

A REPARAÇÃO DAS CHANCES PERDIDAS E SEU TRATAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

THE REPAIR OF MISSED CHANCES ANDE THE TREATMENT IN THE BRAZILIAN LAW

Marcos Ehrhardt Júnior*
Uly de Carvalho Rocha Porto**

RESUMO: A chance perdida corresponde à possibilidade, não mais subsistente (graças à conduta de outrem), de alcançar vantagem esperada ou evitar o prejuízo ocorrido. A maior questão relacionada à aplicação da teoria refere-se à ausência de prova do vínculo causal entre a perda de vantagem ou não-prejuízo e o ato danoso e o ato ilícito imputável a terceiro. Todavia, no dano proveniente da chance perdida, é certa a existência da própria chance, entidade tutelada juridicamente e passível de valoração econômica, embora completamente incerto se ela iria ou não se concretizar. A indenização corresponde à chance (certa) e não ao resultado buscado (incerto) e, por isso, encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Perda de uma chance; chances perdidas; probabilidade; paradigma solidarista; certeza do dano; interesse aleatório.

ABSTRACT: A missed chance is the possible, not subsisting (because of the conduct of other), to achieve expected advantage or avoid the injury occurred. The major issue related to the application of the theory refers to the absence of proof of a causal link between the loss of advantage or non-injury and the injurious act and the wrongful act attributable to a third party. However, the damage from the lost chance, is certain the existence of chance itself, subordinate entity legally liable and economic valuation, although quite uncertain whether she would or would not occur. The compensation corresponds to chance (certain) and not the result sought (uncertain) and therefore finds support in the Brazilian legal system.

KEY WORDS: Loss of a chance; missed chances; probability; paradigm of solidarism; certain damage; random interest.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A problemática: o interesse sobre um resultado aleatório; 2 Consolidação da teoria no brasil: avanços e desencontros da doutrina; 3 Os elementos comuns aos casos de perda de chances e seus efeitos na definição do dano; 4 A desconstrução do problema: a certeza do prejuízo; 5 Compatibilização da teoria com o ordenamento jurídico brasileiro; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Etimologicamente entrelaçada à ideia de encargo, contraprestação e obrigação, a responsabilidade civil corresponde a conceito de contornos ainda mais

amplos. Instituto dinâmico, é terreno fértil para a doutrina, sempre instada a lidar com o direito vivo, em latente construção (e reconstrução) jurisprudencial. Na última década, os enquadramentos dados à responsabilidade civil, em face, sobretudo, da pluralização de seus fundamentos na direção do que vem sendo denominado “direito de danos”, alargam-se para envolver novos modelos que clamam por mais atenção da doutrina e da jurisprudência.

É precisamente sobre uma das manifestações desse fenômeno que versa o presente trabalho: a perda de uma chance compreendida à luz do sistema solidarista da reparação do dano. Com efeito, o presente artigo visa a estabelecer os fundamentos teóricos e legais da indenização pela perda de uma chance. A grande dificuldade de lidar com o instituto refere-se à incerteza que supostamente paira sobre o dano. É elementar, portanto, tratar acerca do interesse sobre o resultado aleatório a partir de exemplos reais encontrados na jurisprudência brasileira, com o fim de expor, didaticamente, a problemática.

Após isso, será demonstrado que a consolidação da teoria no Brasil ocorre a passos lentos, mas firmes: imprescindível, assim, o confronto entre as diversas exposições doutrinárias para que se possa averiguar os avanços e os pontos discordantes. Realizados esses estudos, deve-se elencar os elementos constantes em qualquer caso de perda de chances, o que só é possível ao analisar uma série de casos aparentemente heterogêneos, mas que se apresentam por meio de uma estrutura comum. Dispondo de suficiente conteúdo para tanto, será desconstruída a problemática colocada inicialmente e analisados os fundamentos legais encontrados no ordenamento jurídico brasileiro.

1 A PROBLEMÁTICA: O INTERESSE SOBRE UM RESULTADO ALEATÓRIO

É costumeiro começar a análise do tema utilizando situações em que alguém se vê privado da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar determinado prejuízo por ato de outrem. Poder-se-ia escolher a hipótese do advogado que perdeu o prazo para interpor recurso e impediu a remessa da causa aos tribunais

superiores, ou quem sabe o caso do médico que deixou de aplicar seus conhecimentos técnicos e influiu nas chances que sua paciente tinha de sobreviver a uma situação de risco, ou ainda o exemplo da companhia aérea que deu destino diverso aos equipamentos do atleta e o impediu de competir são hipóteses em que a perda de uma chance é bem ilustrada.

Ninguém pode afirmar com absoluta certeza que a procedência da demanda judicial, a obtenção do prêmio em competição de canoagem e a sobrevivência no caso de forte complicação no parto iriam ocorrer se, nos exemplos acima, a conduta do advogado, da companhia aérea e do médico fosse outra. A chance perdida, nesse contexto, representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho ou dano final (SILVA, 2013). Envolve situações em que está em curso um processo que propicia a alguém a oportunidade de obter no futuro algo benéfico (NORONHA, 2013).

A rigor, falar em perda de uma chance significa, para efeitos de responsabilização, que tal processo não chegou ao seu fim, mas, ao revés, fora interrompido por um dano contrário à ordem jurídica. O dano da perda de uma chance, que se contrapõe ao dano final e com ele não se confunde, corresponderia à possibilidade, não mais subsistente, de se alcançar vantagem esperada ou evitar o prejuízo ocorrido.

Ao enfrentar casos desse tipo, o julgador se vê diante de um verdadeiro impasse: não é possível precisar a situação em que a vítima se encontraria caso a conduta do réu não existisse, o que, numa primeira análise poderia ensejar o entendimento de que seria impossível a reparação civil das chances perdidas.

No entanto, a análise sobre as chances perdidas não se limita ao simples propósito de reparar, na forma como costuma ser concebido pela doutrina clássica. Envolve, a rigor, aspectos que salvaguardam a própria unidade do sistema de reparação, especialmente no momento atual no qual a expansão dos danos reparáveis merece a atenção de todos que se dedicam a estudar este assunto.

Estudar a possibilidade de reparação pela oportunidade perdida permite enfrentar a delicada questão dos dilemas provocados pela incerteza nos casos de lesão a interesses sobre eventos aleatórios (CARNAÚBA, 2013). Por que esses interesses aleatórios mereceriam a proteção da responsabilidade civil se, a princípio, não satisfazem seus requisitos? É esta a principal questão a ser discutida neste

artigo: a necessidade de encontrar as razões que levam o Direito a abarcar os interesses aleatórios enquanto objeto de reparação.

A busca por respostas à indagação formulada pode começar com a análise de um caso concreto. Candidato ao cargo de vereador em Carangola, cidade do interior mineiro, Marcelo Silva Vitor Amaral propôs ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes do fato de, às vésperas do dia da eleição municipal, haver sido veiculada falsa notícia referente à sua candidatura ao aludido cargo legislativo. O candidato atribuiu à propagação da notícia a culpa por não haver sido eleito por apenas oito votos.ⁱ

Na eleição, havia dois candidatos com o mesmo nome e filiados ao mesmo partido. De fato, houve a cassação da candidatura de um deles, mas uma rádio local, Rádio Caparaó Ltda., confundiu os dois nomes e veiculou notícia inverídica, fazendo imputações infundadas ao candidato escoreito. Pouco tempo depois, ocorreu a não-eleição por poucos votos do candidato que, na verdade, não teve a candidatura cassada.

Com efeito, Marcelo, insatisfeito com a atitude da rádio, decidiu acioná-la judicialmente e pugnou pela reparação dos prejuízos sofridos. Se a emissora de rádio, erroneamente, anuncia que a candidatura de um aspirante a cargo de vereador foi cassada, embora, em verdade, a campanha cassada haja sido de outro candidato, possuidor do mesmo prenome e filiado ao mesmo partido político, ela possibilitou que a população da região atribísse ao primeiro a prática de conduta ilícita causando-lhe constrangimento – que pode se caracterizar como dano moral. Além disso, o impediu de ser eleito, razão pela qual requereu, a título de danos materiais, o valor equivalente aos subsídios mensais do cargo de vereador pelo período de quatro anos de mandato eletivo.

No curso da ação, levantou-se a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ao caso, afinal Marcelo deixou de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada pela rádio local, o que resultaria na obrigação de indenizar.

Em primeira análise, a procedência ou improcedência da demanda de Marcelo dependia da vitória na eleição municipal. De um lado, caso o aspirante ao cargo de vereador ganhasse a eleição, então a publicação da notícia inverídica causara-lhe a perda de quatro anos do salário de vereador e de todas as benesses

decorrentes do cargo. De outro lado, a conduta da emissora de rádio não teria implicado em maiores consequências se Marcelo não houvesse de ser eleito de toda forma.

Não há, porém, como afirmar nenhuma das duas hipóteses. A obtenção da vitória na eleição municipal é um evento aleatório, dependente de um fator indefinido: os votos da população da cidade de Carangola. Se a própria realidade viu-se impedida de desvendar tal incerteza, como deveria decidir o juiz em um caso como este? A conclusão a que se chega é inevitável: aquilo que não aconteceu nunca poderá ser objeto de certeza absoluta.

Surge, então, outra pergunta: se não é possível determinar com plena certeza qual teria sido o resultado da eleição caso a notícia não houvesse sido veiculada pela rádio, ainda se poderia falar em um dano certo e, portanto, indenizável?

Por muito tempo, o dano decorrente da perda de uma oportunidade de obter vantagem ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito. A *álea*ⁱⁱ que paira sobre situações como a de Marcelo influi diretamente nas decisões judiciais: como admitir a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, se não era possível afirmar, com certeza, que sem o ato ofensor a vantagem seria obtida?

No caso *Marcelo versus Rádio Caparaó*, o Juízo de Primeiro Grau julgou procedente o pedido do candidato a vereador e condenou a rádio ao pagamento de indenização fixada no valor equivalente a trinta salários mínimos a título de danos morais e a título de danos materiais, calculados com base no valor do subsídio mensal do cargo de vereador pelo período de um mandato eletivo.

Inconformada com a decisão, a emissora de rádio apelou ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG), que conferiu parcial provimento ao recurso e reduziu o valor da indenização por danos materiais para R\$41.472,00 (quatro mil, quatrocentos e setenta e dois mil reais), equivalente aos subsídios mensais de vereador durante metade do mandato.

O TJ/MG elucidou que, apesar da eleição de uma pessoa não ser fato certo, ela pode buscar indenização pelos danos materiais que alega ter sofrido em razão da não concretização deste fato, com fundamento na perda chance de ser eleita em função da conduta ilícita de outrem. Nesse ímpeto, enfatizou que o candidato que perdeu a chance de ser eleito tem direito ao recebimento de proventos que deixou de receber, mas de forma proporcional à probabilidade de sua eleição.

Se a própria essência da chance envolve o elemento aleatório – já que a realização da chance é, por definição, incerta -, a reparação das chances o livrou da incumbência de resolver a incerteza da eleição, tarefa acima da capacidade humana. Trata-se de uma maneira de assimilar a incerteza em sua decisão: o montante do prejuízo corresponderá não ao valor da vantagem aleatória desejada, mas ao da chance de obtê-la.

Nesta linha, em reflexo a um - tímido, mas significativo - avanço da doutrina nos estudos do tema, a perda de uma chance passou a povoar os julgados brasileiros com frequência crescente. Apesar de tanto os autores clássicos quanto os contemporâneos claramente reconhecerem a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro (SAVI, 2012, p. 37), o que se observa, em geral, é uma aplicação superficial de seus preceitos nos tribunais.

O ordenamento pátrio carece de uma sistemática firme, que entregue às chances perdidas satisfatório amparo jurídico à sua reparação. Enquanto não houver posições doutrinárias firmes, os tribunais não terão um ponto de partida adequado para solucionar os casos de chances perdidas.

A prova disso está no próprio exemplo narrado: o TJ/MG reconheceu que o candidato a vereador não eleito por oito votos, dias após ter sido veiculada falsa notícia a seu respeito, deveria ser indenizado por haver perdido a chance de ganhar a eleição municipal, mas afirmou ter ele direito a receber os proventos que “deixara de auferir como vereador”, embora de modo proporcional à probabilidade de ser eleito. Ora, se não há certeza de que Marcelo, na hipótese de a notícia inverídica não haver sido publicada, fosse realmente se sagrar vitorioso, não deixara ele de receber provento algum. Se assim fosse, seria este um caso já resolvido: o candidato, em verdade, estaria pleiteando lucros cessantes, isto é, o que efetivamente deixou de ganhar. Precisamente neste ponto reside a problemática ora abordada.

2 CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL: AVANÇOS E DESENCONTROS DA DOCTRINA

A perda da chance de obter vantagem futura envolve processo aleatório: a vitória ou a derrota de Marcelo nas eleições da cidade não passam, agora, de situações hipotéticas, e, como tal, incertas. Para que seja possível analisar este tipo de processo, a análise dos estudos já consolidados no país coaduna-se como o ponto de partida ideal para o estudo proposto.

Ao tratar da perda de prazo por parte do advogado para a interposição do recurso de apelação contra sentença prejudicial aos interesses de seu constituinte, Agostinho Alvim (1980) assevera a impossibilidade de provar que, caso interposto, o recurso teria sido provido. Reconhece, assim como faz a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, a existência de um dano diverso da perda da causa, consistente na supressão da oportunidade de ver a matéria reexaminada pelo Tribunal, dano este passível de prova de certeza e de quantificação (SAVI, 2012).

Imagine-se, por exemplo, que determinado criador de cães iria participar de um concurso em outra cidade, no qual apresentaria o seu principal cão para concorrer a um grande prêmio. No entanto, o responsável pelo transporte do animal agiu com negligência e não cuidou apropriadamente da segurança do cachorro durante o trajeto, o que lhe ocasionou fratura nas patas traseiras e o impediu de participar do concurso. Segundo Alvim (1980), em um caso como este, por exemplo, se o dono do cão pretendesse obter, em juízo, a condenação do responsável pela guarda do animal ao pagamento do valor equivalente ao prêmio a que concorreria se o labrador não tivesse sofrido a lesão, esta pretensão certamente teria que ser repelida. Tratar-se-ia de dano hipotético, pois, ainda que o animal participasse da competição, não há como precisar se venceria.

Entretanto, é evidente que o cão, antes de sofrer a aludida fratura, podia sagrar-se vencedor da competição e tal possibilidade influenciava no aumento do seu preço de negociação comercial. Esse valor excedente, conforme Alvim (1980, p. 193), “entrava como elemento ativo no patrimônio de seu dono, de modo que, se o que se pede é esse “a mais”, e não o prêmio, não se está no terreno da fantasia e sim do real”. Ou seja, o “a mais” corresponde somente à chance de o cão vencer o

concurso, o que mostra, de maneira expressa, que o autor reconhece que a chance perdida de o animal competir tem valor patrimonial e admite, assim, a aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no ordenamento brasileiro.

José Aguiar Dias (2012), por sua vez, demonstra acolher a teoria, embora não de forma expressa. Ao tratar especificamente sobre a responsabilidade do advogado, critica a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), de 1936, segundo a qual a mera possibilidade de uma decisão ser reformada a partir da interposição de recurso que não fora preparado no prazo pelo advogado e, deste modo, deixou de ser conhecido, não autorizaria ação contra o advogado negligente.

Segundo o autor (2012), a própria leitura da decisão demonstra que a responsabilidade do advogado, no caso concreto, é indiscutível. Todavia, incorre em confusão: em que pese reconheça ser este um caso típico de responsabilização do advogado em razão da negligência no cumprimento do mandato, conclui que, em hipóteses como essa, a prova do dano ensejaria severa dificuldade para ser produzida pelo cliente lesado e, por isso, não haveria que se falar em condenação.

O equívoco desta conclusão está em atribuir à vítima a produção de prova – impossível, por sua natureza aleatória – de que, acaso fosse o recurso preparado no prazo pelo advogado, seria ele não só conhecido, como também provido pelo Tribunal. O citado autor, portanto, embora acolha a teoria em exame, trata as chances perdidas como espécie de lucros cessantes.

Carvalho Santos segue caminho semelhante ao entregar às chances esta mesma roupagem jurídica. Mas, ao versar sobre a responsabilidade do advogado, sequer enxerga a existência de um dano equivalente à perda da chance de ver o recurso julgado pela instância superior. Para ele (1956, p. 321-322),

somente quando haja possibilidade de reforma da sentença é que o advogado ficará obrigado a recorrer, a não ser que o seu constituinte se oponha. Mas, ainda aí, parece duvidoso o direito do constituinte de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada.

Ao inserir a perda de uma chance no conceito de lucros cessantes e, por isso, atribuir à vítima o ônus de provar que o recurso seria provido acaso fosse interposto, aniquila a pretensão de se indenizar a chance perdida por si só considerada (SAVI, 2012). O autor não atentou que o objeto de indenização deve ser precisamente a

perda da possibilidade de ver o recurso apreciado e julgado pelo tribunal, oportunidade esta definitivamente afastada em razão da negligência do advogado: esbarra no requisito de certeza do dano e não vê a chance perdida como passível de reparação.

Para Caio Mário da Silva Pereira (1997), a chance perdida será indenizável se houver uma “probabilidade suficiente”, pontuou não caber reparação caso a ação se baseie em mero dano hipotético: deve ser possível situar a certeza do dano da chance perdida e se tratar esta de chance séria e real.

Sílvio de Salvo Venosa também reconhece a reparabilidade das chances perdidas, desde que haja certo grau de probabilidade. Insere a perda de uma chance “a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”, a funcionar como terceiro gênero de indenização (2007, p. 198-200).

Por sua vez, em compasso com o que preceitua Sérgio Savi, Sérgio Cavalieri Filho também acolhe a teoria. Autor que merece destaque nos estudos do tema, Savi (2012) defende a possibilidade de um caso de perda de chance poder gerar danos de naturezas distintas, material e imaterial, a depender do caso concreto.

Cavalieri parece concordar com esta posição ao elucidar que o dano decorrente da perda de uma chance nem sempre poderá ser qualificado como dano emergente por poder abarcar também interesses de cunho extrapatrimonial (CAVALIERI FILHO, 2012). Assim, na contramão do sustentado por Venosa, a perda de uma chance não poderia ser considerada, propriamente, um terceiro gênero: seria, antes, uma nova situação lesiva que pode originar um dano patrimonial ou extrapatrimonial (CAVALIERI FILHO, 2012).

Sérgio Novais Dias (1999) não atribui valor à chance por si só considerada. Na hipótese de perda de prazo para interpor recurso, por exemplo, acredita que o juiz responsável pelo julgamento da pretensão indenizatória ajuizada pelo cliente contra o advogado negligente deverá verificar a probabilidade de o recurso, que deveria ter sido interposto, receber provimento. Para ele, portanto, acaso o recurso contasse com chances sérias de ser provido, condenar-se-ia o advogado a pagar indenizar em valor correspondente ao que o cliente receberia da parte com a qual litigava se vencesse a demanda judicial. Apenas em raros casos, desde que verificada uma probabilidade mínima de êxito do recurso, o cliente teria a sua pretensão indenizatória afastada.

Alinhado a Carvalho Santos e Aguiar Dias, insere a perda de uma chance no conceito de lucro cessante. A razão para tanto advém da própria análise que tece sobre a noção de chance: para que nasça o dever de indenizar, é indispensável a certeza de que, se interposto, o recurso seria provido (1999, p. 67).

A seu turno, Fernando Noronha (2013), defensor da aplicação da teoria, entende que, se o dano final tem natureza aleatória, por persistir a dúvida sobre se foi ou não resultante de ato ilícito imputável a terceiro, o dano da perda de uma chance constitui dano real, por ser certo que foi frustrada a oportunidade, antes existente, de fazer algo para obter certa vantagem ou evitar certo prejuízo.

Já Rafael Peteffi, afirma que a responsabilidade civil por perda de uma chance encontra-se atualmente dividida: ora é utilizada como uma categoria de dano específico, independente do dano final; ora é utilizada como recurso à causalidade parcial, hipótese em que se verifica a perda da vantagem esperada (dano final) (SILVA, 2013).

Nesse contexto, denota-se que, apesar de haver reconhecimento da doutrina e da jurisprudência brasileiras, sedimenta-se forte paradoxo em torno da aplicabilidade da teoria em estudo: como enxergar a indenização da chance (por definição, incerta) de obter determinada vantagem e pretender que, para tanto, haja certeza quanto ao efetivo alcance de tal benefício?

3 OS ELEMENTOS COMUNS AOS CASOS DE PERDA DE CHANCES E SEUS EFEITOS NA DEFINIÇÃO DO DANO

A princípio, é preciso atentar para o binômio certeza *versus* incerteza, que, não obstante aparentemente antinômico, integra a essência do instituto e é o ponto de ruptura paradigmática no olhar sobre a perda de uma chance. Modificar (ou ampliar) o enfoque exclusivo no futuro incerto – a vantagem não experimentada –, para abranger o passado certo, “em que havia um interesse jurídico legítimo e merecedor de tutela, consubstanciado na chance, cuja perda acarretava dano” (HIGA, 2012, p. 62), é a chave para superar os entraves à sistemática aplicação da teoria em estudo.

Imagine-se que um lutador de judô, dias antes da etapa final de um torneio internacional, sofra um acidente e frature uma perna ao cair em um buraco indevidamente destampado em frente a um prédio em obra, sob a responsabilidade de uma construtora. Com a perna lesionada, não pôde disputar o campeonato. Em outro caso, uma garota, após alcançar boa colocação nas provas para admissão no quadro público como juíza federal, preparava-se para prestar o exame oral, a última das etapas. Ao retornar do curso preparatório para o teste, porém, fora atingida por um motoqueiro desgovernado. Com considerável dano na coluna, precisou ficar internada em um hospital por quase dois meses e perdeu a prova.

Imagine-se ainda o caso de uma mulher que descobre possuir câncer de mama em estado avançado, três anos após haver recebido diagnóstico de que não possuía problema algum relacionado ao seu sistema reprodutor. A paciente, acometida por todos os efeitos colaterais da doença e sem perspectiva de tratamento que pudesse prosperar, faleceu dois meses depois o diagnóstico tardio. O médico, o mesmo que a atendera e a acompanhara anos antes na bateria de exames a que fora submetida e deixara de diagnosticar o câncer em estado inicial, privou-lhe da realização de algum tratamento, não só dirigido à eventual cura, mas também a uma sobrevida maior e com melhor qualidade.

Com efeito, a leitura desses exemplos permite concluir que todos apresentam uma mesma hipótese fática: a vítima sofreu uma lesão em seus interesses sobre um evento aleatório (CARNAÚBA, 2013). Destarte, a despeito da diversidade dos casos levados aos tribunais em que a teoria da chance perdida é observada, todas estas situações envolvem elementos comuns.

Note-se, a princípio, que em todos os casos a vítima aspira a um resultado aleatório, correspondente a uma simples possibilidade (MORAES, 2011). Para o judoca, a conquista do primeiro lugar em torneio internacional era incerta. Do mesmo modo, a garota não detinha a certeza de que seria aprovada em concurso público para juiz federal, nem a paciente poderia garantir que um diagnóstico adequado permitiria a cura do câncer de mama.

Ademais, em todos os exemplos dados, a situação aleatória não se resolveu por força de fato imputável ao réu. O descuido da construtora ao deixar à mostra buraco em frente à obra, por exemplo, impediu o judoca de participar de uma competição importante, assim como o motoqueiro, sem o controle da direção,

destruiu a possibilidade de a garota realizar teste oral que poderia torná-la juíza federal. As condutas da construtora e do motoqueiro aniquilaram as possibilidades deles obterem as vantagens esperadas. Houve interrupção completa do processo aleatório que estava em curso.

De maneira diversa, o diagnóstico tardio dado pelo médico não retirou as chances de cura da paciente, mas apenas as reduziu. A conduta do médico a privou de uma parte, mais ou menos relevante, de suas chances de recuperar a saúde, e, não obstante as oportunidades suprimidas, a paciente poderia se recuperar. Em casos como o da garota e o do judoca, sabe-se, desde logo, que a vítima não obterá a vantagem aleatória almejada. O fato imputável ao réu é causa suficiente para a perda do resultado aleatório desejado. Entretanto, na hipótese do erro médico, o mesmo não se verifica.

Há ainda outro elemento comum a todos os casos: somente haverá o dever de reparar a chance se o processo aleatório houver chegado ao seu fim e caso a realidade se revelar, definitivamente, contrária aos anseios da vítima. A garota não se tornou juíza, o judoca não ganhou a competição, tampouco a paciente sobreviveu à doença ou realizou tratamento que, ao menos, garantisse considerável melhora.

Tal aspecto, constante nas hipóteses de perda de uma chance, ganha contornos mais amplos nos casos em que o fato imputável ao réu gerou a ruptura total do processo aleatório. Nestes casos, só deverá ser considerada a reparabilidade da oportunidade suprimida com o encerramento de tal processo, pois “uma reparação prematura das chances perdidas, concedida antes do desfecho da incerteza, pode se somar à futura obtenção da vantagem desejada, provocando o enriquecimento injustificado do demandante” (CARNAÚBA, 2013, p. 30).

A análise permite concluir ser certo que a vítima não obteve a vantagem aleatória pretendida e que o réu a privara das chances de obter tal vantagem. Contudo, é impossível garantir qual teria sido o resultado dessa chance perdida. O lutador de judô teria conquistado o primeiro lugar no torneio? A garota haveria sido aprovada no concurso público? A paciente teria sobrevivido ao câncer? Não é possível inferir o que teria ocorrido caso o réu não tivesse atingido o processo aleatório.

4 A DESCONSTRUÇÃO DO PROBLEMA: A CERTEZA DO PREJUÍZO

Afirmar que a vítima teria obtido vantagem caso o fato imputável ao réu não ocorresse é impossível. De igual modo, não se pode assegurar o contrário. A incerteza sobre qual seria a situação da vítima – em princípio, recorde-se, a álea seria resolvida em seu benefício ou em seu desfavor – após a conduta do réu envolve dois elementos distintos: a certeza do prejuízo e a constatação de um nexo causal (CARNAÚBA, 2013).

Em primeira análise, a certeza equivale ao elemento mais importante no domínio da reparação civil, afinal a reparação de um prejuízo incerto poderia ocasionar enriquecimento sem causa do autor da demanda (TARTUCE, 2014). Trata-se, portanto, de artifício de segurança contra o excesso de reparação, a fim de salvaguardar as próprias funções da responsabilidade civil (VENOSA, 2007). A lesão a um interesse é certa todas as vezes em que a vítima se encontraria em uma situação mais vantajosa sem a conduta imputável ao réu. Não importa se houve depreciação ou não em relação ao seu passado, é suficiente que a situação advinda do evento danoso seja desfavorável a ela, em comparação à situação hipotética na qual ela se encontraria.

Nesse passo, justificam-se diversas soluções consagradas pelo Direito positivo. Compreende-se a razão pela qual as perdas futuras e hipotéticas não podem ser reparadas, por exemplo, bem é possível enxergar por que uma perda futura, mas certa, gera imediatamente o dever de reparação. A situação em que se encontraria a vítima, nessa hipótese, encontra-se no domínio da certeza: em que pese o dano ainda não tenha ocorrido, é certo que ocorreria. É o caso, por exemplo, dos lucros cessantes.

Na seara das chances perdidas, porém, já se sabe que a vítima não alcançou nem irá alcançar a vantagem almejada – o judoca não se sagrou campeão no torneio, a garota não foi aprovada no concurso público, a paciente não se curou. A problemática reside em saber se, sem a conduta do réu, as vítimas teriam obtido o resultado desejado.

Deveras, nunca será possível afirmar se o processo aleatório em curso até a conduta do réu teria trazido consequências que representassem benefício ou

prejuízo à vítima. A perda do resultado aleatório jamais constituirá um prejuízo certo sob o ponto de vista jurídico.

Além disso, há outro elemento atingido pelo caráter aleatório do interesse lesado: o nexo de causalidade. Nos casos de perda de uma chance, o liame causal entre a conduta do réu a perda do resultado aleatório esperado não existe. Acaso seja retirado o fato imputável ao réu, o resultado final negativo nem por isso some. Não há como precisar que o fracasso no concurso público, no exemplo dado anteriormente, deixaria de existir por se considerar hipoteticamente que a garota participou da última das etapas do processo seletivo. O ato imputável ao réu não é, pois, condição necessária à produção do resultado final negativo (CARNAÚBA, 2013).

Na França, berço da teoria em estudo, a notável ausência de compatibilidade entre os casos de perda de chances e o conceito de causalidade jurídica tardou a aparecer nos apontamentos da doutrina e nas decisões dos tribunais. Ainda hoje, muitos não enxergam qualquer ligação entre a perda de chances e os problemas relacionados à causalidade, em que pese o sejam vários os casos nos quais as dificuldades causais se manifestam, sobretudo, no campo da responsabilidade médica. A noção de chance perdida é inserida por muitos juristas na análise do dano, especialmente nas notas sobre a reparabilidade do prejuízo futuro e certo.

Em última análise, essa dificuldade em se aferir a causalidade seria decorrência lógica do óbice à certeza do prejuízo. Não há como afirmar a existência de nexo causal se não houver prejuízo previamente determinado. Como admitir liame de causalidade entre a conduta e o prejuízo, se este dano fora declarado incerto?

Tanto a percepção da certeza do prejuízo quanto a verificação do nexo causal exigem do juiz raciocínio semelhante, ainda que a cogitação sobre o que teria ocorrido sem o fato imputável ao réu exerça uma função distinta e persiga um objetivo diferente em cada um desses conceitos. Nas hipóteses de privação de chances, é indiscutível que a conduta do réu lesiona um interesse da vítima. Como negar, por exemplo, que o judoca, após treinos extremamente rigorosos, tinha interesse em participar do torneio internacional? De que modo se explicam as horas de estudos da garota senão como interesse na possível aprovação no concurso? É indubitável que o réu, a partir de sua conduta, interferiu em reais anseios da vítima.

Nesta exata medida (CARNAÚBA, 2013, p. 69),

O dilema da perda de uma chance não concerne verdadeiramente à ausência de condições para a reparação, mas sim às deficiências da norma reparadora. Fundada na ideia de recolocar a vítima na situação em que ela se encontraria, a regra se mostra inaplicável às lesões sobre interesses aleatórios. É o acaso que perturba o Direito, tornando-o incompatível com os limites do conhecimento humano.

A análise da jurisprudência pátria e o crescente número de julgados que mencionam a perda de uma chance apontam que o fato impeditivo, por exemplo, da interposição de recurso no prazo legal pelo advogado não ensejaria, por si só, o direito de reparação em favor do cliente. Ao proferir decisões neste sentido, os tribunais utilizam comumente o argumento da incerteza acerca do prejuízo.

À luz das exigências tradicionais da responsabilidade civil, tais decisões parecem acertadas. Todavia, a recusa sistemática de toda e qualquer indenização nos casos de lesão a interesse aleatório, em razão da ausência da certeza do prejuízo ou de um nexo causal, levaria a resultados embaraçosos. Deve-se então negar à vítima um direito a reparação em todas essas hipóteses? Certamente, não.

Em primeiro lugar, inadmitir a reparação significa negar que o interesse ofendido pelo réu seja legítimo. Ignorar-se-ia, assim, o interesse aleatório, relegando-o ao campo da inexistência. Mas o juízo de probabilidade permite um exame racional sobre a incerteza e outorga previsibilidade à ação humana, o que implica em o interesse em voga consubstanciar-se, nos dias de hoje, numa pretensão legítima e irrefutável daquele que a detém, ainda que envolva uma possibilidade.

Ademais, poder-se-ia condicionar, por exemplo, a procedência do pedido de indenização formulado pela garota à prova, a ser produzida por ela, de que a sua admissão no quadro público como juíza federal ocorreria, acaso realizasse a prova oral? Definitivamente, não. É justamente o fato imputável ao réu – no exemplo, o choque com motoqueiro desgovernado, causador de uma lesão em sua coluna - que a impediu de conhecer o resultado aleatório.

A aplicação inflexível das regras de ônus da prova deixaria todos os interesses aleatórios fora do âmbito de proteção da responsabilidade civil, evidente incoerência com os próprios caminhos tomados pelo instituto, sobretudo em decorrência da adoção do paradigma solidarista (MARTINS-COSTA, 2002).

No atual sistema jurídico brasileiro, a perspectiva solidarista encontra fundamento no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e no inciso XXIII de nossa Constituição Federal, que torna imperiosa a tentativa de conciliação entre duas ideias aparentemente antagônicas: individualidade e dimensão social, que num processo dialético devem orientar o conteúdo e a direção das normas que regem as relações privadas.

Na busca da delimitação deste modelo socialmente funcionalizado de direito privado, o ideário solidarista exige uma nova racionalidade jurídica, essencialmente material e focada na proteção da parte fraca de relações sociais cada vez mais complexas e especializadas. Se no modelo liberal se costumava individualizar o lucro e socializar o prejuízo, hoje o que se busca é a diminuição dos conflitos sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais capitalistas e das vantagens econômicas por elas geradas (TIMM, 2010).

De fato, a noção constitucional de solidariedade deve ser interpretada pela busca da transposição do indivíduo para a pessoa, exprimindo a teleologia da justiça distributiva como padrão interpretativo-integrativo do sistema, ou seja, servindo de referência de leitura para as outras normas constitucionais e o ordenamento, pois, como bem anota Aguiar Dias (2006, p. 15), “o sentimento de justiça, nos que o têm, não é, por certo, mais refinado hoje do que anteriormente. Sucede, porém, que ele é, agora, muito mais solicitado a manifestar-se e a intervir, do que antigamente”.

Deste modo, não elimina a possibilidade de reparação a tese segundo a qual a perda da vantagem aleatória não constitui um prejuízo certo, ou de que inexistente nexos entre esse prejuízo e o ato do réu. Em vez de visar à vantagem aleatória desejada pela vítima – um prejuízo incerto que não tem liame causal com o ato do réu -, os juízes devem conceder a reparação de outro prejuízo: a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem.

Os argumentos daqueles que refutam a reparabilidade das chances perdidas restam superados na medida em que são apontados os equívocos em sua premissa e no elemento cronológico a ser examinado. Explique-se: no momento em que eles investigaram a “certeza” do prejuízo na perda de uma chance, lançaram seus olhares para um futuro hipotético, quando, em verdade, deveriam atentar para um passado certo (KFOURI NETO, 2006). Tal deslocamento temporal permite perceber que constava, no passado, uma chance que já compunha a esfera de bens da vítima

e que poderia ser valorada, sendo, pois, passível de indenização - ainda que de cunho exclusivamente moral, como adiante se verá.

Nessa esteira, a teoria da perda de uma chance não busca reparar aquilo que “teria sido” acaso a conduta do réu não afetasse todo o processo aleatório em curso – este tipo de reparação é impossível -, visa, de modo distinto, a reparar o que “foi”. A vítima deve, então, ser realocada não na situação em que se encontraria sem o fato imputável ao réu, mas na situação em que se encontrava antes dele.

Evidencia-se, enfim, a característica essencial da perda de uma chance: a certeza da probabilidade (SANSEVERINO, 2010). No dano proveniente da chance perdida, é certa a existência da própria chance, entidade tutelada juridicamente e passível de valoração econômica, mas é completamente incerto se ela iria ou não se concretizar. A rigor, a indenização corresponde à chance (certa) e não ao resultado buscado (incerto) (KFOURI NETO, 2006).

5 COMPATIBILIZAÇÃO DA TEORIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O atual Código Civil brasileiro, elaborado sob forte influência do Código da França, seguiu os caminhos adotados pelos sistemas de reparação francês e italiano.ⁱⁱⁱ Estabeleceu, através do art. 186, um uma cláusula geral de responsabilidade civil, segundo a qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito a causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ao regular as consequências do ato ilícito, o art. 927 dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BERALDO, 2004, p. 217-232). Como se nota, o diploma brasileiro utiliza-se de conceito amplo de dano, fundado em regra na qual não consta qualquer limitação relativas às espécies de dano albergadas nesta definição (BERALDO, 2004).

Clóvis Couto e Silva (1997), em manifestação ainda durante a vigência do Código Civil de 1916, aduziu que a jurisprudência brasileira hesitava em acolher a reparabilidade das chances perdidas de forma plena em razão dos arts. 1.537 a

1.554 do diploma legal antecedente, aos quais o antigo art. 159 remetia o julgador no intuito de avaliar a responsabilidade. Dentre os dispositivos, aqueles que poderiam, segundo a opinião do autor, servir de impeditivo para a indenização das chances perdidas, seriam, mormente, os artigos 1.537 e 1.538 do Código revogado,^{iv} por enumerarem os bens protegidos pelo ordenamento jurídico.

Todavia, o CC/2002, ao tratar da Indenização no Capítulo II, do Título IX, alterou os artigos retro mencionados, fontes das controvérsias acerca da possibilidade de reparação das chances perdidas. Introduziu-se na parte final dos arts. 948 e 949,^v respectivamente, as expressões “sem excluir outras reparações”, em relação ao dano-morte, e “algum outro prejuízo que o ofendido prova haver sofrido”, para os casos de violação à integridade física, o que evidencia um rol meramente exemplificativo das situações que ensejam reparação.

Com efeito, além da aludida cláusula geral de responsabilidade civil, o principal suporte legislativo para a verificação do requisito de certeza no direito brasileiro encontra-se nos artigos 402 e 403 do novo Código Civil. Envolvido pelo paradigma solidarista de reparação, a responsabilidade pela perda de uma chance surge como um obstáculo e, ao mesmo tempo, como uma possibilidade de superação e sofisticação deste requisito de certeza (SILVA, 2013).

Ciente de que a chance perdida pode significar um dano certo, é indispensável a análise do art. 402 do Código Civil, substitutivo do art. 1.059 do CC/1916 e segundo o qual, “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Em última análise, dizer que o credor terá direito ao que efetivamente perdeu e ao que razoavelmente deixou de lucrar significa reconhecer, ainda que de forma implícita, um importante princípio da responsabilidade civil: a reparação integral dos danos.

O advento da Constituição Federal de 1988 representa um verdadeiro marco: ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa Brasileira e como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária,^{vi} elevou-se ao plano constitucional o Princípio da reparação integral dos danos, norte da atividade do intérprete em face da necessidade de se aferir o objeto da reparação civil.^{vii}

Se nos moldes constitucionais a reparação deve ser justa, eficaz e plena, já

não há óbice para considerar o dano consubstanciado na chance perdida como passível de reparação. Na vigência do Código de Bevilacqua já havia vozes na doutrina (ALVIM, 1980, p. 11-14) e na jurisprudência em defesa da possibilidade do enquadramento da chance perdida como dano indenizável. Atualmente, tal entendimento deve ser inequívoco: negar a indenização nestes casos seria equivalente a infringir os postulados do pós-positivismo, a necessidade de releitura dos institutos tradicionais de Direito Civil sob a ótica constitucional e a própria força normativa da Constituição Federal (SAVI, 2012).

Impende salientar, ainda, que o art. 403 do CC/2002 não representa entrave à aplicação da teoria da perda de uma chance. Segundo o dispositivo, “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (BRASIL, 2002). Ao comentar tal norma, Judith Martins-Costa (2009, p. 358) mostra-se firme no sentido de que:

Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda de uma chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima prova a adequação do nexos causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.

A rigor, tanto o art. 402 quanto o art. 403 do CC/2002 exigem do julgador critério preciso e tornam impossível, deste modo, a condenação do réu para reparar danos não provados. O artigo também firma as bases da teoria da causalidade no ordenamento jurídico brasileiro, ao definir que o estudo da certeza do dano perpassa, irremediavelmente, pela análise do nexos causal.

Em suma, a aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo surge como a direção a ser seguida pelo direito nacional. Não há no CC/2002 qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Ao revés, uma interpretação sistemática das regras de responsabilidade civil permite concluir que, além de a chance perdida ter todas as condições para ser considerada como um dano quantificável e amplamente provado, não se encontra, em regra, dificuldade para demonstrar o nexos de causalidade certo e direto entre a conduta do réu e a perda de uma chance.

CONCLUSÃO

A rigor, a chance perdida implica necessariamente em uma incógnita: um determinado fato imputável a outrem interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam resultar no alcance de certa vantagem e, então, não é mais possível descobrir se o resultado útil teria ou não se realizado. Por um lado, se fosse possível estabelecer, plenamente, que a chance teria logrado êxito, haveria a prova da certeza do resultado final e, com isso, a vantagem almejada por meio do processo aleatório em curso é que deve ser ressarcida. Por outro, se houvesse possibilidade de demonstrar que tal vantagem não seria alcançada de nenhuma forma, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar.

Todavia, evidencia-se a característica essencial da perda de uma chance: a certeza da probabilidade. No dano proveniente da chance perdida, é certa a existência da própria chance, entidade tutelada juridicamente e passível de valoração econômica, mas é completamente incerto se ela iria ou não se concretizar.

Nesse contexto, os arts. 402 e 403 do CC/2002 impõem rigoroso critério ao magistrado, impossibilitando a condenação do réu para reparar danos que não estejam devidamente provados. Ademais, o art. 403 também lança os alicerces para a teoria da causalidade no ordenamento jurídico brasileiro, o que resulta na necessidade de o estudo do dano perpassar, inevitavelmente, pelo exame do nexo causal. Contudo, o estudo realizado permite concluir que a indenização buscada através da aplicação da teoria da responsabilidade pelas chances perdidas corresponde à chance (certa) e não ao resultado buscado (incerto).

O principal fator de aceitação da teoria está caracterizado na nova forma de considerar as probabilidades. Hoje, uma simples chance possui valor pecuniário, assim como a perda desta mesma chance pode acarretar, inclusive, prejuízo extrapatrimonial. Houve, graças ao avanço da tecnologia, um refinamento crescente nos métodos de avaliação e quantificação de evidências estatísticas.

Nesse passo, além de a chance perdida ter todas as condições para ser considerada como um dano quantificável e amplamente provado, também não se encontra dificuldade para demonstrar o nexo de causalidade certo e direto entre a

conduta do réu e a perda de uma chance. Diante do exposto, e sem ignorar o novo paradigma solidarista que deve orientar o instituto da responsabilidade civil, não parece haver óbice para a aceitação sistemática do instituto da perda de uma chance como um dano certo.

Comprovou-se a necessidade de um aprofundamento doutrinário, tendo em vista que parte dos operadores jurídicos pátrios aplicam a teoria das chances perdidas sem compreender as próprias definições do instituto e, por isso, se evidenciam tanto equívocos. Recepcionar a teoria da perda de uma chance, porém, não é suficiente para a sua aplicação sistemática: é necessário delimitar os critérios hábeis a aferir o dano da chance perdida, o que só será possível a partir de um estudo aprofundado e consistente dos pressupostos da responsabilidade civil, aliado à análise pormenorizada deste novo instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

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

BERALDO, Leonardo de Faria. A Responsabilidade Civil no parágrafo único do art. 927 do Código Civil e alguns apontamentos do Direito Comparado. *In: Revista de Direito Privado*, ano 5, n. 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 217-232, out./dez. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, Nelson. Os contratos de seguro e sua função social. A revisão securitária no novo Código Civil. *In: Revista dos Tribunais*, ano 93, n. 826, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 140-152, ago. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. *In: PRESIDÊNCIA*. Legislação. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Instituiu o Código Civil de 1916. PRESIDÊNCIA. Legislação. Brasília, 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *In*: PRESIDÊNCIA. Legislação. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

BRASIL, STJ. REsp n.º 821004/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 19/08/2010. Disponível em: <www.stj.gov.br>; Acesso em 15 mai. 2014.

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

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013.

CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis de Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 138-161.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance**. São Paulo: LTr, 1999.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos. *In*: **Revista Trimestral de Direito Civil**, 2012, n.º. 52, v. 13, Rio de Janeiro, p. 99-119, out. 2012.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: a perda de uma chance no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org). **Do Inadimplemento das Obrigações**. v. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 408-446.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In*: SARMENTO, D., SOUZA NETO, C. P. (org.). **Constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 434-453.

MORAES, Renato Duarte Franco de: A moldura jurídica da “perda de uma chance”. *In*: **Jornal Valor Econômico, Legislação & Tributos**, São Paulo: Valor, Caderno E, jan. 2011.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. v. III. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Construção. *In*: **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 12, v. 28, Rio de Janeiro: Padma, p. 3-26, out./dez. 2011.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. v. 2. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da Culpa ao Risco. *In*: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Responsabilidade Civil: doutrinas essenciais, teoria geral**, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 290 a 310.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Notas

ⁱ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NÃO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NÃO REEXAMINÁVEL PELO STJ. [...] III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. IV.- Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte. V.- Recurso Especial improvido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2010).

ⁱⁱ Em sentido jurídico, define-se o termo “álea” como um fato incerto quanto à sua verificação e/ou quanto ao momento de sua constatação. É, pois, a possibilidade de prejuízo simultânea à possibilidade de lucro. Em última instância, envolve a ideia de risco. A palavra tem origem na famosa frase dita pelo Imperador Romano Júlio Cesar ao atravessar o rio Rubicon: *alea jacta est* (a sorte está lançada) (BORGES, 2004, p. 147).

ⁱⁱⁱ Na França, onde a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é debatida pela doutrina e adotada pelos tribunais de forma ampla, o sistema reparatório encontra o devido respaldo jurídico na cláusula geral prevista pelo art. 1.382 de seu Code Civil (“*tout fait quelconque de l’homme qui cause à autri un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer*”; em livre tradução: “todo ato de homem que causar a outrem um dano obriga aquele por culpa do qual veio ele a acontecer a repará-lo”). O conceito de dano previsto neste dispositivo dispõe de amplitude capaz de abranger todas as espécies de danos, inclusive o dano decorrente da perda de uma chance. O ordenamento italiano também dispõe de regra geral de responsabilidade civil extracontratual. Na forma do art. 2.043 do Codice Civile (“*qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, oblige colui che há comesso il fatto a risarcire il danno*”; em tradução livre: “qualquer fato doloso ou culposo que cause a outros um dano injusto obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”), todos os danos, em abstrato, podem encontrar reparação. Sérgio Savi (2012, p. 103-106) traça esta correlação entre os ordenamentos alienígenas e permite estabelecer linha comparativa entre o sistema de reparação brasileiro, o italiano e o francês, nos quais a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance encontra-se em considerável grau evolutivo.

^{iv} “Art. 1.537: A indenização, no caso de homicídio, consiste: I. No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família. II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia”. “Art. 1.538: Nos de ferimento de outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente. §1º Esta soma lhe será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidades. §2º Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito” (BRASIL, 1916).

^v “Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”; e “Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” (BRASIL, 1916).

^{vi} “Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”; e “Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988).

^{vii} Maria Celina Bodin mostra-se plenamente de acordo com esta análise ao afirmar que: “a Constituição Federal de 1988 fortaleceu, de maneira decisiva, a posição da pessoa humana, e de sua dignidade, no ordenamento jurídico. Colocou-a no ápice da pirâmide que, plasticamente, dá forma ao sistema normativo” (MORAES, M. C. B., 2007, p. 286).

Marcos Ehrhardt Júnior*

Advogado. Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br

Uly de Carvalho Rocha Porto**

Advogada. Graduada pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). E-mail: ulycrocha@gmail.com.

Artigo recebido em: 13/11/2017

Artigo aprovado em: 21/01/2018