultar em uma vantagem ao lesado como poupá-lo de um prejuízo.

A meu ver, apesar da notável existência de dúvidas e desconfianças em relação à aplicação da teoria da perda de chance – nomeadamente em relação às dificuldades de se qualificá-la e de se quantificá-la –, há que se reconhecer que as vantagens trazidas por ela não podem ser ignoradas, principalmente por afastar inúmeras situações em que a vítima não conseguiria obter qualquer tipo de reparação com base no rígido e, por vezes, insuficiente modelo tradicional do tudo ou nada.

A teoria da perda de chance deve ser cada vez mais utilizada e discutida – tanto pelos doutrinadores quanto pelos julgadores – para que seja possível se estabelecer parâmetros mais rígidos, que permitam a sua aplicação com maior segurança, não deixando margem de desconfiança àqueles que não a vislumbram como um dano merecedor da tutela do Direito.

A chance perdida está intimamente ligada a outro bem – o resultado final –, devendo a norma que o protege, portanto, estender-se a esta chance de alcançá-lo, que foi eliminada.

Não é compreensível colocar em risco o interesse humano em situações em que lhe resta apenas a defesa da chance que lhe foi tomada, sob o argumento da dificuldade em se quantificá-la. Não é aceitável que o próprio ofendido tenha que suportar as consequências e arcar com os prejuízos de um dano quando este foi originado por outra pessoa.

Nesse sentido, Rafael Peteffi da Silva¹⁹⁵ escreve que a “*chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza. Esse tipo de chance perdida possui um valor próprio. Assim, um bilhete de loteria representa nada mais do que a chance de ganhar determinado prêmio, e não se questiona que ele tenha determinado preço. É verdade que nem sempre é tão fácil de se determinar o valor da chance perdida, mas isso não pode ser motivo para se negar a indenização de um dano existente*”.

Utilizar uma abordagem baseada na perda de chance coloca em evidência os aspectos relevantes de cada caso concreto, oferecendo uma solução balanceada e definitivamente mais justa para as partes envolvidas.

Há de se evitar, no entanto, decisões que utilizam fundamentos da teoria, mas não se referem expressamente a ela, o que apenas impede a evolução e o aprimoramento da doutrina e pode gerar dúvidas quanto à posição adotada pelo julgador.

Em relação ao nexo de causalidade, não vejo que a teoria da causalidade adequada, adotada pelo legislador português, seja óbice para a aceitação do dano da perda de chance, uma vez que, como demonstrado, este é um dano autônomo, no qual o lesante deve responder apenas pela proporção em que sua conduta contribuiu para a perda do resultado esperado pela vítima. Dessa forma, o montante indenizatório não poderá, em nenhuma situação, se igualar à vantagem final esperada.

Importante ressaltar que, apesar de alguns autores considerarem o dano da perda de chance um dano exclusivamente extrapatrimonial, o mesmo pode ser aplicado também na esfera patrimonial, podendo, inclusive, ser cumulado nas duas esferas, conforme já explicitado.

É imprescindível observar a seriedade e realidade da chance, não sendo passíveis de indenização danos meramente hipotéticos ou eventuais, usados equivocadamente como argumento contrário à aplicação da teoria.

¹⁹⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. Ob. cit., p. 13-14.

O dano da perda de chance pertence à categoria de dano emergente, razão pela qual não se deve, em hipótese alguma, levantar dúvidas em relação ao bem que se visa ressarcir, que, no caso da perda de chance, diz respeito à perda da possibilidade de se alcançar o resultado esperado, e não ao próprio resultado em si.

Dessa forma, não se está diante de uma situação de lucros cessantes, na qual se visa reparar a integralidade do dano final, uma vez que, nos casos destes, é possível estabelecer integralmente a relação de causalidade entre a conduta lesiva e o resultado almejado pela vítima.

Estabelecer patamares mínimos de probabilidade de a chance vir a se concretizar não nos parece o método mais adequado para determinar a possibilidade de aplicação da teoria, uma vez que isso implicaria necessariamente a ocorrência de situações injustas, por conceder, em alguns casos, indenizações superiores ao grau de culpabilidade do agente e, em outros, não se conceder reparação alguma, contrariando a principal finalidade de equilíbrio da doutrina da perda de chance: reparar a vítima apenas na proporção da oportunidade que lhe foi eliminada e condenar o ofensor apenas na proporção em que sua conduta impediu a obtenção do resultado favorável pelo lesado.

A quantificação do dano da perda de chance deve ser realizada através de métodos equitativos. Assim, os julgadores devem tomar como base a vantagem esperada e incidir sobre esta o percentual de probabilidade que a vítima possuía – antes da conduta culposa de terceiro – de alcançá-la.

Vale reafirmar que não poderá se recorrer à doutrina da perda de chance quando ainda houver alguma possibilidade de se alcançar a vantagem pretendida ou quando for possível estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta culposa e o prejuízo final, o que permite concluir que se trata este de um dano subsidiário.

Pelas análises doutrinárias e jurisprudenciais trazidas neste trabalho, verifica-se que muitos países já se mostram bastante evoluídos em relação à aplicação da doutrina da perda de chance, apresentando um vasto número de precedentes jurisprudenciais, trabalhos doutrinários e, conseqüentemente, discussões aprofundadas quanto à sua natureza jurídica, às suas condições de ressarcibilidade e aos seus métodos de quantificação.

Em relação ao direito português, percebe-se uma situação diferente, uma vez que a teoria está começando a receber uma atenção maior da doutrina. A jurisprudência que,

apesar de ocasionalmente se referir e aplicar a doutrina da perda de chance, ainda não abriu espaço para grandes debates.

No entanto, ainda que o instituto da perda de chance esteja atualmente em processo de lapidação pela doutrina e pela jurisprudência portuguesas, não se vislumbra qualquer tipo de violação das regras gerais de responsabilidade civil que vigoram no ordenamento jurídico pátrio, pelo que acredito que a teoria deve aqui ter lugar, desde que rigorosamente respeitados os seus pressupostos de aplicabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AAGAARD, Todd S.. **Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases**. Em Michigan Law Review, v. 96, 1997-1998, p. 1335-1361.
- ALCOZ, Luis Medina. **La Teoría de la Pérdida de Oportunidad – Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado**. Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi, 2007.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5º ed., São Paulo, 1980.
- AMIRTHALINGAM, Kumaralingam. **The Changing Face of the Gist of Negligence**. Em Emerging Issues in Tort Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 467-486.
- BOCCHIOLA, Maurizio. **Perdita di una chance e certezza del danno**. Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile. Anno XXX, 1976.
- BORÉ, Jacques. **L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable**. Em J.C.P. 1974, I, 2620.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas – Anotado**. Coimbra Editora, 2ª edição, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil** (suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra, 1950.
- COOPER, Glenn. **Damages for the Loss of a Chance in Contract and Tort**. Em Auckland University Law Review, 1988-1991, v. 6, p. 39-51.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo III**. Coimbra, Almedina, 2010.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.
- COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. **O Dano da perda de chance e a sua perspectiva no Direito Português**. Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2010.

- DE CUPIS, Adriano. **Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile**. 2ª ed., Milano: Giuffrè, 1966.
- DIAS, João António Álvaro. **Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios**. Almedina, 2004.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ELLIS, Loris. **Loss of a chance as technique: toeing the line at fifty percent**. Texas Law Review, December 1993.
- FÉROT, Alice. **The Theory of Loss of Chance Between Reticence and Acceptance**. Em Florida International University Review, v. 8, 2012-2013, p. 591-625.
- FERREIRA, Rui Cardona. **Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance**. Coimbra Editora, 1ª ed., 2011.
- FISCHER, David A.. **Tort Recovery for loss of a chance**. Em Wake Forest Law Review, 2001, p. 605-655.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso**. Almedina, 2006.
- FRASCA, Ralph. **Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages**. Em Journal of Legal Economics 15, 2008-2009, p. 91-104.
- GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**. Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2005.
- GOMES, Júlio. **Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda chance**. Em Cadernos de Direito Privado, II Seminário dos Cadernos de Direito Privado “Responsabilidade Civil”, nº 2, dezembro 2012, p. 17-29.
- _____. **Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões**. Em Studia Iuridica, 91, Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume II: Direito Privado, Coimbra Editora, 2008.
- GRAZIANO, Thomas Kadner. **Loss of a Chance in European Private Law: ‘All or Nothing’ or Partial Liability in Cases of Unceirtain Causation**. Em European Review of Private Law 6-2008, Kluwer Law International BV, p. 1009-1042.
- HART, Herbert; HONORÉ, Tony. **Causation in the Law**. 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2002.
- JANSEN, Nils. **The Idea of a Lost Chance**. Em Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 19, 1999, p. 271-296.

- KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- KIEFFER, Jonathan P.. **The Case for Across-the-board Application of the Loss-of-chance Doctrine**. Em *Defense Counsel Journal*, 1997, p. 568-580.
- KING JR., Joseph H.. **Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences**. Em *The Yale Law Journal*, vol. 90, n.º 6, 1981, p. 1353-1397.
- _____. **Reduction of likelihood’ – Reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine**. Em *University of Memphis Law Review*, vol. 28, 1997-1998, p. 491-560.
- LALOU, Henri. **Traité Pratique de la Responsabilité Civile**. 5ª ed., Paris: Librairie Dalloz, 1955.
- LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. **Droit de la Responsabilité**. Action Dalloz. Paris: Dalloz, 1998.
- LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil, v.II: Obrigações em Geral**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- LORD, Polly A.. **Loss of Chance in Legal Malpractice**. Em *Washington Law Review*, v. 61, 1986, p. 1479-1502.
- LUNNEY, Mark. **What price a chance?**. Em *Legal Studies*, v. 15, March 1995, p. 1-13.
- MAKDISI, John. **Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability**. Em *North Carolina Law Review*, v. 61, 1989.
- MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica**. Em “Direito da Saúde e Bioética”, Lisboa, 1991, p. 134-152.
- MOORE, Bryson B. **South Carolina rejects the lost chance doctrine**. *South Carolina Law Review*, Fall 1996.
- NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações – Introdução à Responsabilidade Civil**. V. 1, São Paulo, 2003.
- NUNES, Flávio Filgueiras. **Aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro**. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011.

- PACCHIONI, Giovanni. **Diritto Civile Italiano – Parte seconda: Diritto delle obbligazioni, v. IV, Delitti e Quasi Delitti**. Padova: Cedam, 1940.
- PEDRO, Rute Teixeira. **A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado**. Coimbra Editora, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PINTO, Paulo Mota. **Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo**. Volume II, Coimbra Editora, 2008.
- ROCHA, Nuno Santos. **A Perda de Chance como uma nova espécie de dano**. Dissertação de mestrado, Universidade do Porto, 2011.
- ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SMITH, Ben. **Loss of a Chance**. Em Victoria University of Wellington Law Review, 1999, p. 225-252.
- SPEAKER, Paul. **The applications of the loss of chance doctrine in class actions**. Em The Review of Litigation, Spring 2002, p. 345-373.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- THOMPSON, Jack Clayton. **Ethics and Loss of Chance in Medical Causation**. Artigo disponível em <http://www.gleube.eu/papers/ethics-and-loss-of-chance-in-medical-causation.htm>.
- VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol. I, 10ª ed., Almedina, 2005.
- VIEIRA, Maria Luisa Arcos. **La “pérdida de oportunidad” como daño indemnizable**. Em Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 7, Coimbra, 2005, p. 137-173.
- VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de Droit Civil**. 2ª ed., Paris: L.G.D.J., 1998.

WEIGAND, Tory A.. **Loss of Chance in Medical Malpractice: A Look at Recent Developments.** Em Defense Counsel Journal, 2003, p. 301-314.

WILLGING, Kevin Joseph. **Falcon v. Memorial Hospital: a rational approach to loss-of-chance tort actions.** Em Journal of Contemporary Health Law and Policy, v. 9, Spring 1993, p. 545-562.