



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

LUÍS DE CAMÕES

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

Especialidade em Ciências Jurídicas

Dissertação de mestrado para a obtenção do grau de Mestre em Direito

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE CHANCE.

APLICABILIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS.

Orientador: Professor Ruben Bahamonde

Candidato: Fernando Estima Seabra Junior.

Julho

2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço a primeiramente à Deus pelas bênçãos que derrama sobre a minha vida, pondo no meu caminho pessoas que contribuem para o meu aprimoramento como cristão e ser humano, entre essas pessoas, reconheço, em especial, os meus pais cujo o amor é a maior fonte de energia e inspiração em minha vida e a quem dedico meu eterno agradecimento.

Agradeço à minha querida esposa pela paciência e incentivo, não me deixando esmorecer na caminhada para construção deste trabalho. Também agradeço aos meus filhos que por necessitarem do meu exemplo, incentivam-me a fazer o meu melhor.

Não posso deixar de agradecer à minha família, em especial aos meus irmãos, por acreditarem sempre na minha capacidade, mesmo quando tenho dúvidas.

Faço um agradecimento especial à família Karin que me acolheu de maneira tão fraterna durante o período deste Mestrado.

Dedico, também, um agradecimento especial ao meu orientador Professor Ruben Bahamonde, pela disponibilidade em colaborar com este trabalho.

Sem esquecer da turma, dedico um agradecimento fraterno a todos os colegas, os quais tive o privilégio de ter ao meu lado nesta caminhada do Mestrado, que não teria sido tão prazeroso sem o companheirismo de todos, meus sinceros agradecimentos.

Por fim, agradeço à Universidade Autónoma de Lisboa que pela competência de seu corpo de colaboradores proporcionou esta experiência acadêmica formidável.

Muito obrigado!

RESUMO

Os riscos de danos na sociedade contemporânea evoluem na mesma proporção da evolução da tecnologia, reclamando resposta adequada do instituto da responsabilidade civil. Neste sentido, a Teoria da Perda de uma Chance se revelar uma solução engenhosa e eficaz, que possibilita o alargamento das possibilidades de indenização de danos injustos, em contextos em que há uma incerteza causal em relação do dano final.

O estudo desta teoria, permite a sua aplicação em várias situações que pelos moldes tradicionais da responsabilidade civil, não permitem a indenização. Desta forma, revela-se de grande valia o aprofundamento dos conceitos, critérios e pressupostos para a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance no Direito português.

Palavras-chave: TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PERDA DE CHANCE. CHANCE. RESPONSABILIDADE CIVIL.

ABSTRACT

The risks of damages in contemporary society evolve in the same proportion of the evolution of the technology, demanding an adequate answer from the institute of civil responsibility. In this sense, the Theory of the Loss of a Chance proves to be an ingenious and effective solution that allows the extension of the possibilities of indemnification of unfair damages, in contexts in which there is a causal uncertainty in relation to the final damage.

The study of this theory, allows its application in several situations that by the traditional forms of civil responsibility, do not allow the indemnification. In this way, it is of great value to deepen the concepts, criteria and assumptions for the application of the Theory of Loss of Chance in Portuguese Law.

KEYWORDS: THEORY OF THE LOSS OF A CHANCE. LOSS OF CHANCE. CHANCE. CIVIL REPOSSIBILITY.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	6
1.0 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – PERSPECTIVA HISTÓRICA/ DOCTRINÁRIA.	10
1.1 Surgimento e Evolução	10
1.2 Importância da admissão.	19
1.3 Pressupostos da Responsabilidade civil.	26
2.0 CAUSALIDADE.	32
2.1 Teorias.	32
2.1.1 Teoria da equivalência das condições.	33
2.1.2 Teoria da causa próxima.	35
2.1.3 Teoria da causa adequada.	35
2.2 O Problema da causalidade no âmbito da perda de uma chance.	38
2.3 O problema da causa virtual.	42
3.0 DANO.	43
3.1 A perda de uma chance como um dano.	43
3.2 A autonomia do dano.	50
3.2 A dicotomia entre dano emergente e lucro cessante.	54
3.3 A figura semelhante do dano moral.	57
4.0 APLICAÇÃO DA REPARAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE.	61
4.1 Características e pressupostos de aplicação.	61
4.2 O quantum da reparação.	65
4.3 Uma análise da teoria na jurisprudência portuguesa.	67
4.4 Uma análise da teoria na jurisprudência brasileira.	78
4.5 A teoria na doutrina portuguesa.	90
CONCLUSÕES.	95

INTRODUÇÃO

A teoria da perda de uma chance, com utilização em ascendência em diversos países como a França, Itália, Inglaterra, Estados Unidos e Brasil, vem promover um alargamento dos casos de acolhimento da responsabilidade civil, promovendo assim justiça, em casos nos quais não é possível a demonstração do nexo causal entre o fato e o dano final.

A teoria da perda de uma chance desponta como a solução para danos os quais as teorias convencionais se mostram incapazes de gerar a obrigação de repará-los.

O convívio em sociedade se revela cada vez mais complexo, com a multiplicação de riscos de danos, bem como com a complexificação dos processos causais, o que revela casos desafiadores ao instituto da responsabilidade civil.

O assunto se mostra interessante, pois inova na doutrina e na jurisprudência, ao reconhecer um novo dano, a perda de chance, e permite o alargamento da obrigação à reparação de atos ilícitos contribuindo para a reparação de danos injustos e reeducando o convívio respeitoso entre as pessoas, valorizando a máxima de conviver sem lesionar o próximo.

Para o direito português a responsabilidade civil é fonte de obrigação.

Neste sentido, o estudo desta teoria vem de encontro a uma necessidade no alargamento da atuação do instituto da responsabilidade civil, na medida em que a aplicação da teoria da perda de uma chance permite alargar o âmbito de alcance da responsabilidade civil, de forma a permitir o cumprimento de seu dever de reparar de forma mais ampla possível os danos e prejuízos advindos dessas relações.

A perda de chance corresponde a perda de possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Explicando melhor, estando a vítima em um processo aleatório visando obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, se este processo é interrompido por ato ilícito de um terceiro retirando esta chance, a responsabilidade civil, pelos moldes tradicionais, não permite a indenização desta vítima ante a incerteza do resultado final favorável, que não se consumou pela interrupção do processo aleatório em que estava submetido.

O Direito é uma ciência destinada a disciplinar a vida social e, portanto, deve evoluir com esta, neste sentido o instituto da responsabilidade civil vem cumprindo o seu papel evoluindo no sentido de tornar possível a indenização de novos danos, como ocorreu com os danos morais.

É nesta esteira que surge a teoria da perda de chance como uma nova possibilidade de evolução da responsabilidade civil.

A jurisprudência portuguesa tem, de forma tímida, produzido decisões utilizando a teoria da perda de uma chance.

A ausência de estudos mais aprofundados pela doutrina não impulsiona a utilização da teoria, nem amplia os contextos em que pode ter utilidade.

Neste contexto guiaremos o presente trabalho no sentido de estudar os conceitos, critérios, características e pressupostos da teoria da perda de uma chance na intenção de subsidiar uma maior aplicação deste instituto pelos operadores do direito.

Iniciamos nosso estudo com a perspectiva da evolução da teoria, passaremos a definir o que vem a ser a teoria da perda de uma chance, demonstramos a aplicação cronológica da teoria em diversos países.

Revelaremos que apesar de ser recente entre alguns sistemas jurídicos como o de Portugal e do Brasil, a teoria já vem amadurecendo há várias décadas no Direito de outros países, denotando sua evolução.

Ainda no âmbito do primeiro capítulo, abordaremos a importância da admissão da teoria para o Direito português.

Ressaltaremos a importância primordial da teoria da perda de uma chance que visa superar as deficiências da responsabilidade civil, permitindo um alargamento de seu âmbito de ressarcibilidade, tornando mais eficiente sua função reparatória.

Analisaremos pormenorizado cada pressuposto da responsabilidade civil, destacando e abordando as principais teorias de cada elemento e sua relação com a perda de uma chance. Trata-se de assunto de maior relevância para aplicação correta da teoria.

No segundo capítulo dedicamos uma atenção à questão da causalidade, destacaremos as teorias da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e a teoria da causa próxima. Toda a abordagem é feita à luz da aplicação na teoria da perda de uma chance.

O nexo de causalidade é o pressuposto para a responsabilidade civil mais problemático e mais difícil de ser comprovado. A dificuldade pode residir na prova do nexo causal e na existência de concorrência de outras causas para o dano.

No que se refere à perda de uma chance, o nexo causal é um elemento de destaque especial, isto porque só cabe falar em indenização pela perda de uma chance quando não for possível estabelecer um nexo causal entre a conduta do agente e o dano final.

Portanto, o nexo que deve ser constatável é o nexo causal em relação a perda da chance.

Assim, um aspecto que causa muitos equívocos acerca da teoria é que o nexo causal a ser aferido é entre a conduta e a perda da chance e não em relação à vantagem perdida. Assim, reservamos um estudo mais aprofundado acerca da causalidade neste capítulo segundo.

No terceiro capítulo dedicaremos estudo acerca do dano e neste aspecto defenderemos a perda de uma chance como dano autónomo, característica essencial para o reconhecimento de sua ressarcibilidade.

Abordaremos o tema da natureza do dano da perda de uma chance, matéria com muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência, mas de essencial importância para a aplicação correta do quantum ressarcitório.

Defenderemos que a perda de uma chance tem a mesma natureza do interesse tutelado pela chance, de forma a guiar o parâmetro de indenização.

No capítulo quatro, trataremos da aplicação e quantificação da perda de uma chance.

Trataremos de cada característica que deve revestir as chances, de forma a guiar a correta aplicação e aferição do valor da indenização. Residem nestes conceitos os maiores equívocos e erros nos julgados acerca da perda de uma chance.

Trataremos de forma pormenorizada cada característica que deve ser aferida para que seja indenizável a perda de uma chance. Da mesma forma, abordaremos os critérios que devem nortear o julgado no cálculo do valor da indenização pela perda de uma chance.

Em seguida analisaremos uma série de julgados da jurisprudência portuguesa tratando da teoria da perda de uma chance. O caráter controvertido da teoria da perda de uma chance e as divergências dos julgados denotam a importância de um diagnóstico da jurisprudência, mostra-se imprescindível como forma de aferirmos o grau de utilidade e o correto enquadramento da perda de uma chance.

A cada julgado abordaremos os acertos e equívocos das decisões em relação aos conceitos, características e pressupostos de aplicação da teoria. Visamos observar o grau de maturidade da doutrina e dos Tribunais acerca da matéria e termos uma ideia da amplitude de contextos de utilização da teoria.

Entendemos que, quanto maior o número de contextos diferentes, maior é a divulgação e conhecimento acerca da matéria pelos operadores do direito.

Esta análise permite reconhecer a correspondência entre a prática e a teoria na jurisprudência e o nível de assimilação dos conceitos aplicados.

Em seguida, passaremos a fazer a mesma análise da jurisprudência brasileira, investigando os contextos de aplicação da teoria e observando a aplicação dos conceitos estudados.

Comentaremos os acertos e equívocos na aplicação da teoria da perda de uma chance pela jurisprudência brasileira.

Concluiremos a análise dos julgados observando a extensão do campo de aplicação da teoria e assimilação dos conceitos e pressupostos da perda de uma chance pelos Tribunais brasileiros.

A divergência jurisprudencial e os equívocos na utilização da tese da perda de uma chance revelam um tema de relevante importância e cuja a pesquisa esperamos ser esclarecedora e de utilidade para a comunidade jurídica, carente de fontes doutrinária nesta área de estudo, o que resulta nas divergências de julgados e na baixa aplicação desta teoria no judiciário português.

Finalizamos o trabalho com uma abordagem da doutrina portuguesa acerca do tema, expondo os principais posicionamentos de doutrinadores citados nos julgados portugueses do STJ.

O trabalho visa estudar a teoria da perda de uma chance, aferir sua aceitação e utilização na jurisprudência portuguesa e diagnosticar a correlação entre esta aplicação e os conceitos teóricos acerca do tema.

Esperamos contribuir para uma compreensão melhor da teoria e de sua aplicação prática, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto ou de resolver todas as controvérsias acerca de um tema tão rico de possibilidades de utilização.

1.0 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – PERSPECTIVA HISTÓRICA/DOCTRINÁRIA.

1.1 Surgimento e Evolução

A Teoria da perda de uma chance é matéria do âmbito da responsabilidade civil, instituto que no Direito Português é a mais importante fonte de obrigações. Aliás, a responsabilidade civil é matéria inclusa no Direito das Obrigações do Código Civil Português.

O Código Civil define, em seu artigo 397º, o termo obrigação como o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação. A necessidade de reparação de um dano gera, portanto, uma obrigação.

Assim, a responsabilidade civil cumpre a função de remover ou de reparar um dano sofrido por alguém e, conseqüentemente, gerar uma obrigação da reparação para o responsável pelo prejuízo, portanto, matéria do âmbito do Direito das Obrigações.

O instituto da responsabilidade civil percorreu um longo caminho de evolução, que se confunde com a evolução social e econômica das sociedades. Desde a revolução industrial até o Estado solidário, o instituto da responsabilidade civil cumpriu seu dever, adaptando-se às necessidades de reparar os danos que eram criados pelas complexas relações sociais.

A intensidade e a densidade das relações sociais, sem olvidar das tecnologias que aproximam cada vez mais as pessoas enquanto aceleram essas relações, formaram uma fonte inexaurível de riscos de acidentes e danos de diversas formas e categorias.

Neste contexto, o Direito das Obrigações, mais especificamente a responsabilidade civil, necessita evoluir para cumprir o seu papel de solucionar conflitos e danos, que surjam desta evolução social ampliando o rol dos prejuízos reparáveis.

O acolhimento da indenização por danos morais e da responsabilidade objetiva são exemplos da evolução deste importante instituto jurídico.

Com a revolução industrial, houve um incremento considerável do nível de complexidade da vida social e um aumento exponencial do risco, especialmente pela inclusão de máquinas e pelo crescimento de concentrações urbanas.

Novas ideias de cunho social originárias, principalmente, de concepções socialistas, colocaram a discussão em torno da relativização da culpa como pressuposto para a indenização, culpa que se revelava um grande obstáculo ao ressarcimento da vítima. Surgia a ideia de que a responsabilidade civil deveria garantir a reparação mais ampla possível.

Assim, a partir do século XIX, surge a concepção de que a culpa deve ser relativizada em certos contextos cuja a presença do risco é constante em razão da atividade econômica.

A ideia era de que a obrigação de indenizar decorreria da necessidade de repartir os riscos da vida social.

Portanto, a responsabilidade civil evolui para acolher a responsabilidade objetiva.

A Constitucionalização do direito privado, os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, distanciam a responsabilidade civil do clássico modelo liberal, proclamando a este instituto sua atuação de forma capaz de proporcionar efetiva e adequada tutela aos direitos da vítima, especialmente à reparação ampla de danos.

Diante dos fatores sociais, tecnológicos, econômicos, políticos e de ordem moral atuantes na sociedade, o direito necessita evoluir e alargar o âmbito de alcance da responsabilidade civil, permitindo o cumprimento de seu dever de reparar, da forma mais ampla possível, os danos e prejuízos advindos dessas relações.

O Direito é uma ciência destinada a disciplinar a vida social e, portanto, deve evoluir com esta.

Uma importância do Direito das Obrigações reside na influência direta na autonomia e na dignidade das pessoas, pois permite a segurança necessária para se fazer planos e concretizá-los, circulando riquezas, delimitando o campo de atuação de cada um, gerando, assim, a confiança de que haverá respeito a esses limites e, quando violado, haverá reparação ampla.

O instituto da responsabilidade civil tem um papel em defesa da dignidade humana, em seus substratos da autonomia e da liberdade. Ao proporcionar a tutela de diversos interesses, e a reparação de diversos danos, a responsabilidade civil permite à pessoa humana um atuar livre, com a proteção necessária para traçar seu destino e buscar seus interesses.

Neste sentido, Eduardo dos Santos Júnior¹ *aduz que o Direito das Obrigações é o espaço primacial de actuação da verdadeira liberdade e dignidade das pessoas, dos cidadãos: na medida em que, dentro de certos limites embora, que sempre terão de existir, lhes reconhece um campo amplo de autonomia em que cada qual pode actuar os seus interesses, prosseguir a sua vida.*

Antes do surgimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de chance, os danos advindos pelo acaso eram totalmente suportados pela vítima. Explicando melhor, estando a vítima em um processo aleatório que seja interrompido por ato de um terceiro, retirando a sua

¹ JÚNIOR, Eduardo dos Santos – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I, 3ª ed. Lisboa: Ed. Aafdl, 2014, p. 22.

chance de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, a responsabilidade civil, pelos moldes tradicionais, não permite a indenização desta vítima, ante a incerteza do resultado final favorável, que não se consumou pela interrupção do processo aleatório em que estava submetido.

Para ilustrar melhor, propomos o caso prático ocorrido com o maratonista Vanderlei Cordeiro de Lima, quando nos jogos olímpicos do ano de 2004, participava da prova da maratona e nos últimos quilômetros a serem percorridos, o maratonista brasileiro, liderando a competição com ampla vantagem sobre os demais competidores, foi segurado por um homem que invadiu a pista. O atleta, que estava em primeiro lugar, com uma diferença para o segundo colocado de, aproximadamente, trinta segundos, retorna à prova e termina a competição em terceiro lugar, premiado com medalha de bronze.

Não é possível responder com absoluta certeza de que o incidente, envolvendo o desconhecido que deteve o atleta, foi condição para a perda do primeiro lugar da competição, pois fatores aleatórios poderiam surgir e retirar a vantagem que Vanderlei mantinha. Não é possível dizer que houve nexos causal entre a conduta do invasor e a perda do ouro.

Essa incerteza não permite que a responsabilidade civil, nos moldes tradicionais, concedesse a indenização pelo dano final, tornando-se uma situação injusta.

Nesse contexto, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance se revela a solução para reparar situações como estas em que um ato ofensivo de uma pessoa priva alguém da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo, devendo o infrator responder pelo dano da perda da chance, desde que seja real e que esta tenha sido perdida pela conduta ilícita ou culposa do terceiro.

Dentro da família dos Direitos continentais, o Direito alemão, o Direito francês e o Direito italiano são, tradicionalmente, os que maiores influências exercem sobre o Direito português, e, assim também, sobre o Direito das Obrigações português.²

Tal constatação se revela importante porque a Teoria da perda de uma chance originou-se da jurisprudência francesa e, em seguida, desenvolveu-se na Inglaterra e na Itália, sendo os expoentes do reconhecimento na jurisprudência Europeia.

Foram os franceses que, em 1889, utilizaram, pela primeira vez, a teoria da perda de chance em um julgamento, segundo explana Rafael Peteffi³ acerca dos primeiros casos ocorrido nas jurisprudências francesa e inglesa, foi no século XIX, mas precisamente em 1889, que a corte de Cassação Francesa, conferiu indenização ao autor de uma ação que, pela atuação

²JÚNIOR, Eduardo dos Santos – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I, 3ª ed. Lisboa: Ed. Aafdl, 2014, p. 18.

³SILVA, Rafael Peteffi da – Responsabilidade civil pela perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 10

culposa de um oficial ministerial, extinguiu as chances de uma demanda ser-lhe favorável, se prosseguisse no procedimento normal.

Ainda, segundo Peteffi, no sistema Common Law, a teoria da perda de uma chance apareceu, pela primeira vez, em 1911, com o caso inglês Chaplin v. Hicks. A autora era uma das cinquenta finalistas de um concurso de beleza e foi impedida de participar, ilícitamente, pelo condutor do concurso. Eram cinquenta finalistas concorrendo a doze prêmios. Em sede de apelação os juízes ingleses reconheceram que a autora tinha chances de 25% de ganhar um dos prêmios.

Historicamente, a teoria da perda de uma chance teve sua primeira aplicação na França no século XIX, em seguida a Itália passou a acolher a teoria, igualmente, surgiram casos de aplicação na Inglaterra, Estados Unidos e Brasil.

Semelhantemente ao que ocorreu na França, o aparecimento da teoria na Itália se deu pela via jurisprudencial. Neste sentido, a dogmática da responsabilidade civil desempenha papel fundamental para o reconhecimento da teoria na jurisprudência.

Na família romano-germânica, o Direito Francês foi o pioneiro e o mais evoluído da aplicação da teoria, exercendo influência na introdução de sua aplicação na família Common Law. A partir da influência francesa e da ampliação de utilização da teoria para diferentes áreas, como a contratual, iniciaram-se estudos doutrinários em outros países.

Segundo Sérgio Savi⁴, Adriano de Cupis, Professor de direito civil da Università di Perugia, foi o responsável pela correta compreensão da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito Italiano, uma vez que conseguiu visualizar um dano independente do resultado final, demonstrando a importância dos doutrinadores na importação da teoria.

Apesar do estudo de Adriano de Cupis ter sido em 1966, só em 19 de novembro de 1983, a jurisprudência italiana reconheceu a indenização pela perda de uma chance. Atualmente tal indenização é reconhecida como indenização por um dano autônomo.

O caso foi assim descrito por Sergio Savi⁵, como sendo um contexto em que uma empresa denominada Stefer, promoveu um processo seletivo na busca de contratar motoristas. Ocorreu que, alguns candidatos foram impedidos de participar das provas, após se submeterem a alguns exames médicos.

“Uma empresa denominada “Stefer” convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor seu quadro de funcionários. Após terem se submetido a diversos exames médicos alguns

⁴ SAVI, Sergio – Responsabilidade civil por perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 10.

⁵ SAVI, Sergio – Responsabilidade civil por perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 25.

O caso foi julgado procedente pelo juiz de primeiro grau, cuja sentença foi cassada pelo Tribunal de Roma, sob o fundamento de que a perda de uma chance não era indenizável por ser um dano meramente potencial.

A *Corte di Cassazione* cassou a decisão em sede de apelo, confirmando a sentença de primeiro grau. Estava reconhecida a possibilidade de indenização pela teoria da perda de uma chance no Direito Italiano, tendo como base de fundamento o art. 1.223 do Código Civil Italiano. A Corte Italiana reconheceu que a indenização concedida não se referia à perda da vaga de emprego, mas sim a possibilidade de participar do processo seletivo e, assim, obter um resultado favorável. Reconheceu, dessa forma, o valor patrimonial das chances perdidas, abrindo as portas para a utilização da teoria na Itália.

O Código Civil brasileiro foi elaborado sob influência dos Códigos Civil Francês e Italiano, pode-se observar tal influência da análise dos artigos cláusulas gerais de responsabilidade civil dos três países. No Brasil o art. 186 preconiza que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Na França, a cláusula geral está prevista no art. 1.382 que prevê: “*Todo ato, qualquer ele seja, de homem que causar a outrem dano, obriga aquele por culpa do qual veio ele a acontecer a repará-lo.*”⁶

Na Itália, a regra geral está prevista no artigo 2.043 do seu Código Civil que assim preconiza: “*Qualquer ato doloso ou culposos que cause a outros um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano.*”⁷

O termo dano injusto inserido no art. 2.043 do Código Civil Italiano foi fator importante para a evolução da responsabilidade civil no Direito brasileiro, possibilitando a reparação de danos, mesmo que de atos lícitos, porém injustos, ampliando o alcance da reparação de danos pela responsabilidade civil e realizando a justiça de forma mais efetiva.

A responsabilidade civil, impulsionada pela tese do dano injusto, foi sendo redefinida de forma a não tutelar atos lícitos causadores de danos injustos, devendo obrigar a reparação quando houver lesão a um direito subjetivo juridicamente relevante. Observa-se claramente a cadeia de influência da doutrina francesa sobre a italiana e, esta, sobre a brasileira, criando uma evolução nos princípios da responsabilidade civil, mais precisamente, preparando o terreno para a implantação da teoria da perda de uma chance.

Independentemente do previsto na cláusula geral da responsabilidade civil do código brasileiro, art. 186, o art. 402 do mesmo código dispõe, que, “*salvo as exceções expressamente*

⁶ SAVI, Sergio – Responsabilidade civil por perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 83.

⁷ SAVI, Sergio – Responsabilidade civil por perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 83.

*previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”*⁸

Surge, assim no direito brasileiros, o Princípio da reparação integral do dano, devendo nortear o intérprete em casos que haja a necessidade da indenização pela perda de uma chance, resultado da hermenêutica principiológica e do Direito Civil constitucional, uma vez que a Constituição Federal Brasileira estabeleceu como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e como objetivo construção de uma sociedade justa e solidária.

O primeiro caso de reconhecimento da perda de uma chance na jurisprudência brasileira ocorreu em 1991. Tratava-se de uma ação de indenização pela perda de uma chance na qual o demandado era um Advogado que havia sido contratado pela Autora da ação para ajuizar uma ação previdenciária. Ocorreu que os autos foram extraviados e o Advogado negligenciou o fato e não providenciou a restauração, deixando perecer o direito da sua cliente.

A ação de indenização pela perda de uma chance foi julgada procedente pelo relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar que reconheceu a aplicação da teoria, transcrevemos parte do julgado pelo seu caráter instrutivo acerca da matéria:

“Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a missão da informação do extravio e a não-restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. (...) Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda de chance, dentro do instituto da responsabilidade civil. (...) Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a fixação da indenização, através de arbitramento, em liquidação de sentença, deverá atentar para o fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance.”⁹

A partir deste primeiro caso, outros foram se incorporando à jurisprudência brasileira e ampliando as áreas de admissão da teoria. Atualmente, a jurisprudência brasileira abarca uma variedade de contextos de utilização da teoria da perda de uma chance, como nas searas médicas, trabalhistas, concursos, contratos, licitações, entre outros.

Na seara médica, o sistema Common Law é o que oferece a maior gama de casos para estudos acerca da teoria da perda de uma chance. Rafael Peteffi¹⁰ descreve o caso Falcon v. Memorial Hospital de 1990, fato ocorrido no estado de Michigan, Estado Unidos, em que uma gestante foi internada em um hospital para ter um bebê e morreu por embolia pelo fluido amniótico. Foi ajuizada demanda indenizatória contra o médico e o hospital. As chances de

⁸ SAVI, Sergio – Responsabilidade civil por perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 86.

⁹ APELAÇÃO CÍVEL: Processo nº 591064837, 5ª Câmara Cível, relator Des. Ruy Rosado de Aguiar, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul [Em linha]. (26.02.2017) [Consult. 26 Fevereiro 2017]. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

¹⁰ SILVA, Rafael Peteffi da – Responsabilidade civil pela perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 11.

sobrevivência nesses casos de embolia são de apenas 37%, no entanto, essa chance de sobrevivência foi tirada pelo ato negligente do médico e, em razão deste fato, a Suprema Corte concedeu a indenização nos termos da teoria da perda de uma chance.

O desenvolvimento da teoria nos sistemas jurídicos estrangeiros pode servir de modelo para a formação da dogmática de Portugal, resguardada especificidades do sistema legal nacional. Conforme já exposto, a teoria da perda de uma chance teve sua primeira adoção na França em 1889, na Inglaterra em 1911, nos EUA em 1990, na Itália em 1983, no Brasil em 1991. Há, portanto, uma crescente admissão da teoria pelas jurisprudências em diversas áreas de aplicação. Como foi dito antes, dentro da família dos Direitos estrangeiros, o Direito alemão, o Direito francês e o Direito italiano são, tradicionalmente, os que maior influência exercem sobre o Direito das Obrigações português sendo, portanto, possível a influência da dogmática destes Direitos, no que concerne à teoria da perda de uma chance, contribuindo para o desenvolvimento desta teoria no Direito português.

Em Portugal, a jurisprudência alterna entre admitir e rechaçar a utilização desta teoria.

Entre os doutrinadores, Júlio Gomes¹¹ é resistente a aplicação desta teoria. Para o autor a teoria apresenta alguns problemas que precisam ser esclarecidos, como se a perda de chance deve ser concebida como um dano emergente ou como lucro cessante.

O autor aduz que a chance não tem um valor econômico próprio e, assim, não se enquadra como uma entidade patrimonial.

Por fim, Júlio Gomes finaliza afirmando que “a mera perda de chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória”.

Em entendimento contrário, Sinde Monteiro¹² sustenta que “o carácter de dano indemnizável da *perte d'une chance* não é hoje seriamente contestado pela doutrina francesa e também entre nós nada parece opor-se à sua ressarcibilidade, respeitados que sejam os *garde-fous* colocados por aquela doutrina e jurisprudência”.

Cento e vinte anos após o primeiro julgamento de um caso de perda de chance na França, Portugal tem julgado o seu primeiro caso de uma ação pleiteando indenização pela perda de uma chance. Neste período, na França, Itália, Inglaterra e Estados Unidos a teoria da

¹¹ GOMES, Júlio Vieira – Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões, em *Studia Iurídica* nº 91 *Ars Iudicandi*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Coimbra: Ed. Coimbra, 2009, p. 291-292.

¹² MONTEIRO, J. Ferreira Sinde – Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, Coimbra: Ed. Almedina, 1989, p. 297.

perda de uma chance foi admitida em diversos contextos fáticos, desde competições esportivas até a aplicação em casos envolvendo a administração pública.

A perda de uma chance chega em Portugal, como teoria madura e com aplicação em diversas áreas na jurisprudência de países que exerceram influência no Direito de Obrigações português. No entanto, a ausência de estudos mais aprofundados acerca da matéria não contribuiu para que o primeiro caso fosse julgado pela procedência da ação.

O primeiro caso posto ao STJ foi em 2009. Foi julgado improcedente a ação proposta por uma professora, que apresentou a sua candidatura à avaliação extraordinária para efeitos de reconhecimento de mérito excepcional. A sua candidatura foi indeferida, com fundamento no fato de não existir informações fundamentadas do órgão de administração e gestão do estabelecimento de ensino. Tal fato se deu por omissão do Presidente do Conselho Diretivo.

A atitude do Presidente do Conselho prejudicou a professora na sua progressão na carreira, tirando-lhe a chance de progredir e obter vantagens financeiras.

Trata-se de acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 2009. No acórdão foi feita referência à doutrina de Júlio Gomes nos seguintes termos: *“figura-se-nos, pois, que a mera perda de uma chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória. Na medida em que a doutrina da perda de chance seja invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística, parece-nos que a mesma deverá ser rejeitada entre nós...”*¹³

O julgado cita, também, Rute Pedro afirmando, a dado passo, que *“em Portugal, poucos são os Autores que se referem à noção de perda de chance e, quando o fazem, dedicam-lhe uma atenção lateral e pouco desenvolvida. Pode, também, entender-se que paira nas entrelinhas de decisões judiciais portuguesas, estando subjacente a algumas delas em que os tribunais expendem um raciocínio semelhante ao que subjaz a esta teoria, sem, no entanto, se lhe referirem.”*¹⁴

Importante ressaltar que a doutrina que respaldou a decisão é contrária ao acolhimento da teoria, sob o fundamento de que o ordenamento jurídico português não permite a indenização a partir de causalidade probabilísticas. Tal fato revela a importância de uma doutrina mais aprofundada no estudo da teoria, o que deve favorecer um aumento nos contextos de aplicação da teoria. Conforme será demonstrado mais adiante, a jurisprudência apresenta decisões

¹³ ACÓRDÃO: Processo nº 409/09.4YFLSB, relator João Bernardo, do Supremo Tribunal de Justiça [Em linha]. (22.10.2009) [Consult. 21 janeiro 2016]. Disponível em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>.

¹⁴ ACÓRDÃO: Processo nº 409/09.4YFLSB, relator João Bernardo, do Supremo Tribunal de Justiça [Em linha]. (22.10.2009) [Consult. 21 janeiro 2016]. Disponível em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>.

equivocadas acerca da teoria, demonstrando a importância do aprofundamento dos estudos sobre a matéria. Neste sentido, a própria decisão de improcedência aduz essa carência de estudos, nestes termos: “*Quanto à vertente jurídica, logo constatamos que, na ordem interna portuguesa, a figura da perda de chance não tem tido um tratamento, quer a nível doutrinário, quer a nível jurisprudencial, que permita guindá-la a um capítulo autónomo dentro do direito dos danos e (ou) da relação de causalidade.*”¹⁵ “

Observa-se que a carência de estudos doutrinários acerca da teoria foi sentida em 2009, neste julgado.

Importante ressaltar que a incerteza do dano foi o fundamento principal para a improcedência do pleito indenizatório pela perda da chance, nos seguintes termos: “*Quanto aos danos, o que nos importa é o da certeza, emergente do artigo 483.º. Certeza essa que cede dando lugar à “previsibilidade” só no caso do artigo 564.º. Esta referência a “previsibilidade” afasta a aplicação deste preceito, por analogia, aos casos de perda de chance*”.

Atualmente, como será objeto de nosso estudo nos próximos capítulos, a doutrina portuguesa é assente de que o dano da perda de uma chance é um dano certo e autónomo. Portanto, observa-se uma evolução na concepção de características da teoria pela doutrina, que, hoje, põe por terra a fundamentação dessa improcedência.

Como é possível observar do acórdão supra citado (2ª Secção), a incerteza do dano final leva ao equívoco de que a reparação se refere a vantagem perdida e não da possibilidade ou chance de obter a vantagem. Este é o equívoco mais comum na interpretação dos casos envolvendo a teoria da perda de uma chance. Não se busca o nexos causal entre a conduta e o resultado final perdido, nem tampouco a indenização pelo resultado não obtido. O dano está na perda da chance e este é o prejuízo a ser indenizado.

Entendendo de forma diversa do primeiro julgado, o próprio STJ (6º Secção), em 09 de dezembro de 2014, reconheceu a aplicação da teoria, denotando uma evolução na interpretação dos pressupostos de sua admissibilidade. Consultamos a decisão nos seguintes termos:

“[...] a figura da perda de chance não está conceptualizada na lei e conecta-se com o facto de alguém ser lesado no direito de obter uma vantagem futura, ou de não ser lesado, por facto de terceiro, sendo que esse facto pode fundar responsabilidade contratual ou extracontratual. Não se confunde com a perda de expectativa, pois aqui há uma esperança (com forte carga subjectiva) de um direito, por ter havido um percurso que a ele conduziria com forte probabilidade, sendo uma situação a inserir

¹⁵ ACÓRDÃO: Processo nº 409/09.4YFLSB, relator João Bernardo, do Supremo Tribunal de Justiça [Em linha]. (22.10.2009) [Consult. 21 janeiro 2016]. Disponível em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>.

*na dogmática da responsabilidade pré-contratual. Na perda de chance não se busca a indemnização pela perda do resultado querido, mas antes pela oportunidade perdida, como um direito em si mesmo.*¹⁶

No direito português, entre divergências doutrinárias e jurisprudenciais a teoria da perda de chance caminha, a lentos e hesitantes passos, apesar da ampliação dos casos práticos em que se convoca sua aplicação. Observamos que, a partir de 2014, houve uma evolução considerável no acolhimento de pretensões fundamentadas na teoria. O número de ações propostas com base na perda de uma chance ainda é tímido, isto se deve, muito provavelmente, aos poucos estudos doutrinários sobre o tema.

1.2 Importância da admissão.

A aceitação da tutela autónoma das chances caracteriza a evolução recente do instituto da responsabilidade civil, como decorrência da atribuição de um papel central à pessoa e aos valores conexos com a plena realização da mesma.¹⁷

A teoria da perda de uma chance propõe a indenização pela perda da possibilidade de obter um resultado favorável ou evitar um prejuízo ou resultado desfavorável.

A partir desta proposta, são diversos os contextos em que pode ser utilizada a teoria. Por exemplo, o caso em que uma pessoa perde a chance de reverter uma sentença desfavorável, através de um recurso de apelação, que não é interposto por negligência de seu advogado.

Nos moldes tradicionais da responsabilidade civil, o resultado desfavorável não pode ser indenizado, pois não há a certeza de que, se o recurso fosse interposto, o resultado seria favorável ao apelante. O recurso se encontraria em um processo aleatório, que poderia lhe ser favorável ou não. Portanto, não seria possível a indenização pelo resultado final nestes moldes.

É exatamente nestes casos, em que há uma chance real de se evitar um prejuízo ou de se obter uma vantagem, que atua a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Sendo real, séria, a chance perdida, esta deve ser indenizada, pois já fazia parte do patrimônio da vítima, cujo direito foi violado causando-lhe um prejuízo, que se consubstancia na perda da chance de apelar da sentença.

Observe-se que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem alargar a atuação do instituto da responsabilidade civil, possibilitando que cumpra, de forma mais abrangente, sua função de reparar o dano ou prejuízo sofrido, fazendo-se justiça.

¹⁶ACÓRDÃO: Processo nº462/10.8TBVFR, relator Salreta Pereira, do Supremo Tribunal de justiça [Em linha]. (09.12.2014) [Consult. 21 janeiro 2016]. Disponível em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>.

¹⁷ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra,2008, pag. 381.

Muitos danos injustos ficam impunes e sem reparação pela incerteza donexo causal entre a conduta e o resultado final danoso.

Como conceito jurídico de dano, podemos extrair o fornecido pela *European Group on Tort Law, Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, artigo 2:101*: “ O dano consiste numa lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido”.¹⁸

A teoria da perda de uma chance permite o deslocamento da indenização pelo dano final para a indenização pela perda da chance, que, conforme será objeto de nosso estudo, trata de um dano autônomo do prejuízo final.

Cada pessoa tem o direito de agir livremente, desde que este agir não lesione interesses ou cause danos a outrem. Ocorrendo a lesão, cabe dentro do Direito ao instituto da responsabilidade civil regular e prover a reparação deste dano.

A lei impõe a reparação dos prejuízos resultantes para o lesado do facto constitutivo da responsabilidade. Não se abrangem nessa obrigação todos os prejuízos verificados em seguida ao facto danoso – o que seria injusto -, mas apenas os que se mostrem por ele produzidos.¹⁹

Assim, havendo o nexo entre a conduta do lesante e a perda de uma chance de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo é plausível a reparação pelo dano da perda da chance.

Nem sempre é possível a certeza necessária para se atribuir um nexo causal entre a conduta do lesante e o dano final, por mais provável que seja, causando, assim, uma situação injusta. É nesta seara que atua a teoria da perda de uma chance.

A Teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem evoluir o dogma dos danos não patrimoniais ressarcíveis, como ocorreu no passado com a admissão da indenização por danos morais.

É justo atribuir um montante ao lesado por danos não patrimoniais, não obstante estes serem insusceptíveis de avaliação em dinheiro. Só o apelo às funções compensatórias e punitivas da responsabilidade civil permite prevenir a repetição da conduta e para punir o lesante.²⁰

¹⁸ GONZÁLEZ, José Alberto – Wrongful Birth Wrongful Life Conceito de dano em responsabilidade civil, Lisboa: Ed. Quid Juris, 2014, p.56.

¹⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES, 12ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 760.

²⁰ LOURENÇO, Paula Meira – A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p.18.

A admissão da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance permite, ainda, que o instituto da responsabilidade civil alcance a indenização de danos em um número significativo de contextos injustos.

A expansão dos prejuízos reparáveis é um dos principais vetores da evolução da reponsabilidade civil e, é natural que mais e mais espécies de prejuízos sejam paulatinamente reconhecidas.²¹

O novo padrão solidarista do direito modificou o eixo da disciplina da culpa para a reparação do dano, é evidente que vários danos que até então não eram indenizados por serem incertos, intangíveis ou com efeitos puramente emocionais passam a ser reparados.²²

Exemplo deste novo padrão é a responsabilidade objetiva, na qual não se perquire a culpa, mas sim o risco e o dano, denotando, assim, o movimento evolutivo da responsabilidade civil, tendente a alargar seu espectro de reparação e minimizando as dificuldades probatórias.

Quando adotado pela jurisprudência francesa, a teoria da perda de uma chance cumpriu o importante papel de permitir que a responsabilidade civil alcançasse situações, em que o interesse lesionado guardasse relação com eventos aleatórios.

Neste sentido, atrás da fachada do prejuízo esconde-se uma técnica decisória que favorece não apenas a vítima, mas a própria coesão do sistema de reparação.²³

A importância primordial da teoria da perda de uma chance é que visa superar as deficiências da responsabilidade civil, que tornam intangíveis as reparações em que a vantagem lesada se encontrava em um processo aleatório e por essa razão não permite um grau de certeza de que a conduta do lesante foi a causa de sua lesão. A partir da admissão da teoria, passa-se a considerar a chance perdida o objeto a ser reparado.

Neste sentido, e demonstrando a importância da admissão da teoria, faremos considerações acerca da responsabilidade civil do médico.

O direito à vida e a integridade física são a base de bens pessoais que devem ser de forma alargada protegidos juridicamente. São faces do direito de personalidade com assento na Constituição Federal, cuja proteção deve ser contínua e ampla, diante dos riscos inerentes à sociedade moderna.

²¹ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.17.

²² SILVA, Rafael Peteffi da – Op. Cit., p. 72.

²³ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.18.

Neste contexto, fazendo reflexão acerca da responsabilidade médica, observa-se que os casos postos ao crivo do judiciário em diversos países, geralmente, são improcedentes ante às dificuldades probatórias do dano final.

A Medicina, em geral, assim como a Advocacia, é obrigação de meio, de modo que nem sempre é possível precisar em que medida determinada conduta (omissiva ou comissiva) causou o dano.

Nestes casos, o recurso à teoria da perda de uma chance representa solução justa, não permitindo que o agente fique livre da obrigação de reparar, cuja conduta reprovável tolheu as chances da vítima.

Assim, também em Portugal assistiu-se, na última década, a um aumento do número de acções relativas à responsabilidade por danos derivados de erro médico, em particular no que concerne à prestação de assistência médica, embora “sem grande sucesso por dificuldade de prova.”²⁴

O exercício da medicina como sacerdócio está cada vez mais esquecido. Atualmente a atividade médica aproxima-se mais de uma atividade econômica que busca lucro, objetivo comum em uma sociedade de consumo, exigindo rapidez e superficialidade no atendimento, aumentando de sobremaneira os riscos de um erro médico.

Os avanços tecnológicos proporcionaram novas técnicas de diagnósticos e de tratamentos, exigindo dos profissionais da área de saúde um esforço maior de atualização e estudos. Por outro lado, inúmeros são os fatores que podem contribuir para a cura ou para a morte de um paciente. Fatores biológicos, farmacêuticos, diagnósticos e tratamentos, influenciam direta ou indiretamente para o sucesso, ou não, da cura.

Um caso de erro médico, quando posto a apreciação do Magistrado, coloca-o em um território de difícil compreensão, dado a complexidade técnica e científica que envolve a atividade médica, impondo barreiras ao emprego da disciplina jurídica ao caso concreto, principalmente o enquadramento dos pressupostos da responsabilidade civil.

O Juiz ultrapassa uma fronteira que o leva a um mundo estranho - com estrutura de raciocínio distinta – e necessita, por isso, do apoio de alguém especializado que lhe apresente a matéria objecto do seu julgamento de forma desconstruída e apta a receber o tratamento jurídico.²⁵

²⁴ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 32.

²⁵ Op. cit. pag. 293.

Esta primeira dificuldade acumula-se à dificuldade da comprovação donexo causal, entre o ato negligente do profissional e o resultado final. Assim, o regime jurídico atual revela-se incapaz de tutelar bens como a saúde e a vida em casos de erro médico.

É um sector de vasto campo em que a saúde e o carácter biológico do homem interferem com a responsabilidade, porque nele se incluem, entre outras, a responsabilidade de enfermeiros ou técnicos de saúde, ou mesmo a responsabilidade medicamentosa.²⁶

Como já dito, vários são os fatores que contribuem em conjunto com o erro médico, para o insucesso de um tratamento de cura, envolvendo o nexocausal em uma incerteza, a qual se revela suficiente para tornar um ato reprovável e lesivo em um ato não indenizável. É a *regra do tudo ou nada*, ou o lesado comprova que o dano é resultado direto da conduta negligente do médico, e assim tem direito à ampla indenização ou, não comprovando, não tem direito a qualquer indenização pelo resultado lesivo.

Assim, por mais reprovável que seja a conduta do profissional e, ainda, por mais provável que tenha sido esta conduta a causa do dano final, faz-se necessário uma certeza, quase nunca alcançada na seara do erro médico, para que seja imposta a obrigação de indenizar.

Tal contexto revela-se injusto, contrariando o objetivo do instituto da responsabilidade civil, colocando o regime jurídico vigente como incapaz de tutelar o paciente lesado, traindo os valores de justiça que o legislador procurou atingir, não alcançando situações em que o dano final esteja inserido em um processo aleatório e o nexocausal esteja imerso na incerteza.

Nascida do labor jurisprudencial e desenvolvida com o contributo doutrinal, o domínio da responsabilidade civil é um dos que manifesta de forma mais clara a evolução *alegislativa*.²⁷

Neste sentido, a aplicação da teoria da perda de uma chance para o âmbito da responsabilidade civil do médico proporcionará a garantia efetiva da tutela ao paciente lesado, suplantando as dificuldades probatórias supra aludidas.

Embora em alguns casos não seja possível a certeza do nexocausal entre a conduta negligente do médico e o dano final, ainda assim é possível se aferir a chance ou possibilidade de cura ou de se evitar o resultado indesejável que foi destruída pela aludida conduta.

Perante o caso concreto, pode-se apreciar as chances de cura ou de sobrevivência do enfermo à data do facto praticado pelo médico. Dispondo dessa informação, *quid iuris* se se

²⁶ FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Lisboa: Ed. Almedina, 2011, p. 114.

²⁷ PEDRO, Rute Teixeira – *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 197.

conclui que o comportamento negligente do médico fez o doente perder as maiores possibilidades de sobrevivência.²⁸

Reside nesta perda o dano indenizável a ser alcançado. Não há maiores dificuldades na comprovação do nexos causal entre a conduta negligente e a perda da chance. A incerteza que antes orbitava o nexos causal, agora com a aplicação da teoria, revela-se de fácil dissolução uma vez que deve ser aferida a certeza do dano certo e real, o dano da perda da chance de cura.

Há um deslocamento do dano final, cujo nexos causal é incerto, para outro dano certo e de nexos comprovável, a perda da chance de cura ou de sobrevivência, um dano autônomo, distinto do dano final.

A título de exemplo, no caso de um paciente que deixa de submeter-se a um tratamento, tempestivamente, com razoáveis chances de cura, em razão de um erro de diagnóstico e acaba morrendo em virtude da enfermidade, não se consegue demonstrar com a certeza necessária que havendo o diagnóstico correto e o tratamento adequado, o paciente teria sobrevivido. O paciente estava submetido a um processo aleatório que não permite o estabelecimento certo do nexos causal entre a conduta médica e o dano final, no caso a morte do paciente.

Porém, não há dificuldades em observar a certeza do nexos entre a conduta médica e a perda da chance de cura, o que contribuiu para o resultado final. A perda da chance de cura é exatamente o dano que certamente pode ser atribuído à conduta do médico, superando-se, assim, a regra do tudo ou nada.

Consegue-se, assim, adaptar a solução jurídica à variedade fática e evita-se dois excessos a que a aplicação do regime da responsabilidade civil conduziria: a improcedência sistemática das ações de responsabilização ou uma proteção excessiva do doente.²⁹

Ora, através da identificação de um dano outro, diferente, consegue-se fazer funcionar todos os pressupostos da responsabilidade civil – nomeadamente o nexos causal e opera-se a distinção indispensável entre as operações de apreciação da causalidade e de mensuração dos danos, que, em regra aparecem confundidas.³⁰

É inegável que a admissão da teoria da perda de uma chance permite que, em situações como a do contexto de erro médico, a responsabilidade civil alcance à sua finalidade primordial da efetiva indenização pelo procedimento lesante do médico.

Outro benefício da admissão da teoria da perda de uma chance, nos casos envolvendo a responsabilidade do médico, está na inversão de parte da incerteza para a esfera do médico, a

²⁸ Op. cit. pag. 288.

²⁹ Op. cit. pag. 444.

³⁰ Op. cit. pag. 289.

quem caberá o ônus de demonstrar o encadeamento causal, de forma a se libertar da responsabilidade indenizatória.

Neste sentido, Rute Teixeira Pedro³¹ assevera que ao doente cabe demonstrar a existência de chances e dos danos que sofreu. Ao médico recai o encargo de demonstrar o efectivo encadeamento causal, de forma a excluir a relevância das chances em consequência de seu ato.

A incerteza referente a um fato ou o encadeamento de fatos, não necessita que seja óbice a uma reparação ao lesado. A teoria da perda de uma chance permite, quando existente a incerteza do nexos causal com o dano final, a solução reparatória justa e compatível com o sistema jurídico através da perda da chance. A incerteza não pode ser em relação as chances, que devem ser certas.

A ordem jurídica não pode se valer da incerteza para não permitir a indenização de condutas reprováveis e que causam lesão. A perda de chances é um conceito forjado pela jurisprudência para deslindar as dificuldades trazidas pela intromissão da incerteza no seio da responsabilidade civil.

*A expansão dos prejuízos reparáveis é um dos principais vetores de evolução da responsabilidade civil e é natural que mais e mais espécies de prejuízos sejam paulatinamente reconhecidos.*³² O acolhimento da perda de uma chance como dano, vem possibilitar o alargamento da eficácia da responsabilidade civil, abarcando a possibilidade de reparação em casos, cuja a conduta do réu provoque o desaparecimento das chances de concretização de um resultado favorável à vítima. Situações como a da responsabilidade civil do médico, quase sempre resultam em improcedência, diante da álea inerente ao processo fático que envolve esse tipo de questão.

O mesmo se pode dizer nos casos de negligência do advogado que acarreta a perda de um prazo para a interposição de um recurso. São situações corriqueiras na sociedade e para as quais os moldes tradicionais da regra do tudo ou nada, afastam as possibilidades de reparação, limitando a atuação do instituto da responsabilidade civil.

A teoria da perda de uma chance se revela solução ideal para situações como as supra aduzidas, permitindo o alcance da reparação pela ordem jurídica.

³¹ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 453.

³² CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.17.

1.3 Pressupostos da Responsabilidade civil.

Não se pode falar em pressuposto para aplicação da teoria da perda de uma chance sem que estejam presentes os pressupostos da responsabilidade civil. Neste sentido, cabe fazer considerações acerca dos pressupostos reconhecidos no Direito Civil.

O Código Civil português reconhece duas formas de responsabilidade civil, colocando-as em locais distintos. São elas a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

Portanto, na rubrica da responsabilidade civil cabe tanto a responsabilidade proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou de lei (responsabilidade contratual), como resultante de violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, embora lícitos causem prejuízos a outrem (responsabilidade extracontratual).³³

Nosso âmbito de trabalho é a responsabilidade civil extracontratual e, neste sentido, cabe, ainda, observar que o Código Civil estabelece duas formas desta responsabilidade, a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por atos ilícitos.

Trataremos da responsabilidade por atos ilícitos no qual se situa a teoria da perda de uma chance, objeto de nosso estudo.

O artigo 483³⁴ do Código Civil exige a verificação de pressupostos para que haja a obrigação de indenizar.

A doutrina diverge no tocante ao número de pressupostos, conforme leciona Eduardo dos Santos Júnior nos seguintes moldes:

Segundo orientação clássica (Antunes Varela, Almeida Costa, Galvão Telles, Menezes Leitão), haveria cinco pressupostos: o facto voluntário do lesante, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Numa orientação sintética, o Professor Pessoa Jorge, em obra justamente dedicada aos pressupostos da responsabilidade civil, considera dois pressupostos, o acto ilícito e o prejuízo reparável, ou em rigor, três, já que haveria que acrescentar a ausência de isenção da responsabilidade no acto ilícito, (...)O Professor Menezes de Cordeiro, ainda que defenda, também hoje, o rigor dessa posição (que primeiro expusera em 1980) optou, agora, por ordenar a matéria de acordo com os pressupostos indicados pela doutrina clássica.³⁵

Ordenaremos a matéria no sentido da necessidade de existência dos cinco pressupostos para que haja a obrigação de indenizar. A nossa escolha é por questão pragmática, uma vez que essa orientação abarca uma quantidade maior de pressupostos, enriquecendo nosso

³³ VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 519.

³⁴ O art. 483º 1 - do Código Civil prescreve que :Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesse alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

³⁵ JÚNIOR, Eduardo dos Santos – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I, 3ª ed. Lisboa: Ed. Aafdl, 2014, p. 290.

estudo das questões envolvendo a dogmática da responsabilidade civil, não correspondendo a uma defesa do cabimento de todos os pressupostos.

O primeiro pressuposto exige que o agente (um humano) lesante tenha agido voluntariamente, ou seja, que o agente tenha controle sobre o seu comportamento que causou a lesão. Exige-se, portanto, que haja um ato voluntário do agente lesante, pois se o ato é involuntário não há de se falar em indenização. Assim, *se uma pessoa, apanhada no meio de um ciclone, for projectada contra outra e ferir, não cabe certamente fazer um juízo de ilicitude ou culpa sobre a pessoa projectada: ela não assumiu um comportamento, ela não agiu voluntariamente.*³⁶

A omissão é, também, causa do dano, sempre que haja o dever jurídico especial de praticar um acto que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano.³⁷

Nos moldes do art. 483º do código civil, independentemente dos outros requisitos legais, o agente que causar dano com sua omissão, quando tinha a obrigação de não se omitir por força de lei ou de contrato, tem a obrigação de indenizar.

Assim o professor que permite que o aluno sofra um dano sem socorrê-lo, podendo evitar esse dano, responde pela omissão de forma a fazer surgir a obrigação de indenizar. Neste sentido, preconiza o art. 486º³⁸ do Código Civil.

Quando se alude a fato voluntário não se pretende restringir este, ou àqueles, cujos resultados sejam queridos. Assim, cabe responsabilidade civil dos atos cometidos por distração. O que se exige é que o ato seja voluntário, sobre o qual o agente tenha controle sobre o comportamento, embora a representação mental esteja negligenciada.

Para que haja a responsabilidade é necessário que o agente tenha capacidade de entender a ação nos termos do art. 488º³⁹ do Código Civil.

O segundo pressuposto para a responsabilização civil é a ilicitude, que consiste no juízo de desvalor sobre a conduta do lesante. O desvalor é sempre sobre a conduta e não sobre o resultado dela.

Para ilustrar tal contexto citamos exemplo de Eduardo dos Santos Junior⁴⁰:

³⁶ JÚNIOR, Eduardo dos Santos – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I, 3ª ed. Lisboa: Ed. Aafdl, 2014, p. 291.

³⁷ VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 528.

³⁸ O art. 486º do Código Civil – As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido.

³⁹ O art. 488 do Código Civil – Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório.

⁴⁰ JÚNIOR, Eduardo dos Santos – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I, 3ª ed. Lisboa: Ed. Aafdl, 2014, p. 293.

(...) se Abel, sem está em legítima defesa, atira a matar sobre bento, mas falha a pontaria e não o atinge, nem por isso deixou de praticar um acto ilícito, ainda que civilmente não seja responsável, por não haver causado dano.

O código civil, em seu artigo 483º preconiza o conceito de ilicitude em duas vertentes, como violação de um direito de outrem e como violação da lei destinada a proteger interesses alheios. No tocante a ilicitude por violação a um direito de outrem, abrange os direitos subjetivos sobre as coisas, direitos de personalidade, direitos familiares e sobre a propriedade intelectual. Esses são casos mais nítidos de ilicitude. Assim, quando a inobservância de um dever jurídico é o contraponto da violação de um direito subjetivo, estamos perante a primeira modalidade de ilicitude prevista no artigo 483º do Código Civil.

A segunda modalidade de ilicitude trata-se da violação à disposição legal destinada a proteger interesses alheios. Há leis que, embora protejam interesses particulares, não conferem aos respectivos titulares um direito subjetivo.⁴¹ Trata-se de leis que apesar de proteger interesses, não deixa essa tutela livre e disponível para as pessoas cujo interesse protege. Apesar de proteger interesses particulares, essa proteção é de ordem pública, porque sua violação não afeta apenas a pessoa lesada, mas interesses coletivos.

Um exemplo clássico é a violação de regras de trânsito, neste contexto um automobilista que viola uma regra de trânsito, criando um risco vedado pela lei, não cria um direito subjetivo a ser tutelado, porém seu ato é ilícito, portanto, sua violação quando cause danos a um dos utilizadores pode legitimar um pedido de indenização. Trata-se de danos patrimoniais, que ocorrem sem violação de direito subjetivo.

Segundo João de Matos Antunes Varela⁴², para que este tipo de ilicitude acarrete o dever de indenizar, faz-se necessário a presença dos requisitos de que a lesão dos interesses corresponda a violação de uma norma legal, que esses interesses tutelados estejam nos fins da norma violada e o dano se tenha registrado no círculo de interesse privados que a lei visa tutelar.

Um exemplo de indenização a violação de interesses alheios seria o caso de uma violação à lei do consumidor em que haja dano a integridade do lesado. Esta norma defende interesse da coletividade, mas também interesses individuais criando ao lesado o direito subjetivo de requerer uma indenização.

A ilicitude não significa, necessariamente, a violação de um direito de outrem, pois esta pode ser apenas uma das formas daquela.

⁴¹ VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 536.

⁴² VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 539.

Tratamos do abuso de direito, uma forma de comportamento antijurídico, consistente no exercício, disfuncional, de um direito. Quando o agente exercita um direito de forma disfuncional, ou seja, extrapolando os limites impostos pela boa-fé, pelos costumes, pelos fins econômicos e sociais, independentemente de sua consciência desta disfuncionalidade, o agente responde pelos prejuízos causados a outrem.

O abuso de direito, de forma singular, ocorre não pela falta de direito, mas pela utilização deste direito fora de situações em que a lei permite seu exercício. É, portanto, uma ilicitude apta a resultar no direito de indenização do lesado.

O terceiro pressuposto para que haja a responsabilidade civil é a culpa. Não se faz suficiente a imputação de uma conduta voluntária imputável ao agente para que se possa falar em indenização. É necessário que o agente tenha agido com culpa. Trata-se de responsabilidade subjetiva, pela qual não há responsabilidade sem culpa.

A culpa reflete o juízo de reprovabilidade pessoal da conduta, em outras palavras é o juízo de reprovabilidade do nexo entre o fato e a vontade do agente.

A mera circunstância de a conduta na sua materialidade ou subjectividade se mostrar contrária ao Direito, não coloca o sujeito em situação de responsabilidade, se não se puder dizer que ele devia ter procedido por outra forma.⁴³

Preconizada no art. 483º do código civil, a culpa comporta duas formas: o dolo e a negligência, ou, como denominada neste artigo, mera culpa.

Há o dolo quando o agente querendo ou aceitando o resultado danoso, conduz-se no sentido de realizar este intento. É a modalidade de culpa que merece a maior reprovação, uma vez que o agente tem a intenção de produzir o dano. Outras vezes, o agente não tem a intenção de produzir o resultado ilícito, pois o fim que prossegue é outro, mas sabe que sua conduta produzirá o resultado danoso, então o aceita.

De maneira diferente, na mera culpa o agente não deseja o resultado danoso, mas atua omitindo os deveres de cuidados e de diligência, causando o evento danoso. Nesta modalidade de culpa o agente não prevê o resultado ou prevendo não o aceita, estando convicto de que não ocorrerá. O ato ilícito lhe é imputado por que deveria ter se conduzido de forma a evita-lo, usando o cuidado e a diligência necessária.

A apreciação da culpa pode adotar dois padrões: o comportamento habitual do agente (princípio da apreciação em concreto) ou o comportamento do homem médio (princípio da apreciação em abstrato).

⁴³ TELLES, Inocêncio Galvão – Direito das Obrigações, 7ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014, p. 346.

O código civil adotou a apreciação em abstrato. É o que se denota pelo artigo 487º, nº 2⁴⁴ do código civil.

O termo pai de família, utilizado pelo código civil como modelo de homem médio vem da locução romana “*bônus pater familias*”. Com esta maneira de dizer quer-se visar o homem de diligência normal, encarado não apenas no âmbito das relações familiares, mas nos vários campos de actuação.⁴⁵

Assim, o código civil adotou o conceito da apreciação da culpa em abstrato, adotando, o critério do modelo do homem de diligência normal para se aferir a culpa do agente lesante. Além da apreciação da culpa, segundo o modelo abstrato, deve-se ainda atender as circunstâncias de cada caso. É o que se extrai do art. 487, nº 2 do código civil.

Estas circunstâncias abrangem as pessoais e as circunstâncias da conduta do agente. Significa que se deve ter em conta, entre outras circunstâncias do caso, também as aptidões do agente, considerando o meio social, profissional ou cultural em que se situa, além das circunstâncias em que se verificou a conduta do agente.⁴⁶

A doutrina, tradicionalmente, gradua a culpa em grave, leve e levíssima.

Neste sentido, Eduardo dos Santos Junior⁴⁷ afirma que a culpa é graduada nos padrões de culpa grave, culpa leve e culpa levíssima. A culpa grave é a culpa grosseira, cometida por uma pessoa excepcionalmente negligente. Já a culpa leve é a que não incorreria um homem médio, um “*bônus pater familias*”. Já a culpa levíssima é aquela que apenas uma pessoa excepcionalmente diligente não incorreria.

Assim, diante de tais considerações é forçoso concluir que havendo culpa levíssima, nos termos do art. 487, nº 2 do código civil, não há obrigação de indenizar, uma vez que esta graduação de culpa só ocorreria em uma pessoa excepcionalmente diligente, acima dos padrões da diligência de um bom pai de família.

Seguindo os pressupostos da responsabilidade civil, chegamos ao nexo de causalidade entre a conduta voluntária do agente lesante e o dano.

O nexo de causalidade é o pressuposto mais sensível e o mais difícil de ser determinado.

Como definição, utilizaremos a elaborada por Artur Thompsen Carpes⁴⁸, para quem o nexo de causalidade é a relação entre dois eventos: um antecedente (causa) e outro posterior

⁴⁴ Art. 487º, nº 2 – A culpa é apreciada, na falta de outro critério, pela diligência de um pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

⁴⁵ JÚNIOR, Eduardo dos Santos – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I, 3ª ed. Lisboa: Ed. Aafdl, 2014, p. 327.

⁴⁶ Op. cit. p. 327.

⁴⁷ Op. cit. p. 328.

⁴⁸ CARPES, Artur Thompsen – APROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL, São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2016, p.29.

(efeito), ou seja, o nexa é o liame obrigatório entre o fato e o dano. Assim, para que haja obrigação de indenizar é necessário que a conduta voluntária do agente lesante tenha sido a causa do dano. A análise do pressuposto do nexa de causalidade limita a obrigação de indenizar apenas a quem causou o dano.

O último pressuposto é a existência do dano, a razão de ser da responsabilidade civil.

Qualquer que seja a modalidade de responsabilidade civil, o dano é o pressuposto comum. É necessário um prejuízo para que haja a obrigação de indenização. Há responsabilidade civil sem culpa no caso da responsabilidade objetiva, também há responsabilidade civil sem ato ilícito, nos casos de responsabilidade pelo sacrifício, porém sempre tem que haver o dano para que haja a responsabilidade civil.

Como refere João de Matos Antunes Varela⁴⁹, o dano é a perda in natura que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar.

Como matéria que contribuirá para a absorção da ideia de indenização pela perda de uma chance, merece destaque os argumentos levantados por quem defendia a irreparabilidade dos danos não patrimoniais. Argumentou-se a natureza irreparável dos danos não patrimoniais, em especial o dano moral. Chegou-se mesmo ao ponto de afirmar que só numa concepção grosseiramente materialista da vida poder-se-ia admitir a ideia de ressarcir com dinheiro os danos de carácter não patrimonial. Repugna permitir ao pai exigir dinheiro pela morte do filho.

Embora o dinheiro e as dores morais ou físicas sejam, de facto, grandezas heterogêneas, a prestação pecuniária a cargo do lesante, além de contribuir para atenuar, minorar e de algum modo compensar os danos sofridos pelo lesado.⁵⁰

Não se pode admitir a solução de nenhuma indenização sob o pretexto da dificuldade em atribuir um valor ao dano extrapatrimonial de forma discricionária, pois a atribuição de um valor a título de compensação ou reparação é mais justa do que não indenizar.

Os danos patrimoniais, seguindo uma origem romana, classifica-se em danos emergentes e lucros cessantes.

Acerca da definição destes danos, escreve Inocêncio Galvão Telles⁵¹ que os danos emergentes são os que desvalorizam o património e os lucros cessantes correspondem a uma não valorização do património.

⁴⁹ VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 598.

⁵⁰ Op. cit. p. 603.

⁵¹ TELLES, Inocêncio Galvão – **Direito das Obrigações**, 7ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014, p. 377.

Ilustrando através de exemplos, o dano emergente se apresenta no caso em que ocorre danos em um veículo em razão de colisão em acidente de trânsito. Já o dano do lucro cessante seria a falta da utilização do veículo de um taxista em razão de uma colisão, também em um acidente de trânsito. No segundo caso o dano está na impossibilidade de valorizar o patrimônio em razão da impossibilidade de utilizar o veículo para auferir renda.

Outra classificação de dano é a de danos presentes e danos futuros. O primeiro se trata de danos verificados no momento da fixação da indenização e o segundo de danos que previsíveis que ocorrerão depois.

O código civil prevê a fixação de indenização pelos danos futuros no art. 564º, nº 2⁵², que deverá ser determinada em valor a ser liquidado.

Um exemplo de dano futuro seria a situação em que a vítima sofre uma lesão que afeta a capacidade motora e, portanto, também sua capacidade laborativa, porém só com um lapso temporal futuro será possível aferir o grau de incapacidade, a qual depende da eficácia de tratamento médico.

Bem, assim explanado acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, resta ainda ressaltar que o nexo causal é o pressuposto que maiores indagações e dúvidas são geradas, quando o assunto é a perda de uma chance, merecendo, portanto, uma maior atenção no estudo da matéria, razão pela qual passamos em seguida a tratar de suas teorias.

2.0 CAUSALIDADE.

2.1 Teorias.

O nexo de causalidade é o pressuposto para a responsabilidade civil mais problemático e mais difícil de ser comprovado. A dificuldade pode residir na prova do nexo causal, na existência de concorrência de outras causas para o dano.

Constitui um fenômeno cuja prova exige um peculiar esforço de interpretação.

Tal fato se torna mais evidente em casos envolvendo uma relação muito técnica, como a responsabilidade civil por ato médico.

A obrigatoriedade da comprovação do liame entre o fato e o dano exige uma certeza que nem sempre é possível ser demonstrada com tal precisão. Nem sempre é possível se estabelecer uma dependência inequívoca entre a conduta e o resultado danoso, sendo neste

⁵² Art. 564, nº 2 do Código Civil – Na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior.

contexto que surge a possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance ampliar o âmbito de atuação do instituto da responsabilidade civil.

Logo se percebe a importância do nexo causal para a aplicação desta teoria.

A compreensão a respeito da natureza da causalidade envolve o desenvolvimento de um processo de fatos que, baseado em determinadas premissas não exatamente fáticas, mas lógicas e eventualmente jurídicas, torna a investigação do fenômeno da causalidade atividade de importante grau de complexidade.⁵³

O clássico é que a causalidade se divide entre duas teorias, a teoria da equivalência de condições e teoria da causalidade adequada, no entanto, abordaremos neste estudo uma terceira, a teoria da causa próxima.

2.1.1 Teoria da equivalência das condições.

Também chama de *conditio sine qua non* é fruto de conceitos filosóficos de Stuart Mill e adaptada para o contexto jurídico pelo magistrado alemão Von Buri.

Segundo esta teoria, a causa de um acontecimento é cada uma das condições que concorreram para sua produção.

Acerca desta teoria Daniel Amaral Carnaúba assevera que o ponto de partida desta concepção é que não haveria qualquer critério válido para definir, entre os antecedentes necessários de um prejuízo, qual mereceria o epíteto de causa jurídica. Disso conclui-se que todo antecedente necessário à realização de um prejuízo, ou seja, todo fato sem o qual esse prejuízo não ocorreria, deve ser considerado uma causa jurídica deste.⁵⁴

Segundo esta teoria, cada condição é essencial para a produção do resultado criando situações em que vários fatos concorrem para o resultado conduzindo a conclusões absurdas. Independentemente como se apresentam a condição em relação ao resultado, se mais distante ou perto, todas as condições possuem a mesma importância para o resultado.

Reside neste contexto o principal motivo da rejeição desta teoria pela doutrina civil, não há distinção entre as condições para a produção do evento danoso, produzindo conclusões absurdas.

Citamos exemplo descrito por Inocêncio Galvão Telles⁵⁵ nos seguintes termos:

“Um comerciante vende a um lavrador um boi doente; o animal vendido contagia os outros bois do comprador, que morrem; privado desses elementos de trabalho, o

⁵³ CARPES, Artur Thompsen – APROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL, São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2016, p.30.

⁵⁴ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.57.

⁵⁵ TELLES, Inocêncio Galvão – Direito das Obrigações, 7ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014, p. 399.

lavrador fica impedido de cultivar as suas terras, carecido dos rendimentos que estes poderiam produzir, não paga aos seus credores e vê penhorados os seus bens, que são vendidos ao desbarato; (...) ao ver-se arruinado o comprador pôs termo à vida.

A conclusão, seguindo os ditames da teoria da equivalência das condições, seria que o responsável pela morte do comprador, bem como de todos os outros prejuízos, foi o comerciante que vendeu o animal contaminado.

A aceitação desta teoria permitiria a responsabilização solidária de todos os participantes na inteira cadeia de causação de determinado dano, independentemente do grau de sua participação na produção do evento danoso.

A doutrina francesa assevera que a possibilidade de se efetuar a análise retrospectiva de todas as causas pode levar ao que alguns autores chamaram de “causalidade do universo”.⁵⁶

A teoria da equivalência das condições é fruto da transposição de conceitos filosóficos e naturalistas para o âmbito jurídico. O nexa causal não pode ser concebido, exclusivamente de acordo com a relação naturalística de causa e efeito. Além deste, ele é também um elo jurídico, normativo.

As condições são caminhos mentais e de raciocínio lógico a serem seguidos pelo julgador, sempre existindo espaço para a sua criatividade, atenta à probabilidade, razoabilidade e bom-senso.

Para afastar as conclusões absurdas, alguns doutrinadores inserem a ideia da culpa, segundo os quais a culpa seria o limite à responsabilidade pelo resultado. Segundo esta ideia, o agente responderia apenas pelos resultados de que teve culpa. Uma das impossibilidades da aceitação desta tese reside no fato de que existe situações de responsabilidade civil sem culpa. Em segundo lugar, a obrigação de indemnização, desde que haja culpa no referido evento, pode compreender prejuízos a que a culpa não se estenda.

Quando a responsabilidade nasce da prática de um facto ilícito, não é justo limitar a indemnização aos danos cobertos pela culpa do agente. Se culposamente injuriou ou caluniou alguém, por exemplo, é justo que responda por todos os prejuízos que a injúria e a calúnia provocou mesmo que não pudesse prever alguns deles.⁵⁷

Resta, portanto, evidente que limitar as condições apenas aquelas que a culpa abrange os danos representaria uma limitação ao alcance da responsabilidade civil que acarretaria conclusões igualmente injustas.

Afastada a ideia da intervenção da culpa, a solução parece estar na causalidade.

⁵⁶ SILVA, Rafael Peteffi da – Responsabilidade civil pela perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 23.

⁵⁷ VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 885.

A ideia seria adotar o conceito de causa juridicamente relevante, com características determinadas. Neste sentido surge as teorias da causa próxima e da causa adequada as quais passamos a expor.

2.1.2 Teoria da causa próxima.

Como o nome sugere o nome, esta teoria considera como causa do dano a mais próxima no conjunto de condições.

Nesta teoria, faz-se necessário distinguir danos diretos de danos indiretos, pois só os primeiros são indenizáveis. Esta teoria é bastante invocada nos Estados Unidos (*Proximate Cause*).

Também na França ela encontra apoio no artigo 1151 do Código Civil, o qual apenas autoriza a indemnização do que constitui consequência imediata e directa da inexecução da convenção.⁵⁸

Não se revela eficaz para muitos casos, por deixar de considerar responsável pela indemnização o agente, quando entre sua conduta e o dano se interponham outros fatos, embora o primeiro fato tenha sido a causa do dano.

Na prática, a teoria da causa próxima não é aplicada na sua pureza, mesmo pelos que declaram perfilha-la. Para iludir a sua imperfeição, recorre-se efectivamente, a outros critérios que representam o seu formal desmentido.⁵⁹

2.1.3 Teoria da causa adequada.

A teoria da causa adequada preconiza que entre as condições, a causa do dano é aquela que a partir de uma reflexão abstrata é o fato com maior probabilidade de produzir o resultado.

O pensamento fundamental da doutrina da causalidade adequada encerrar-se-á na seguinte tese: “uma condição [*sine qua non*] só deve ser tida como causa do dano se, segundo a sua natureza, se revelar apropriada para o provocar”.⁶⁰

Há um raciocínio com base na experiência comum e, dentro de um juízo de probabilidade entre as diversas condições de forma a concluir, que uma delas é a mais adequada a produzir o dano.

⁵⁸ TELLES, Inocêncio Galvão – Direito das Obrigações, 7ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014, p. 403.

⁵⁹ TELLES, Inocêncio Galvão – Direito das Obrigações, 7ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014, p. 404.

⁶⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – Estudos Sobre o Não Cumprimento das Obrigações, 2ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2009, p. 98.

O julgador há que escolher, entre os antecedentes históricos do dano, aquele que, segundo o curso normal das coisas, se pode considerar apto para o produzir, afastando aqueles que só por virtude de circunstâncias extraordinárias o possam ter determinado.⁶¹

A grande inovação introduzida pela teoria da causalidade adequada refere que as causas, além de necessárias, devem estar revestidas de um critério de adequação.⁶²

O critério da adequação não deve ser visto pelo prisma da qualidade da conduta, mas sim pelos fatos da causa e do efeito. Assim o fato pode ser causa de um dano quando pelo juízo de probabilidade e experiência comum seja apto, lógico e provável a produzir o resultado danoso.

Tomando como exemplo situação citada por Antunes Varela:

Um motorista de taxi contratado para transportar o cliente, a certa hora, à estação do caminho de ferro, falta ao cumprimento da obrigação; por virtude disso, este é forçado a tomar um outro comboio, que descarrila, provocando o descarrilamento a morte do passageiro.⁶³

Na situação descrita neste exemplo, a conduta do motorista não pode ser considerada causa da morte do passageiro, por não ser causa adequada para produzir a morte do passageiro por descarrilamento de um trem, pois não é consequência normal para a ocorrência de um dano como tal. No mesmo sentido, em uma situação de acidente de trânsito, não seria condição normal para o dano a produção do veículo, requer-se, portanto, o uso do bom senso, da experiência comum e da probabilidade para a eleição da causa adequada.

A previsibilidade do agente a respeito do dano que sua conduta poderá causar não possui qualquer relevância para a aferição do nexos de causalidade. O juízo de prognose prévia poderá ser relevante para a aferição da culpa, porém jamais para a constatação do nexos causal.⁶⁴

A teoria da causalidade adequada diferencia-se da teoria da causa próxima por não considerar a questão temporal para a escolha da causa adequada, mas sim considerar a condição que teve a melhor oportunidade para a produção do dano.

A teoria da causa adequada apresenta pontos em comuns com a teoria da equivalência das condições.

Note-se que as duas partem de um postulado idêntico: somente os antecedentes necessários podem ser considerados causas jurídicas de um prejuízo. A teoria da equivalência

⁶¹ VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 889.

⁶² SILVA, Rafael Peteffi da – Responsabilidade civil pela perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 23.

⁶³ VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 883.

⁶⁴ CARPES, Artur Thompsen – APROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL, São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2016, p.41.

de condições os tem pura e simplesmente como causas jurídicas, enquanto a teoria da causalidade adequada empreende uma seleção entre esses antecedentes.⁶⁵

A teoria da causalidade adequada restringe a teoria da equivalência de condições, o que leva à conclusão de que causa eleita adequada é invariavelmente uma causa necessária. Conclui-se que a teoria da causalidade adequada é a evolução da teoria da equivalência de condições.

Segundo esta teoria, não basta que a condição seja necessária para o dano, mas há de ser, também, a mais adequada e provável para a produção do dano, segundo a experiência comum e critérios lógicos. Portanto, é forçoso concluir que a relação de necessidade das condições é elemento mínimo e fundamental para a constatação da causa adequada.

Mesmo a Corte de Cassação francesa, que se esquiva o tanto quanto possível dos postulados teóricos sobre a causalidade, em diversas oportunidades declarou que não há liame causal entre o prejuízo sofrido pelo demandante e o fato imputável ao réu se esse não é necessário a aquele.⁶⁶

A teoria da causalidade adequada apresenta diversas formulações (como as de Von Kries, Rumelin, Enneccerus-lehmann, Traeger). Segundo uma formulação que nos parece coadunar-se com o sentido correntemente adoptado na doutrina portuguesa (Galvão Telles, Antunes Varela, Almeida Costa, Pessoa Jorge), deve-se considerar-se causa do dano a condição que, além de ter de facto produzido o dano, se deva considerar que, em condições normais, segundo as regras de experiência previsivelmente produziria o dano.⁶⁷

Esta teoria parece ser a que se adequa a legislação vigente. É o que se extrai do art. 536º acerca do nexó causal nos seguintes termos: “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”

A partir deste artigo observa-se que não são indenizáveis todos os danos de que a conduta seja a condição, mas apenas o que *provavelmente* não teria sofrido se não fosse a lesão. Há, visivelmente, o elemento limitador da probabilidade, constante na teoria da causalidade adequada.

Neste sentido, também é o entendimento de Galvão Telles⁶⁸, para quem a lei reconduz a questão da causalidade a uma questão de probabilidade, o que significa aderir à tese da causa adequada, pois essa tese tem esse significado.

⁶⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.59.

⁶⁶ Op. cit. pag. 61.

⁶⁷ JÚNIOR, Eduardo dos Santos – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I, 3ª ed. Lisboa: Ed. Aafdl, 2014, p. 348.

⁶⁸ TELLES, Inocêncio Galvão – Direito das Obrigações, 7ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014, p. 409.

A doutrina dominante é assente no entendimento de que o Código Civil português adotou a teoria da causalidade adequada, inclusive a jurisprudência do STJ é neste sentido:

O nexo de causalidade é um pressuposto da responsabilidade civil que consiste na interação causa/efeito, de ligação positiva entre a lesão e o dano, através da previsibilidade deste em face daquele, a ponto de poder afirmar-se que o lesado não teria sofrido tal dano se não fosse a lesão (art. 563º do Código Civil).

(...)

À luz desta teoria, não serão ressarcíveis todos e quaisquer danos que sobrevenham ao facto causador do resultado danoso, mas tão só os que ele tenha realmente ocasionado, ou seja, aqueles cuja ocorrência com ele esteja numa relação de adequação causal.

Por outras palavras, dir-se-á que o juízo de adequação causal tem que assentar numa relação intrínseca entre o facto e o dano, de modo que este decorra como consequência normal e típica daquele, ou seja, que corresponda a uma decorrência adequada do mesmo.⁶⁹

A teoria da causalidade adequada não passa imune a críticas. Segundo Artur Thompsen Carpes a teoria seria carente de elementos que outorgassem maior objetividade e segurança a sua aplicação⁷⁰. Isto porque sua base se fundamenta em solução de natureza subjetiva que, atendendo à interpretação e eleição da causa pelo julgador, pode criar soluções arbitrárias.

2.2 O Problema da causalidade no âmbito da perda de uma chance.

Várias são as hipóteses de aplicação da teoria da perda de uma chance, trabalharemos a situação do advogado que não interpõe o recurso tempestivamente, retirando as chances e ganho do seu cliente.

A principal dificuldade para que haja a obrigação do advogado em indenizar o cliente está resumido no seguinte questionamento: Qual o efetivo dano ao cliente que decorreu da conduta do advogado?

A pergunta leva à dois problemas, um causal, consubstanciado no liame entre a conduta e o dano e outro problema no próprio dano.

Trataremos, neste momento, a questão da causalidade, e, neste sentido, está a impossibilidade de demonstrar a associação necessária entre a desídia do defensor e a perda da causa. Isto porque o resultado final da causa estava submetido a um processo aleatório que poderia desaguar em qualquer resultado, favorável ou não ao cliente. O resultado do processo é um evento futuro, que só teria um hipotético resultado positivo se o recurso houvesse sido interposto no prazo correto.

⁶⁹ REVISTA: Processo nº 6669/11.3TBVNG.S1, 1ª Secção, relator Des. Gabriel Catarino, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (07.03.2017) [Consult. 04 maio 2017].Disponível em <http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia-42213/basedados>.

⁷⁰ CARPES, Artur Thompsen – APROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL, São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2016, p.42.

Este grau de incerteza é a medida da probabilidade da ocorrência de um determinado resultado. Assim, se no caso concreto, o tipo de recurso que não foi interposto é geralmente procedente, em uma probabilidade superior a 50%, há um grau menor de incerteza de que o ato do advogado foi a causa do prejuízo do cliente.

Tomando como exemplo um caso de responsabilidade médica, suponhamos que por erro no diagnóstico médico, um paciente perdeu a chance de fazer um tratamento com 80% de chances de cura. Neste contexto a incerteza de que a conduta do médico foi a causa do resultado lesivo é bem menor em razão da perspectiva probabilística existente. Neste sentido, trabalha o princípio da precaução.

O princípio da precaução, sustenta a responsabilização daqueles que originem um risco provável de dano, ainda que não seja estabelecido formalmente um nexo causal cientificamente comprovado.⁷¹

Este princípio apresenta semelhança com a teoria da perda de uma chance, na medida que incorpora um grau de incerteza necessário para sua aplicação. Isto porque havendo certeza do nexo causal entre a conduta e o resultado danoso, não há que se falar em princípio da precaução ou da teoria da perda de uma chance. O agente lesante terá que indenizar o dano final que causou.

A ideia da utilização do princípio da precaução é responsabilizar o médico pelo diagnóstico errado, norteando a indenização na proporção da probabilidade de cura do tratamento, que não foi realizado pela sua conduta lesante. A crítica que logo surge da aplicação deste princípio é de criar uma causalidade probalística, virtual. Por mais importante e precisa que possa ser a estatística, restaria, ainda, um grau de incerteza.

Assim, o nexo causal seria imerso em um campo aleatório e incerto, isto porque a estatística e a probabilidade não representam a certeza e a conduta do médico não se mostra condição suficiente do resultado danoso.

Louvável é a intenção da aplicabilidade do princípio da precaução, pois visa evitar situações injustas, em que a vítima de um erro médico não consegue êxito em uma demanda indenizatória ante as dificuldades probatórias do nexo causal.

Utilizando os mesmos conceitos do princípio da precaução, surgiu na década de sessenta uma nova versão para a teoria da perda de uma chance, defendendo que a teoria era uma máscara, um artifício para superar a incerteza do nexo causal, aplicando uma causalidade parcial para indenizar a vítima.

⁷¹ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 381.

Deste modo, se o acto do agressor não for condição suficiente e adequada do dano final, ou seja, da perda da vantagem esperada, poderá conceder-se a reparação de um prejuízo parcial e relativo, traduzido na perda de chance, e que será desta forma quantificado de acordo com a probabilidade da causalidade provada.⁷²

Parte da doutrina divide os casos de perda de uma chance em duas modalidades, a primeira, a perda da chance clássica ou típica. Seria os casos em que a conduta do agente, necessariamente, interrompe o processo aleatório, nunca se sabendo qual seria o desfecho. Na segunda, o agente não elimina todas as chances da vítima que continua participando do processo aleatório e chegando até o fim.

A segunda modalidade engloba os casos envolvendo responsabilidade médica. Em especial, os casos em que o erro médico priva a vítima de parte de suas chances de alcançar a cura. A principal crítica a esta segunda modalidade seria que na perda de uma chance haveria um alargamento da concepção do nexos de causalidade clássico com o reconhecimento da causalidade parcial.

Autores como Jacques Boré e Jhon Makdisi defendem que todos os casos de perda de uma chance estão calcados em uma ideia de causalidade parcial.⁷³

Segundo estes autores havendo a perda de uma chance parcialmente, o juiz poderá quantificar a indenização na medida ou na proporção que seja constatada o vínculo causal entre a conduta e o dano final.

Assim, estando em causa um erro médico e uma lesão em relação aos quais não seja possível estabelecer um nexos causal, utilizando a teoria da perda de uma chance, o juiz poderá conceder indenização parcial ao lesado em função da probabilidade da conduta do agente ter causado o dano.

Esta forma de agir seria uma tentativa de superação do princípio do tudo ou nada. Na verdade, entre a não concessão de indemnização alguma e a possibilidade de conseguir atribuir uma reparação, ainda que parcial, a um paciente que foi vítima de comportamento censurável por parte de um médico, prefere esta segunda opção, que legitima através de um critério de justiça.⁷⁴

Outro aspecto dos que defendem a perda de uma chance como alargamento da concepção do nexos causal é a de que só é possível falar em indenização quando o dano final é

⁷² ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano, Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 35.

⁷³ SILVA, Rafael Peteffi da – Responsabilidade civil pela perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 49.

⁷⁴ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano, Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 40.

consumado. Assim, se por um erro médico o paciente deixa de fazer uma terapia que lhe permite a chance de 50% de cura e mesmo assim consegue a cura por outros meios, não seria possível a indenização pela perda de uma chance. Entende-se, portanto, que o dano da chance é dependente do dano final.

Segundo Jacques Boré, a necessidade de se esperar pela realização do dano final faz com que o prejuízo caracterizado pelas chances perdidas não seja considerado revestido de um caráter danoso próprio, mas somente como uma causa, tendo concorrido para a produção de um dano final, que é reparado somente em parte.⁷⁵

A ideia que sustenta estes argumentos é a de que a perda de chance não subsiste de forma independente ao dano final.

Assim, se por erro médico o paciente deixa de efetuar um procedimento com chances de 70% de cura, porém este se cura da doença em razão da excelente forma física, não haveria razão para indenização pela perda da chance de efetuar o procedimento terapêutico, embora a chance de cura pelo procedimento tenha sido perdida.

Tal sustentação só é possível se o dano da perda da chance for visto de forma dependente do dano final, o que se opõe a tese de que a perda da chance é um dano autônomo, conforme proposto por Joseph King Jr como veremos no próximo capítulo.

A expressão “tudo ou nada” é utilizada para denominar o padrão clássico da aplicação do nexo causal, de forma que ou a vítima demonstra o nexo causal entre a conduta e o dano ou não faz jus à indenização.

Assim, tomando como base o “tudo ou nada”, pelo padrão clássico do nexo causal, não haveria um vínculo causal parcial ou graduado. Pela causalidade parcial, o agente teria a obrigação de indenizar parcialmente a vítima em razão da probabilidade danosa de sua conduta, configurando um desvirtuamento dos conceitos clássicos do nexo causal.

Porém, como já visto, a causa deve ser necessária e suficiente para a produção do dano, o que não ocorre na ideia da causalidade parcial, uma vez que esta pressupõe o nexo causal em razão de probabilidade. Dessa forma, esta proposta subverte toda a teoria do nexo causal.

Pela forma proposta pelos que defendem a perda de uma chance como uma aplicação de causalidade parcial, qualquer conduta danosa de um médico resultaria em sua condenação a indenizar o paciente, uma vez que sempre produziria “*certa perda*” de chance de cura.

Segundo Nuno Santos Rocha⁷⁶, estar-se-ia, neste sentido, perante uma verdadeira presunção de causalidade, uma vez que, o dano final poderia ou não ter sido produzido pela

⁷⁵ SILVA, Rafael Peteffi da – Responsabilidade civil pela perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 52.

⁷⁶ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano, Coimbra, 2014, p. 42.

conduta censurável do médico, porém este será responsabilizado, mesmo sem a verificação de que esta conduta tenha sido condição necessária e suficiente para o prejuízo.

Mesmo para quem defenda que a presunção é aliviada pela redução da indenização em razão da probabilidade causal, a causalidade ainda assim subverte todas as teorias do nexos causal. As concepções clássicas de nexos causal não se aplicariam a este contexto.

A ideia da causalidade parcial deixa de lado o ônus probatório causal e trata de uma presunção causal. Ante a ausência de nexos causal necessário e suficiente para a produção do dano final, esta teoria preconiza a indenização fundada apenas na probabilidade e no risco produzido pelo agente.

A única forma de se admitir que a reparação concedida à vítima seja limitada ao valor das chances perdidas, é admitir que as chances se consubstanciam em uma categoria autônoma de dano, nos moldes da teoria de Joseph King Jr, ou admitir a utilização da causalidade parcial.⁷⁷

2.3 O problema da causa virtual.

Causa virtual é o fato que causaria o dano se não fosse a interrupção do nexos causal por outro fato que realmente causou o dano.

O fato que efetivamente causou o dano é a causa real e o fato que potencialmente teria causado o dano é a causa virtual. Para ilustrar melhor os conceitos citamos exemplo descrito por Inocêncio Galvão Telles:

Galvão Telles⁷⁸ descreve uma situação hipotética em que o depositário de um anel de ouro guarda-o em sua casa. Sem autorização do depositante e, portanto, violando contrato, passa a usar o anel. Após algum tempo, o depositário perde o anel. Ao descumprir o contrato o depositante responde pelo prejuízo. Ocorre que depois de passar a usar o anel, um incendiário destrói, por um incêndio, a casa do depositante. Independentemente da destruição o imóvel ter ocorrido antes ou ao mesmo tempo da perda do anel, o responsável pela reparação da perda do anel continua sendo do depositário. A destruição do imóvel apresenta-se com causa virtual da destruição da joia.

A partir do exemplo acima podemos observar que a causa virtual não apresenta relevância positiva indenizatória pela perda do anel, isto porque a perda do anel não foi provocada pelo incêndio. A causa necessária e suficiente para a perda do anel foi a conduta ilícita do depositário.

⁷⁷ SILVA, Rafael Peteffi da – Responsabilidade civil pela perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 65.

⁷⁸ TELLES, Inocêncio Galvão – Direito das Obrigações, 7ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014, p. 411.

Diante do exposto, o depositário poderia não indenizar o depositante, aduzindo que mesmo que sua conduta ilícita não tivesse causado a perda do anel, este teria sido perdido pelo ato ilícito do incendiário? A resposta é não, pois se a causa real foi imputada ao depositário a causa virtual não tem relevância para a obrigação de indenizar pela perda do anel. Neste sentido, Antunes Varela e Menezes Cordeiro.

A posição dominante - a de que a causa virtual como princípio não releva, apenas relevando nos casos excepcionais previstos em lei – parece ser, com efeito, a mais conforme com os dados legislativos: na cláusula geral de responsabilidade civil, nenhuma relevância negativa se atribui à causa virtual, apenas prevista pontualmente.⁷⁹

3.0 DANO.

3.1 A perda de uma chance como um dano.

Parte da doutrina sustenta que nos casos de perda da chance, mais precisamente no contexto ligados à área médica, o processo aleatório não foi interrompido e, portanto, a questão passaria a ser de causalidade.

Citado por Nuno Santos Rocha⁸⁰, Joseph King defendeu a perda de uma chance como dano autônomo em artigo publicado em 1981 e posteriormente em outro de 1998, igualmente defendeu que a natureza jurídica da chance perdida nada tinha a haver com causalidade, mas teria que ser vista sobre o prisma do dano.

Para demonstrar a sua tese, Joseph King⁸¹ idealizou contextos hipotéticos de cinco situações de um concurso, que foi chamado de *The Bean Jar Paradigm*⁸².

⁷⁹ JÚNIOR, Eduardo dos Santos – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I, 3ª ed. Lisboa: Ed. Aafdl, 2014, p. 352.

⁸⁰ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano, Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 46.

⁸¹ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano, Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 48.

⁸² O exemplo se dá nos seguintes termos: Na primeira variação assume-se que havia 70 feijões dourados e 30 feijões azuis dentro de um jarro. Paula recebe um bilhete que lhe dá o direito de retirar aleatoriamente um feijão desse jarro. De acordo com as regras do concurso, se o concorrente retirar um feijão dourado receberia um prêmio de \$100.000,00, se retirasse um azul não receberia nada. Paula confiou o seu bilhete ao seu advogado, que o perdeu. Pergunta-se quanto valeria o bilhete perdido. Na segunda variação, a situação é exatamente a mesma, havendo, no entanto, 70 feijões azuis e 30 dourados no jarro. Na terceira variação não se sabe qual a proporção de feijões azuis e dourados dentro do jarro e no dia em que Paula vai fazer uso do seu direito de retirar um feijão do jarro, os patrocinadores do concurso, negligentemente, partem o jarro, espalhando os feijões pelo chão. São chamados peritos para poderem aferir a relação entre feijões dourados e azuis que teria o jarro. Na variação quatro, imagina-se que Paula, vendada, procederá à extracção do feijão numa varanda defronte a uma praça. Contudo precisamente após ter retirado o feijão, Paula é empurrada por um funcionário do concurso e deixa cair o feijão e a jarra da varanda na praça, onde rapidamente a chuva e a multidão dispersam todos os feijões. A última variação é reprodução da anterior, havendo, no entanto, uma testemunha que acha que o feijão que Paula retirou seria azul. O julgador, com base neste testemunho e demais circunstâncias do caso, conclui que o jarro continha, antes da extracção, 40 feijões dourados e 60 feijões azuis.

Segundo o autor, as três primeiras variações não representam controvérsias entre os doutrinadores, uma vez que o processo aleatório foi interrompido antes do final, situando a questão na teoria clássica da perda de uma chance.

Já nas variações quatro e cinco, em que os processos aleatórios atingiram o seu final, o autor aduz que a negligência dos agentes tivera o mesmo efeito prático, pois impediram, com sua conduta desvaliosa, que a sorte de Paula fosse conhecida. Em outras palavras não é possível dizer o que teria acontecido se não fosse a conduta lesante dos agentes. A vantagem foi igualmente perdida.

Só há variação em relação ao dano e não em relação ao nexo causal.

Joseph King assevera que a aceitação da perda de uma chance, como espécie de dano autônomo e independente do dano final, permite a indenização em todas as cinco variações, uma vez que a vítima poderá comprovar o nexo causal entre a conduta lesante e a perda da chance ou da oportunidade de obter uma vantagem.

Pois bem, a maior crítica feita para os casos em que a conduta do agente não interrompe o processo aleatório é a de que a vítima deve esperar o resultado, para que ocorrendo o dano final as chances possam ser indenizáveis e, portanto, a perda de uma chance não seria um dano autônomo, pois dependia da ocorrência do dano final.

Utilizaremos o nosso primeiro exemplo, no qual o maratonista Vanderlei Cordeiro de Lima, competindo em uma corrida nos jogos olímpicos do ano de 2004, ao alcançar os últimos quilômetros a serem percorridos, liderava a competição com ampla vantagem sobre os demais competidores, porém foi segurado por um homem que invadiu a pista. O atleta, que estava em primeiro lugar, com uma diferença para o segundo colocado de aproximadamente 150 metros, após o incidente retorna à prova e termina a competição em terceiro lugar, premiado com medalha de bronze.

Neste exemplo, após a conduta lesante do homem que agarrou o competidor, este continuou a corrida e perdeu a vantagem que tinha. A pergunta a ser feita é: houve a perda da chance de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo?

Resta evidente que as chances do atleta foram tolhidas pela conduta lesante do homem que o segurou, mesmo que o processo aleatório tenha chegado ao fim.

Agora suponhamos que, apesar de ter sido segurado, o corredor conseguiu chegar em primeiro lugar, com apenas uma pequena diferença de 10 metros para o segundo colocado. A pergunta é: apesar da vitória, houve a perda da chance de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo?

O processo chegou até o fim, o atleta obteve êxito, mas não houve dano? Se considerarmos que a perda da chance não é um dano, o que ocorreu foi apenas a criação de um risco? A chance de manter a diferença de 150 metros, o estado original, a vantagem que tinha, o estado anímico, enfim, a possibilidade de obter ou manter a vantagem foi perdida, independente do resultado obtido.

Mudaremos o exemplo, adotaremos um caso de responsabilidade médica e suponhamos que por erro no diagnóstico, um paciente perdeu a chance de fazer um tratamento com 50% de chances de cura e, após passar por procedimentos cirúrgicos, o paciente vem a óbito em razão da doença.

Não se consegue demonstrar com a certeza necessária que havendo o diagnóstico correto e o tratamento adequado, o paciente teria sobrevivido. O paciente estava submetido a um processo aleatório que não permite o estabelecimento preciso do nexos causal entre a conduta médica e o dano final, no caso a morte do paciente.

Neste caso, a perda de chance em fazer uma terapia com reais possibilidades de cura é clara. O paciente deixou de fazer o tratamento em razão do erro do diagnóstico, embora sua morte não possa ser necessariamente atribuída a ausência do tratamento.

Agora, suponhamos que o paciente tenha sido curado da doença em razão de outros procedimentos. A pergunta a ser feita é: houve algum dano de perda de chance para o paciente em razão do erro do diagnóstico?

Acompanhamos o entendimento de Joseph King, no sentido de que embora não tenha ocorrido o dano final, a conduta do agente lesante causou o dano da perda da chance de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, consubstanciado na perda da chance de efetuar o tratamento com 50% de chances de cura, ou seja, houve a perda parcial das chances.

A conduta negligente do profissional retirou as chances de cura através de um procedimento com reais possibilidades de sucesso, o que se revelava uma vantagem para a vítima, embora, por outros meios o dano final tenha sido obstado.

Poder-se-ia falar que houve a criação de um risco, porém por este ponto de vista, a perda da chance de efetuar um tratamento mais adequado e seguro, em razão de uma conduta reprovável do agente, restaria isenta de reparação. Não seria nem mesmo um dano.

Assim, se o paciente se recupera há a satisfação do interesse da chance e, portanto, não haveria que se falar em indenização. No entanto, para o exemplo que tratamos, mesmo obtendo a cura, houve a perda chance de fazer o tratamento adequado e com maiores chances de obter a cura.

Entendemos, que caso o dano final seja evitado, pode ainda ter havido o dano da perda parcial das chances, ficando a celeuma por conta do *quantum debeatur*.

Assim, mesmo que o paciente venha a ser curado por outro procedimento, pode haver o dano da perda da chance de obter a cura através de um tratamento vantajoso.

No exemplo do erro médico, em que o paciente é curado por meio de outros procedimentos, o contexto enquadra-se nas situações em que a vítima não foi privada completamente das chances de cura.

Nos casos de perda de chance de cura, é possível que remanesça alguma esperança à vítima. A despeito da oportunidade aniquilada, ela ainda pode recobrar sua saúde, mesmo tendo recebido tratamento inadequado. Esse elemento não representa obstáculo à reparação.⁸³

No caso do corredor Vanderlei da Silva, mesmo que vencesse a prova, a chance de manter a vantagem estava perdida. Vantagem esta que poderia resultar, por exemplo, em uma quebra de recorde.

Algumas vezes as chances tutelam mais de um interesse no mesmo contexto, que mesmo interligados são autônomos. A autonomia é uma das características do dano da perda de uma chance, assim como a certeza.

Daniel Amaral Carnaúba defende que a certeza do prejuízo decorre do desnível entre a situação hipotética na qual encontrar-se-ia o lesado, se não fosse a conduta, e a situação real ou final.

Desta forma, nos contextos em que o paciente encontra a cura por outros meios, sua situação final é mais favorável e, portanto, não haveria o desnível entre a situação hipotética e a real. Não ocorrendo lesão ao interesse do lesado.

Definida como desnível, a certeza se presta a determinar o desequilíbrio provocado, permitindo que a reparação se ajuste exatamente a essa medida.⁸⁴

Essa visão da existência de indenização, apenas em razão da deterioração da situação do lesado, leva-nos a situações estranhas. Vamos tomar como exemplo a seguinte situação: uma pessoa tem seu imóvel destruído parcialmente por um veículo desgovernado. Ocorre que o proprietário tinha a intenção de demolir o imóvel e poucos dias após o acidente o referido imóvel é demolido por sua ordem.

A questão a ser posta é: mesmo sem ter interesse na reparação do imóvel, não houve dano? Havendo o dano, este não é reparável?

⁸³ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.142.

⁸⁴ CARNAÚBA, Daniel Amaral, Op. Cit., p. 54.

Daniel Carnaúba cita ainda uma decisão da Corte de Cassação francesa. Essa Corte reconheceu que as perdas de rendimentos sofridas pelos dependentes da vítima de um acidente fatal são reparáveis ainda que, depois do acidente, esses dependentes tinham iniciado uma profissão, evitando que sua situação econômica fosse rebaixada.

Acerca desta situação posta, aduz que *“nessas hipóteses, não há degradação em relação ao status quo ante. A lesão torna-se abstrata, desvincilhando-se das amarras primitivas do dano físico, para aproximar de uma concepção econômica de perda. É o chamado custo de oportunidade: a não obtenção de uma vantagem também é uma lesão.”*⁸⁵

Ainda acerca do caso da Corte de Cassação, o fato da situação real dos dependentes lesados ser melhor ou igual à situação anterior ao acidente, não desnatura o dano, até porque, se vivo ainda estivesse o provedor, a ajuda financeira deste deixaria os dependentes ainda em uma situação melhor.

Assim, nem sempre caberia indenização, caso a situação final do lesado seja melhor do que estava no momento da perda da chance.

Entendemos que não se aplica de forma genérica esta noção de certeza do dano pela deterioração da situação do lesado.

Como demonstrado, nestes casos de perda de chance atípica, a questão deve ser analisada pelo prisma do dano e não da causalidade. Quanto ao dano da perda de chance não há que se falar de incerteza, esta fica mantida em relação ao dano final. Isto porque se houver certeza de que a conduta do lesante foi a causa para o dano final, então este deve ser indenizado.

Conforme aduzimos o dano a ser indenizado é a perda da chance que pode ser neutralizado pela não ocorrência do dano final. Neste sentido, a concepção clássica do nexo causal adequa-se perfeitamente de forma a permitir a indenização. O paciente teria que comprovar que a conduta negligente do profissional foi condição necessária e suficiente para a perda da chance de obter uma vantagem no seu tratamento ou de evitar uma piora ou prejuízo.

O dano da perda de uma chance é certo, incerto é a vantagem perdida.

Rute Teixeira Pedro⁸⁶, cita David Price aduzindo que a chance constitui uma individualidade dependente de uma outra, representando a sua tutela um instrumento de proteção de outro bem. Ora, se este bem não foi lesado, esta tutela não se apresenta necessária.

Partindo desta ideia da chance como uma tutela de segunda linha, no caso do exemplo do corredor Vanderlei da Silva, se ele tivesse chegado em primeiro lugar, apesar de perder a

⁸⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral, Op. Cit., p. 54.

⁸⁶ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 381.

vantagem que detinha antes do evento lesante e as chances de vencer com ampla distância para os outros concorrentes, não teria direito a indenização pela conduta desvaliosa do lesante que o deteve durante o trajeto.

Da mesma forma, a conduta negligente do médico que errou o diagnóstico retirando a chance do paciente de se submeter a um tratamento com boas chances de cura, estaria livre da obrigação de indenizar se a vítima conseguisse a cura por outros meios.

Neste sentido, entende Rute Teixeira⁸⁷ que se o doente munido de um conjunto inferior de chances alcança a satisfação do seu interesse, não existirá qualquer dano para indenizar. A possível consequência lesiva será anulada (compensada) pelo resultado final almejado.

Não vislumbramos que as chances tutelam, obrigatoriamente, apenas um resultado positivo. As chances podem tutelar um ou mais de um interesse. Quando falamos que houve a perda de uma chance, podemos está tratando de algo imediato e algo mediato.

O maratonista Vanderlei perdeu a chance imediata de manter uma vantagem que de forma mediata permitir-lhe-ia vencer a competição com ampla vantagem para os outros competidores.

Mesmo que vencesse a competição em primeiro lugar sem a ampla vantagem, o dano já havia se consumado. Perdeu valiosos segundos e a distância entre os outros competidores, além do estado anímico que detinha no momento. Se o atleta conseguiu o resultado com a vitória, ainda assim é possível que as chances tenham sido parcialmente perdidas e, portanto, um dano da perda da chance de manter a vantagem já foi consumado, com o todos os pressupostos necessários para fazer nascer a obrigação de indenizar.

As chances do maratonista tutelam mais de um interesse, um imediato: a vantagem ou distância para os outros concorrentes, e outro interesse mediato: a vitória. Portanto, as chances podem ser perdidas por completo ou parcialmente.

Da mesma forma, no caso do erro de diagnóstico do médico, embora o objetivo seja a cura, com a sua conduta negligente, o profissional obstou o paciente de uma terapia vantajosa, com 50% de probabilidade de cura. O dano foi consumado neste momento, mesmo que o resultado tenha sido a cura por outros meios, o dano sofrido com a perda da chance pode não se referir apenas ao resultado positivo ocorrido por outras causas.

Para que possamos admitir que as condutas descritas não sejam indenizáveis, temos que admitir que não houve dano ou que não houve a perda da chance.

⁸⁷ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 388.

Patrícia Cordeiro da Costa⁸⁸, citando Massimo Bianca, assevera que o significado de dano pode ser concebido em três perspectivas. Antes, mais, pode ser entendido como evento lesivo, ou seja, como resultado material ou jurídico no qual se concretiza a lesão a um interesse juridicamente relevante.

Neste sentido, descreve as três perspectivas do significado de dano, asseverando, primeiramente, que no passado, o direito apenas protegia os direitos personalíssimos absolutos, a vida, a integridade física e a propriedade. E da natureza do bem tutelado resultava a classe do dano causada. Nesta perspectiva, a Autora discorda de tal posição, aduzindo que não raramente lesão a um bem de natureza não patrimonial pode gerar danos de natureza patrimonial, como também ocorre de maneira inversa.

A segunda perspectiva vem da citação de Canelutti, para quem o dano não atinge o bem em si, mas a conexão deste bem com o lesado. Em outras palavras, a lesão atinge o interesse juridicamente tutelado da pessoa para com o bem.

Já na terceira perspectiva, o dano consiste na repercussão que a ação lesiva causa sobre o patrimônio ou no espírito do lesado. Assim, a lesão seria um evento desvalioso com repercussões ou consequências prejudiciais a um interesse e o dano seria as consequências prejudiciais desta lesão.

Conclui-se, a partir das perspectivas supracitadas, que o dano pode ser entendido em dois sentidos: em relação ao interesse jurídico e em relação às consequências. A primeira é a posição adotada por Antunes Varela.

Rui Cardona Ferreira⁸⁹ discorre que não é qualquer chance que pode constituir, mesmo em tese geral, um dano em sentido jurídico, mas apenas a eliminação da chance que se traduza numa verdadeira expectativa jurídica.

Porém, o termo expectativa jurídica é conceito ainda não estabilizado na doutrina. Uma corrente entende que o termo acolhe os direitos subjetivos, outra corrente entende que são situações em que o Direito lhe dispensa uma tutela processual em razão do direito que irá surgir a partir. Neste sentido está a doutrina de Menezes Cordeiro⁹⁰.

De fato, não adiantaria proteger um direito se, igualmente, não se protege o processo de formação deste direito, que se traduz na expectativa jurídica de poder adquirir o direito.

⁸⁸ COSTA, Patrícia Cordeiro da – Causalidade, Dano e Prova – A Incerteza na Responsabilidade Civil, Coimbra: Ed. Almedina, 2016, p.24.

⁸⁹ FERREIRA, Rui Cardona – Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance, Coimbra : Ed. Coimbra, 2011, p. 245.

⁹⁰ CORDEIRO, Antônio de Menezes – Tratado de Direito Civil I, Tomo I, 4º ed. Lisboa: Ed. Almedina, 2012, p. 349.

Portanto, no sentido de um interesse jurídico tutelado a chance perdida se traduz em um dano e, portanto, ressarcível quando violado.

3.2 A autonomia do dano.

A realização das chances constitui a materialização de um interesse imediato, mas também há um interesse mediato a ser alcançado a partir de um processo aleatório.

No caso do exemplo do erro médico, a cura era o interesse mediato, que se submete ao processo aleatório, após o alcance do interesse imediato, que, no caso, seria obter a vantagem de fazer o tratamento com alta probabilidade de cura.

Isto não quer dizer que as chances são dependentes do resultado final. Se alcançado o interesse mediato por outro meio, que não atenda o interesse imediato, a chance não se realiza por completo, podendo advir uma perda de chance parcial.

Voltando aos nossos exemplos, o paciente ao conseguir a cura por outro tratamento não significa que não houve a perda da chance original, pois o interesse imediato, que era a vantagem de um tratamento mais eficaz, não foi alcançado, aliás foi perdida em razão da conduta culposa do médico.

Assim, entendemos que mesmo sendo o resultado final favorável ou o objetivo mediato seja alcançado, tal fato não retira, necessariamente, a lesão a um outro interesse jurídico tutelado pela chance.

Segundo Antunes Varela, dano é a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição ou deterioração de certa coisa material ou incorpórea.⁹¹ Neste sentido, para que possamos reconhecer a autonomia da perda de uma chance, faz-se necessário reconhecer antes a chance como interesse merecedor da tutela jurídica. Neste sentido, não há vedação no Direito Português à tutela da perda de uma chance como interesse juridicamente tutelado.

O conceito da oportunidade perdida foi consagrado no direito internacional através da Diretiva 92/13/CEE, que dispõe em seu artigo 2.º no seguinte sentido: *Considerando que, quando uma pessoa introduz um pedido de indemnização por perdas e danos pelos encargos suportados com a preparação de uma proposta ou com a participação num processo de celebração de um contrato de direito público, não é obrigada, para obter o reembolso dos custos suportados, a provar que o contrato lhe teria sido adjudicado se não tivesse existido essa violação.*⁹² Assim, o artigo 2.º da Diretiva 92/13/CE, aprovada pelo Conselho das

⁹¹ VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 598.

⁹² EUR-LEX – Access to European Union Law [Em linha]. [Consult. 15 maio 2017]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0013>.

Comunidades Europeias, na sua parte final, bem como o artigo 7.4.3, segunda alínea, dos princípios relativos aos contratos comerciais internacionais, desenvolvido pelo UNIDROIT, referem-se explicitamente à noção de perda de chance.⁹³ Tal fato denota o relevo dado pelo direito supranacional à perda de uma chance como dano indenizável.

No caso do exemplo do erro médico, a chance de obter a vantagem de fazer o tratamento com alta probabilidade de cura é um processo de formação do direito à preservação da vida e da saúde, uma expectativa ou interesse que merece a tutela do direito, pois a conduta desvaliosa acarreta consequências prejudiciais ao referido processo.

Em relação à autonomia do dano, a jurisprudência portuguesa já adota decisões reconhecendo a perda de chances como dano autônomo e indenizável. Neste sentido Nuno Santos comenta julgado em que se denota claramente o acolhimento da chance como dano autônomo nos seguintes moldes:

(...)

3. 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 nexo 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.⁹⁴

Entendeu-se neste julgado que o dano a ser indenizado é a oportunidade perdida, um dano autônomo e que esta autonomia se caracteriza pela existência de chances reais antes da conduta lesante.

Flavio Costa Higa aduz que o dano da perda de uma chance é independente do dano final, porém não autônomo, pois necessita da ocorrência deste para que seja indenizável a chance, aduzindo que *sem abusar do léxico, entretanto, a perda de uma chance rende ensejo a um prejuízo “distinto” (diverso, diferente) do dano final, porém não autônomo (independente)*⁹⁵.

⁹³ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano, Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 28.

⁹⁴ REVISTA: Processo nº 824/06.5TVLSB.L2.S1, 6ª Secção, relator Fonseca Ramos, do Supremo Tribunal de Justiça. [Em linha]. (01.07.2014) [Consult. 04 maio 2017]. Disponível em <http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia-42213/basedados>.

⁹⁵ HIGA, Flávio da Costa, RESPONSABILIDADE CIVIL – A perda de uma chance no Direito do Trabalho, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 167.

A grande dificuldade na aceitação da indenização pela perda de uma chance está em não admitir a perda de uma chance como dano autônomo. A chance é a possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Antes da conduta lesante esta possibilidade já existia para a vítima e, neste momento, este interesse consubstancia-se em um bem.

Sergio Savi⁹⁶, citando Maurizio Bocchiola, assevera a autonomia da perda de uma chance como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão, defendendo que a admissão da perda de uma chance não viola as regras que exigem a certeza do dano. Assevera que na hipótese da teoria, não se indeniza um resultado final favorável, dano diverso da perda da chance, mas antes, indeniza-se a chance perdida com base nos pressupostos exigidos na lei. A chance já fazia parte do patrimônio da vítima ao tempo da lesão e, portanto, deve ser qualificada como dano emergente.

Partindo da aceitação da perda de uma chance como a antecipação do prejuízo em relação ao dano final, tem-se um dano certo que não cria óbices ao enquadramento na concepção clássica do nexo causal, adequando-se, perfeitamente, de forma a permitir a indenização. Porém, entendendo de forma diversa Rui Cardona Ferreira⁹⁷ aduz que a chance como dano emergente e autônomo consiste em afirmação falaciosa, só aceitando a autonomia da perda de uma chance nos domínios da responsabilidade médica, com a possibilidade da existência da chance como dano de natureza extrapatrimonial.

Importante ressaltar que a autonomia do dano da perda de uma chance mantém uma relação instrumental com o dano final, no tocante a possibilidade ou facilidade de quantificar as chances perdidas. Neste sentido, Rute Teixeira Pedro aduz que *há, assim, uma projecção ao nível do dano da incerteza da consecução do resultado final, dissociando-se esse resultado da possibilidade de ele ser obtido. (...) Porém, o carácter instrumental do elemento intermediário – chance – face ao elemento final (resultado) reflectir-se-á necessariamente no ressarcimento o malogro daquele -, quer no que respeita à determinação do quantum reparatório devido, quer no que concerne ao an dessa reparação.*⁹⁸

Portanto, mais uma vez ilustrando o caso com o exemplo do erro no diagnóstico médico, observa-se dois processos causais. No primeiro a conduta negligente do profissional tolhe as chances do paciente de se submeter a um tratamento com 50% de chances de cura, consubstanciando-se no primeiro prejuízo ou dano. Neste caso, a conduta do médico foi

⁹⁶ SAVI, Sergio – Responsabilidade civil por perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 13 e 22.

⁹⁷ FERREIRA, Rui Cardona – Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance, Coimbra : Ed. Coimbra, 2011, p.228.

⁹⁸ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, pag. 381.

condição suficiente e necessária para o resultado danoso da perda da chance de fazer uma terapia vantajosa para a obtenção da cura.

No segundo caso, a relação entre a conduta do médico e o resultado morte ou agravamento da doença é envolto de dúvidas. Não se consegue a prova necessária do nexos causal, não cabendo indenização na concepção clássica da responsabilidade civil.

Na primeira caso, está evidente que a conduta do médico retirou possibilidades imediatas do paciente participar de um tratamento vantajoso para sua recuperação e, de forma mediata, diminuiu as chances de cura ou de sobrevivência, restando nestes fatos o prejuízo ou o dano a ser indenizado pela perda de uma chance como dano autónomo.

Mesmo que o paciente venha conseguir a cura por meio de outro tratamento, o interesse imediato estará perdido, a chance de obter a cura através de um tratamento mais vantajoso foi perdida.

O direito à vida e a integridade física formam um núcleo de direitos da personalidade juridicamente protegidos e que restam violados quando um processo de alcance a estes direitos é obstado por conduta desvaliosa de um médico negligente. Tal conduta merece a reação indenizatória. A autonomia da perda de uma chance, se traduz no reconhecimento de que uma afronta a estes direitos, mesmo que parcial, não pode passar incólume.

Especificamente no contexto do erro médico, a busca pela saúde representa um contexto complexo, um processo com gradações de sucessos que buscam o resultado da cura ou da sobrevivência.

Neste sentido, um ato desvalioso do médico que acarreta um retrocesso neste processo de cura, representando uma lesão a um interesse jurídico é, portanto, um dano. Nesta linha de entendimento está a doutrina de Rute Teixeira Pedro que cita Jean Penneau nos seguintes moldes:

A possibilidade de se obter a cura ou de se conseguir sobreviver constitui um espólio dotado de uma potencialidade fluída (que redundará na cura ou na sobrevivência, ou que se perderá na concretização da doença ou na morte) em que o doente se firma e a que o direito deverá reconhecer.

A aceitação da tutela autónoma das chances de que o doente dispõe, inscreve-se num processo de tendencial “spostamento dell’attenzione dall’autore del danno all’vittima” que caracteriza a evolução recente do instituto da responsabilidade civil, como decorrência da atribuição de um papel central à “*pessoa*” e aos valores conexos com a plena realização da mesma que constitui o “*segno distintivo*” da sociedade actual.⁹⁹

⁹⁹ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, pag. 381.

Na mesma linha de entendimento, Lisiane Lazari Pietroski cita Fernando Noronha que entende que a perda de uma chance, em qualquer modalidade na qual se apresente, traduz-se sempre num dano específico; o dano da perda da própria chance, o qual é distinto dos eventuais benefícios que eram esperados.¹⁰⁰

3.2 A dicotomia entre dano emergente e lucro cessante.

O dano é a figura central da obrigação de indenizar, pois não haveria porque procurar indenização se não houvesse o prejuízo. Neste sentido, se um agente avança o sinal vermelho, mas não colide com nenhum outro veículo, nem atropela alguém, apesar da conduta ilícita, não há objeto para a atuação do instituto da responsabilidade civil.

Há responsabilidade civil sem culpa, mas não há sem danos, pois indenização sem danos importa em enriquecimento ilícito.

A doutrina classifica o dano em duas modalidades: dano patrimonial ou material e dano moral ou extrapatrimonial. O primeiro atinge os bens integrantes do patrimônio do lesado.

Segundo Sergio Cavalieri Filho¹⁰¹, os bens integrantes do patrimônio devem ser entendidos como o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa e que sejam apreciáveis economicamente, sendo coisas corpóreas e coisas incorpóreas.

Ainda classifica, a doutrina, os danos patrimoniais em danos emergentes e lucro cessante.

A própria lei Portuguesa acolhe a distinção dos danos emergentes e lucros cessantes, embora em termos superficiais, conforme se extrai do art. 546º, nº 1¹⁰² do Código Civil.

O dano emergente, também chamado positivo, importa na efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. O lucro cessante é a perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.¹⁰³

Rui Cardona¹⁰⁴ defende que o prejuízo causado nos bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão, enquadra-se como danos emergentes; e aos benefícios

¹⁰⁰ PIETROSKI, Lisiane Lazari – PERDA DE UMA CHANCE e Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais, Florianópolis: Ed. Conceito, 2012, p. 60.

¹⁰¹ FILHO, Sérgio Cavalieri – PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL, 11ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 93.

¹⁰² Art. 564. Cálculo da Indenização. 1 – O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.

¹⁰³ FILHO, Sérgio Cavalieri – Op. Cit., p. 72.

¹⁰⁴ FERREIRA, Rui Cardona – Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance, Coimbra : Ed. Coimbra, 2011, p.242.

que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito, mas que ainda não tinha direito à data da lesão, enquadra-se como lucro cessante.

Levando essa classificação ao âmbito da perda de uma chance, como já citamos, Maurício Bocchiola, com base nos ensinamentos de Adriano De Cupis, entende que o dano da perda de uma chance é emergente, pois a perda da chance de obter uma vantagem é o próprio dano, e esta chance já fazia parte do patrimônio imaterial ou incorpóreo no momento da conduta.

Ante a autonomia da perda da chance, esta é um dano independente do dano final, portanto, não se trata de um benefício perdido no futuro, mas de um dano que ocorre no momento da conduta lesante. A chance é um interesse presente no momento da conduta desvaliosa, sua perda é o próprio dano. Sendo a chance um bem pertencente à vítima, sua existência é anterior à conduta lesante.

Neste sentido, Daniel Carnáuba¹⁰⁵ assevera que a reparação de chances pressupõe que a vítima dispunha de uma oportunidade no momento do acidente e que seu desaparecimento representa uma deterioração dessa situação anterior. Portanto, de um dano emergente.

Entender a perda de uma chance como um lucro cessante, parece uma tese sedutora, pois a perda tem como objetivo mediato a vantagem futura. Quando falamos na perda de uma chance de obter uma vantagem, essa vantagem é um evento futuro e, portanto, parece se enquadrar em um lucro cessante.

Um equívoco comum encontrado em diversos julgados consiste em ver o dano como a perda do interesse ou vantagem futura, quando na verdade não é. Pois há uma incerteza intransponível quanto ao nexo causal entre a conduta e o dano final, conforme já amplamente debatido.

Quanto a possibilidade de qualificar o dano da perda da chance como lucro cessante, não é a aleatoriedade que distancia esta qualificação, mas as suas técnicas de indenização.

Neste sentido, Flávio Costa Higa¹⁰⁶ adota a distinção entre a perda de uma chance e os lucros cessantes no traço de diferentes técnicas de indenização. Assim, no caso da perda da chance, o juízo a ser feito é de probabilidade de que o ofendido teria de obter o resultado final e no caso do lucro cessante de supor qual seria o estado da vítima se não fosse a conduta lesante.

¹⁰⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.169.

¹⁰⁶ HIGA, Flávio da Costa, RESPONSABILIDADE CIVIL – A perda de uma chance no Direito do Trabalho, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 68.

O dano é a perda da chance de obter a vantagem. Esta chance foi destruída com a conduta e nela está o prejuízo.

Neste sentido, Cavalieri¹⁰⁷ citando Sanseverino aduz que na perda de uma chance há prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. Repara-se a chance perdida, e não o dano final.

Se entendermos que a perda de uma chance é um dano emergente, desaparecem as dificuldades quanto a identificação do dano, bem como quanto ao nexo causal. A conduta lesante causa o dano da perda da chance, que por sua vez já existia no patrimônio incorpóreo da vítima.

Há parte da doutrina que admite a perda de uma chance como uma terceira modalidade de dano. Um julgado do STJ brasileiro denota claramente essa corrente nos seguintes termos:

(...) A perda da chance, na verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas pela chance que ele privou o paciente (...); a partir da percepção de que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexo causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto. Não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a chance de viver foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas quantificar esse dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida. (REsp. 1.254.141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013)¹⁰⁸.

Podemos, facilmente, constatar que apesar de acolher a ideia da perda de chance como uma modalidade de dano *sui generis*, o acórdão fundamenta a perda de chance como um bem autônomo e que não se confunde com o dano final. Assim, forçoso é concluir que esse bem, consubstanciado na chance, já fazia parte do patrimônio do lesado no momento da conduta lesante, razão pela qual se enquadra perfeitamente no conceito de dano emergente.

Segundo Sílvio Sávio Venosa, “a denominada perda de chance pode ser considerada uma terceira modalidade nesse patamar, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante¹⁰⁹”.

No mesmo sentido, Sérgio Savi¹¹⁰ conclui que a perda de uma chance deve ser considerada como uma subespécie de dano emergente que assim considerada, elimina a

¹⁰⁷ FILHO, Sérgio Cavalieri – Op. Cit., p. 99.

¹⁰⁸ RECURSO ESPECIAL: Processo nº 1.254.141, 3ª Turma, relatora Minª Relª Nancy Andriighi, do Superior Tribunal de Justiça.[Em linha]. (04.12.2012) [Consult. 08 junho 2017]. Disponível em <http://www.stj.jus.br>

¹⁰⁹ HIGA, Flávio da Costa, RESPONSABILIDADE CIVIL – A perda de uma chance no Direito do Trabalho, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 61.

¹¹⁰ SAVI, Sergio – Responsabilidade civil por perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 102.

incerteza do dano, tendo em vista que, ao contrário de indenizar prejuízo decorrente da perda do resultado útil, indeniza-se a perda da chance de obter este resultado.

No mesmo sentido de acolher a perda de uma chance como um dano emergente está a jurisprudência portuguesa, como se denota neste julgado do STJ:

Na “perda de chance”, podem englobar-se as situações em que um sujeito se encontra num estado que lhe propicia a possibilidade de alcançar um determinado resultado favorável e em que, por virtude de um comportamento de um terceiro, essa possibilidade fica irremediavelmente perdida. (...) Há também que ter em conta que estamos perante um dano autónomo, de um dano presente, de um dano emergente e não de um lucro cessante e de um dano certo. ¹¹¹

Dessa forma, percebe-se que a doutrina e jurisprudência reconhece, também, como dano emergente a perda de uma chance, apesar de corrente que a defende como espécie de dano intermediário entre essas duas classificações. Contudo, há corrente no sentido de que a perda de uma chance seria um dano exclusivamente de natureza extrapatrimonial ou moral.

3.3 A figura semelhante do dano moral.

No âmbito da doutrina brasileira, principalmente, a classificação do dano da perda de uma chance, como dano patrimonial, não é pacífica. Havia e ainda há corrente que defende o dano da perda de uma chance como dano exclusivamente extrapatrimonial, como uma lesão à dignidade humana, mais precisamente em seu substrato “liberdade”.

Neste sentido, Isabela Melo Rêgo¹¹² aduz que não é apenas a simples alusão à ofensa, à dignidade humana que autorizará o ressarcimento da vítima. É imprescindível que o dano ocorrido recaia sobre algum dos substratos componentes deste fluído princípio, quais sejam: liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade. Assevera que não obstante as respeitadas opiniões divergentes, a perda de uma chance é um dano extrapatrimonial, consubstanciada em uma lesão à dignidade humana, em um dos seus substratos, qual seja: a liberdade.

Para os defensores desta corrente, da mesma forma que ocorreu com o dano moral, a aceitação da indenização da perda de uma chance é a ampliação de danos reparáveis em razão da ampliação dos riscos que as mudanças tecnológicas e epistemológicas atingiram a sociedade. Estes fatores criam novas formas de males, potencialmente danosos, e reclamam uma evolução

¹¹¹ REVISTA: Processo nº 29/04.0TBAFE.P1.S1, 2ª Secção, relator Oliveira Vasconcelos, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (29.11.2012) [Consult. 18 junho 2017].Disponível em <http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia-42213/basedados>.

¹¹² AZEVEDO, Isabela Melo Rêgo, REVISTA DA ESMAPE – Homenagem ao centenário de Joaquim Nabuco, volume 15, nº31 Recife: Ed. CCS Gráfica, 2010, p. 304.

do instituto da responsabilidade civil, no sentido de reforçar sua capacidade de respostas às demandas por reparação.

Em muitos aspectos, a questão da perda de uma chance foi enfrentada de forma quase adequada pelos tribunais brasileiros. Porém, em outros casos, são enquadrados como uma espécie de dano moral sem nenhum critério de distinção.

Trazemos à análise o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE PERDA DE PRAZO. DANOS MORAIS JULGADOS PROCEDENTES. A responsabilidade do advogado é contratual e decorre de mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente. Conjunto probatório contrário à tese do Apelante. É certo que o fato de ter o Advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda de prazo caracteriza negligência profissional. (...) Houve para a apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Estabelecida a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial, demonstrado está o dano moral. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.¹¹³

Observa-se claramente o enquadramento correto do dano como perda de uma chance. No julgado posto à análise, o Advogado deixa de interpor um recurso, retirando as chances do apelado em reverter os prejuízos advindos da sentença desfavorável. Houve o enquadramento correto da aplicação da perda de uma chance para o caso, porém o dano foi reconhecido como uma modalidade de dano moral, ou seja, dano extrapatrimonial.

O caso supracitado refere-se a uma ação trabalhista, o que denota um interesse patrimonial. Portanto, mantida a improcedência da ação por não ter sido interposto o recurso, o dano final será um dano da perda de uma chance de natureza patrimonial. Isto porque o interesse que a chance visa tutelar é de natureza patrimonial, e como o valor da chance corresponde a uma parcela desta vantagem, então devem ser da mesma natureza.

Importante observarmos o fato de que as chances podem se referir a interesses patrimoniais e a interesses extrapatrimoniais.

Defende este entendimento, Daniel Carnaúba quando exemplifica um caso de erro do advogado que ocorre no curso de uma ação de reconhecimento de paternidade. O Autor aduz que é possível ocorrer a perda de chance de natureza patrimonial, referente aos reflexos pecuniários. Já em outro exemplo de um caso em que um candidato é injustamente excluído de

¹¹³ APELAÇÃO: Processo nº 0001124-42.1994.8.19.0028 (2003.001.19138), 14ª Câmara Cível, relator Des. Ferdinando do Nascimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [Em linha]. (26.11.2003) [Consult. 24 junho 2017]. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200300119138>.

uma competição, cujo o prêmio é simbólico, a perda de uma chance pode ser de natureza moral ou extrapatrimonial.¹¹⁴

Como já aduzimos, o interesse da chance é uma parcela do interesse final. Assim a lesão à chance significa a uma parcela da lesão ao interesse da vantagem final perdida, o que refletirá no *quantum debeat* da indenização.

Ocorre que, também, é possível que a perda da chance acarrete, ao mesmo tempo, danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial, quando o lesado visava interesses das duas espécies.

Partindo destas premissas, as quais aderimos, a concepção da perda da chance como dano moral no processo supracitado, representa um equívoco.

Voltando ao nosso exemplo do maratonista Vanderlei da Silva, imaginemos que antes da conduta do agente que o interpelou, o atleta mantinha uma distância para o segundo colocado que lhe permitiria, além de chegar em primeiro lugar, resultado que lhe proporcionasse um prêmio em valor econômico, também bateria o recorde da competição, resultado que colocaria-lhe em situação de prestígio na modalidade esportiva.

Assim, a conduta desvaliosa do agente, ao segurar o atleta, causou-lhe a perda das chances de obter dois interesses de natureza diversa, uma patrimonial, consubstanciada na perda da competição e, conseqüentemente, do prêmio, e da perda da chance da quebra do recorde, de natureza extrapatrimonial, por não ter um valor econômico.

Na mesma linha de entendimento Daniel Carnaúba¹¹⁵ assevera que uma chance perdida pode ao mesmo tempo representar um prejuízo patrimonial e um prejuízo moral. É o que ocorre nos casos em que a chance tutela dois interesses. Ilustra sua posição com o exemplo de um caso de negligência médica, na qual o paciente é privado de tratamento adequado, perdendo as chances de cura e restando impossibilitado temporariamente para o trabalho. Neste contexto está em jogo a indenização pela perda da chance de cura, de natureza extrapatrimonial e a chance de auferir renda pelo trabalho, de natureza patrimonial. Neste caso, com a perda da chance houve duas lesões, que refletiram em dois danos de natureza diversas, reclamando a reparação de naturezas, igualmente, diversas.

No âmbito do direito brasileiro, a 5ª Jornada de Direito Civil, organizada pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, expediu o enunciado de nº 444, evidenciando que a perda de

¹¹⁴ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE - A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.171.

¹¹⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.171.

chance terá natureza patrimonial ou extrapatrimonial, a depender das circunstâncias do caso concreto.

A jurisprudência portuguesa, igualmente, já acolheu a tese de que a perda de uma chance tanto pode representar um dano material como um dano moral. Neste sentido denota o julgado do recurso de revista, que trata de um caso de negligência do advogado que tolheu as chances de seu constituinte ter ganho de causa em juízo.

O julgado reconhece o direito a indenização pela perda de uma chance, condenando o advogado a indenizar o seu cliente pela quebra do dever profissional. Nestes termos reproduzimos o trecho da decisão que reconhece que a perda de uma chance pode gerar danos não patrimoniais: (...)

V - Por não preencher aquele nexó de causalidade não é lícito filiar na “perda de chance” de ganho de uma causa em juízo, por culpa do advogado, a ocorrência da sua perda e prejuízo integral daí adveniente em ordem à sua constituinte.

VI - Contudo a chance, quando credível, é portadora de um valor de per si, sendo a respectiva perda passível de indemnização, desde logo quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram para o expectante.

VII - A “perda de chance” enquanto perca de uma possibilidade real de êxito que se frustrou, poderá gerar igualmente “danos não patrimoniais” indemnizáveis, nos termos do disposto no art. 496.º do CC.¹¹⁶

Por outro lado, há casos em que além da perda da chance, a vítima venha a sofrer outros danos, que não estejam ligados aos interesses aleatórios da perda da chance. Assim é possível que além dos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais da perda da chance, a vítima venha a sofrer danos morais em razão do sofrimento ou frustração causado pela conduta do lesante. Em razão da autonomia da perda da chance, sua eventual indenização não influencia nem supre a indenização por eventual dano moral.

Na mesma linha de entendimento, Nuno Santos¹¹⁷ defende ser possível ocorrer um evento danoso, no âmbito da perda de uma chance, que ocasione, além de prejuízos patrimoniais, dor e sofrimento experimentados pela perda chance. Em situações como estas, a vítima merece além da indenização pela perda de uma chance, outra indenização pelos danos morais.

Daniel Carnaúba¹¹⁸ defende o mesmo entendimento, asseverando que em alguns casos é possível a vítima venha a sofrer danos de natureza moral, além da lesão ao interesse aleatório.

¹¹⁶ REVISTA: Processo nº 9195/03.0TVLSB.L1.S1, 7ª Secção, relator Távora Victor, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (10.03.2011) [Consult. 24 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba528cb4b41c89e7802578690046f0b3?OpenDocument>.

¹¹⁷ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano, Coimbra: Ed. Almedina,2014, p. 74.

¹¹⁸ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.172.

Ou seja, a perda de chance pode ocasionar ofensa a outros interesses da vítima, como a paz, a honra, sua dignidade e dores psicológicas, resultando em dano de ordem moral autônomo em relação à perda da chance. E, portanto, resultará no direito à indenização, sem prejuízo de eventual reparação pela perda da chance,

Em conclusão, a depender da natureza do interesse final, a perda de uma chance poderá ser um dano emergente de natureza patrimonial ou um dano extrapatrimonial. Importante ressaltar que, apesar desta subordinação da natureza do interesse da chance e o dano final, a perda da chance continua sendo um dano autônomo.

Concluimos, assim, que a natureza da chance depende da natureza do interesse em jogo, não cabendo ser exclusivamente patrimonial ou extrapatrimonial.

4.0 APLICAÇÃO DA REPARAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE.

4.1 Características e pressupostos de aplicação.

A primeira característica da perda de uma chance, também é um pressuposto para a sua aplicação ao caso concreto. Trata-se da constatação de que a chance a ser indenizada deve ser *séria e real*.

A certeza é o limite do dano a ser reparado. Assim para que haja a procedência da demanda de reparação da perda de uma chance, esta não pode ser uma mera possibilidade hipotética ou uma simples esperança. É necessário que as chances possam ser comprovadas em termos de probabilidade ou que, por meio de outros elementos probatórios, possa ser aferida uma chance séria de que a vantagem poderia ter sido alcançada ou o prejuízo evitado.

A seriedade das chances tem como objetivo de evitar o favorecimento de demandas oportunistas, de promover a tutela de meros sonhos ou de indenizar interesses de caráter ignóbil.

Para ilustrar o contexto, utilizaremos as seguintes situações: um rapaz português, estudante, sofre um acidente em razão de ato ilícito de outro. Em razão do acidente perde a visão e, como consequência da deficiência, pede indenização pela perda de uma chance de um dia ser astronauta da NASA.

Em outra situação, em razão de ato ilícito de outrem, um candidato é impedido de concorrer em um concurso na fase final, em que 30 participantes disputam 10 vagas.

Ora, no primeiro exemplo, as chances do estudante referem-se à meras esperanças subjetivas. Não há uma perda de chance séria. O sonho de alcançar uma profissão de difícil ascensão, em um futuro tão distante, configura-se muito mais próximo de um mero sonho que em uma chance séria e real.

É claro que a probabilidade da perda de chances, em razão da deficiência visual, pode revelar-se séria, porém a probabilidade de vir a ser um astronauta é tão incerta que retira a seriedade da chance quanto a este fato.

No sentido da seriedade da chance, como pressuposto para a indenização, citamos Rute Pedro¹¹⁹, que entende que a indenização pela perda de uma chance exige a reunião de pressupostos específicos, além dos necessários à configuração da responsabilidade civil. Neste sentido, aduz que é necessário a existência de uma chance séria, cuja seriedade deve ser aferida caso a caso.

A *certeza* é uma nota caracterizadora do dano reparável e que, portanto, danos meramente hipotéticos são irreparáveis. Não se pode permitir que pela perda de uma chance possa-se indenizar a frustração de meros sonhos ou anseios.

O mesmo não se pode dizer do exemplo do candidato que foi impedido de participar da final do concurso. Neste caso, as chances podem, inclusive, ser constatada por simples cálculo matemático. As chances são de 10 para 30, ou seja, 33,33%.

Essa é a razão pela qual a reparação da perda de uma chance só deve ser analisada após o fim do processo aleatório, quando a perda da chance se consolidar, ou não.

Mas, quando é que uma chance pode ser considerada séria?

Alguns autores propõem uma fronteira entre uma chance séria e uma mera possibilidade.

Rafael Peteffi¹²⁰ citando Bryson Moore assevera que a preocupação da doutrina e da jurisprudência norte-americanas com a seriedade das chances é tão evidente que leva muitos doutrinadores a afirmarem que, nos Estados Unidos da América, um dos maiores motivos para que a teoria da perda de chance ser restrita aos casos da seara médica é a falta de estatísticas seguras nas outras áreas.

Sérgio Savi¹²¹ aduz que a chance para ser séria deve corresponder a uma probabilidade superior a 50%. Assim, defende que “ *não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% de obtenção do resultado esperado.*”

¹¹⁹ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 461.

¹²⁰ SILVA, Rafael Peteffi da – Responsabilidade civil pela perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p.135.

¹²¹ SAVI, Sergio – Responsabilidade civil por perda de uma chance SAVI, Sergio – Responsabilidade civil por perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 60.

Entendemos que este limite pode gerar situações discriminatórias injustificáveis. Dependendo do interesse tutelado pela chance, um percentual de 30% representa uma chance mais do que séria. Retornando ao nosso exemplo do erro médico, a perda de uma chance de 30% de cura ou de sobrevivência não pode ser desprezada por simples condicionamento objetivo, ainda mais quando o interesse que se busca é a vida. Entender que as chances de 30% de sobreviver são insignificantes é, simplesmente, inadmissível e inaplicável.

Daniel carnaúba defende o mesmo posicionamento quando assim dispõe:

Em nosso ver, essa imposição pode gerar discriminações. Pensemos nas hipóteses em que a vítima foi impedida de participar de um concurso. Na maioria dos casos, o candidato está apostando contra as probabilidades – suas chances de ser aprovado são muito menores que as chances de reprovação.

Devemos, por essa razão, considerar que o interesse em questão não é relevante, negando-lhe a reparação? Tal solução nos parece injusta. Por certo, tratava-se de uma expectativa pouco provável, mas esta diminuta probabilidade se refletirá quando da liquidação do prejuízo, gerando uma indenização de menor monta.

Não se pode ignorar que algumas oportunidades, conquanto inferiores a 50%, podem representar interesses particularmente importantes para aqueles que as detêm.

A adoção de um patamar mínimo – pouco importa qual seja o valor eleito – é uma solução simplista e inadaptada, tendo em vista a diversidade dos interesses sobre probabilidades.¹²²

De fato, a baixa probabilidade de sucesso de uma chance só deve repercutir no valor da indenização e não na seriedade da chance. Porém, deve haver uma prova de que as chances existem e não se configuram apenas em sonhos ou meras esperanças.

Trazemos à baila a doutrina de Rute Teixeira,¹²³ para quem o juízo sobre o carácter sério da chance não deverá ficar dependente de uma fórmula abstracta, traduzida num número, mas deverá ser o produto da apreciação de todas as circunstâncias do caso (natureza dos bens envolvidos e do resultado pretendido, maior ou menor proximidade temporal da sua consumação...) que podem enriquecer uma chance percentualmente reduzida ou depauperar uma percentualmente elevada.

A segunda característica da perda da chance é que ela se refere a um *resultado futuro*, que pode ocorrer ou não. Alcançado este resultado e quando se configurar como dano, não pode ser resultado da conduta do agente lesante. Isto porque se houver nexos causal entre a conduta do agente e o dano final, restará configurado todos os pressupostos para reparação deste dano, não havendo, portanto, que se falar em indenização pela perda de uma chance, mas sim de indenização pelo dano final.

¹²² CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: A álea e a técnica, p.124-125.

¹²³ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, pag. 217.

A partir dessas premissas, o dano da perda de uma chance deve ser *certo*, e esta certeza deve ser não em relação do resultado final, mas em relação à própria perda da chance. As chances devem ter sido perdidas, inviabilizadas definitivamente, ou seja, deve haver a certeza da perda da chance.

Além de certo, o dano da perda é *atual, presente*, pois se refere a um elemento patrimonial – todos os valores juridicamente protegidos - que o lesado detém e que é perdido no momento da conduta lesante do agente.

Conclui-se, ainda, que a probabilidade da chance não pode ser de 100%, pois assim sendo não houve a perda da chance e sim a perda do interesse da chance.

Ilustrando, através de nosso exemplo do erro médico, se em razão do erro de diagnóstico, o paciente perde a chance de fazer um tratamento com 100% de chances de cura e vem falecer, em razão da doença, o profissional deve indenizar o dano final, causado em razão de sua conduta negligente e não a perda da chance de alcançar a cura. Isto porque sua negligência foi causa adequada para o dano final.

Portanto, o valor de indenização pela perda de uma chance deve ser uma parcela do valor da indenização pelo dano final, nunca maior ou o mesmo valor. Esta constatação revela o caráter *subsidiário* da perda de uma chance, pois apenas nos casos em que não forem possíveis estabelecer um nexo causal entre a conduta e o dano final é que será possível indenizar a perda de uma chance.

Neste sentido, Sérgio Savi¹²⁴ comentando um julgado do ano 2003, exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no Brasil, no qual um advogado perde o prazo para a interposição do recurso de apelação contra sentença contrária aos interesses do constituinte. O julgado reconheceu o dano da perda da chance, porém, cometeu um erro ao quantificar o dano, pois condenou o causídico ao pagamento de tudo aquilo que o seu cliente faria jus se o recurso tivesse sido interposto no prazo legal e provido pelo Tribunal. Não era possível afirmar que o recurso seria provido, caso fosse interposto, portanto, eram as chances que deviam ter sido indenizadas e não o dano final.

Como já vimos, o dano da perda de uma chance é *autônomo*, portanto, distinto do dano final e, conseqüentemente, não poderia ser indenizado no valor deste. Isto não quer dizer que não exista relação entre o dano da perda de uma chance e o dano final, porém esta relação refere-se à critério de ressarcibilidade, como veremos a seguir.

¹²⁴ SAVI, Sergio – Responsabilidade civil por perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 61.

4.2 O quantum da reparação.

Sem dúvida que o momento da apuração do quantum indenizatório da perda de uma chance é de grande complexidade, pois exige o correto enquadramento ou concretização dos conceitos e características da teoria.

Há entendimentos no sentido de que as chances para serem indenizáveis devem corresponder, em um critério de probabilidade, à um valor superior a 50% de alcançar a vantagem final.

Como já aduzimos, este limite pode gerar situações discriminatórias injustificáveis, e a depender do interesse tutelado, um percentual inferior à 50% pode sim corresponder a uma chance séria e real.

O primeiro critério a ser evidenciado, quanto ao quantum da reparação, é que o valor da indenização da perda de uma chance não pode ser igual ou maior ao valor da vantagem perdida.

Isto porque, pelo seu carácter subsidiário, a perda da chance só pode ocorrer apenas quando não for possível aferir certeza no nexo causal entre a conduta do lesante e o dano final.

Também, não pode ser admitido tal patamar de valor ante o carácter autónomo do dano da perda de uma chance, que se configura como um dano diverso do dano final.

Se o valor de indenização da perda de uma chance for igual ou maior do que o da vantagem perdida, estará sendo indenizado o dano final, o que não pode ocorrer ante a ausência do pressuposto do nexo causal.

O dano final está imerso na incerteza do processo aleatório ao qual foi submetido, não sendo possível afirmar se foi causado ou não pelo agente lesante. É importante observar que, a chance é um elemento intermediário em um processo para alcançar uma vantagem. De maneira que quanto maior a possibilidade que o lesado tem de alcançar a vantagem, maior o valor desta chance.

Desta premissa é forçoso deduzir que o valor da chance é diretamente proporcional a probabilidade de ser concretizado o resultado almejado.

O mesmo é dizer que, na consideração da chance em si mesma, se deve ter presente o seu carácter instrumental e intermediário em relação à obtenção do efeito final.¹²⁵

¹²⁵ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, pag. 217.

Para ilustrar a situação, imaginemos que, em razão de uma conduta ilícita da comissão de um concurso, um candidato foi excluído da prova final, a qual pagará um prêmio de trinta mil euros ao vencedor.

Reconhecido a perda de uma chance de obter a vitória, esta chance não pode valer o mesmo valor do prêmio final perdido. Se o valor da indenização for os trinta mil euros, sem que houvesse a certeza necessária de que o candidato lograria êxito em vencer o concurso, estaria premiando o lesado com o prêmio total, como se houvesse vencido a prova, o que se mostra uma solução insensata, absurda.

Uma primeira constatação para que seja feita a aferição do valor da indenização da perda de uma chance é valorar o dano final. Em outras palavras, investigar qual seria o valor da indenização pelo dano final.

Em um segundo momento, deve-se investigar qual o grau de probabilidade de sucesso do lesado de alcançar a vantagem esperada e cuja as chances foram perdidas.

Alcançada as informações e devendo o valor das chances corresponder a uma parcela da vantagem final perdida, calcula-se o valor da indenização aplicando ao valor da vantagem o percentual de probabilidade de sucesso da chance.

Patrícia Cordeiro¹²⁶ se referindo a Rute Teixeira apresenta o procedimento para quantificar o valor da indenização pela perda de uma chance. Neste sentido, assevera que a chance não deve ser medida em valor igual ou maior do que a vantagem perdida. Para aferir o valor da chance, deve-se avaliar o dano final e, em seguida, encontrar o grau de probabilidade das chances de obtenção da vantagem. O valor da chance perdida será o produto do percentual de probabilidade da chance pelo valor do dano final. A autora ressalta, ainda, que este cálculo não deve ser deixado para a fase de liquidação, pois o grau de probabilidade da chance é uma operação que deve ser anterior à decisão, uma vez que é informação essencial para aferir se a chance é séria e real.

Ainda, na mesma esteira de entendimento, está Rafael Peteffi¹²⁷ que defende, como regra fundamental, que a indenização pela perda de uma chance deve sempre ser menor do que a vantagem perdida, inclusive nas espécies de danos morais.

Diante de tais considerações, resta evidente que a perda de chances não se presta para reparação integral do dano final.

¹²⁶ COSTA, Patrícia Cordeiro da – Causalidade, Dano e Prova – A Incerteza na Responsabilidade Civil, Coimbra: Ed. Almedina, 2016, p.24.

¹²⁷ SILVA, Rafael Peteffi da – Responsabilidade civil pela perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 205.

Por fim, resta observar que tal entendimento, quanto ao limite da reparação, faz-se necessário diante dos conceitos e características da perda de uma chance, conforme anteriormente abordadas, entre elas ressaltamos a seriedade das chances, sua autonomia, sua certeza e a aplicação da causalidade adequada.

4.3 Uma análise da teoria na jurisprudência portuguesa.

A perda de chances é um conceito forjado pela jurisprudência, portanto, nada melhor do que uma análise da jurisprudência para aferirmos o grau de aceitação desta teoria no sistema jurídico português.

A jurisprudência é a melhor forma de verificar-se a utilidade de determinado instituto ou teoria.

Através da análise de julgados dos diversos tribunais de um país é possível extrair informações de como estes interpretam e aplicam uma teoria e concluir o grau de maturidade da doutrina acerca da matéria.

A utilidade da teoria da perda de uma chance pode ser aferida pela diversidade de contexto em que são interpostos os pleitos de indenização com base nesta teoria. Neste sentido se faz necessário uma análise jurisprudencial.

A partir dos elementos estudados acerca da teoria, passaremos à análise da jurisprudência portuguesa, comentando a maneira como estes elementos estão sendo utilizados nos julgados.

Uma das características estudadas foi a certeza e autonomia do dano da perda de uma chance. Neste sentido, analisaremos um julgado do STJ¹²⁸ em 2010 que trata de um caso de responsabilidade civil do advogado, pela perda de uma chance do seu constituinte.

Trata-se de um recurso de Revista, tendo como ação originária o pleito de reparação pela perda de uma chance causada por ato negligente do advogado que não interpôs recurso que beneficiaria os seus constituintes.

Preliminarmente chama a atenção o acerto do enquadramento da teoria quando no item 9º da ementa, a sentença se refere à perda de chance como uma situação omissiva que a não ter ocorrido, poderia, razoavelmente, propiciar ao lesado uma situação jurídica vantajosa.

¹²⁸ REVISTA: Processo nº 2622/07.0TBPNF.P1.S1, 1ª Secção, relator Sebastião Póvoas, do Supremo Tribunal de Justiça. [Em linha]. (29.04.2010) [Consult. 26 junho 2017]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6445e7dfde69fef280257715003ab427?OpenDocument>.

Claramente um caso de perda de uma chance de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. O recurso não interposto pelo advogado tolheu as chances do lesado em reverter uma situação desfavorável, portanto, o julgado avaliou bem o contexto de enquadramento da teoria.

No entanto, causa estranheza o item 10º da ementa ao assim declarar: “*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.*” Ora o dano da perda de uma chance é presente ou atual, pois ocorre a perda de uma chance no momento da conduta que a destrói.

Outro equívoco evidente está ao aduzir que o dano da perda de chance só é relevante se provado que o lesado obteria o direito, não fosse a chance perdida, confunde a perda da chance com o dano final. Se restar comprovado que, se não fosse a perda da chance, a vítima conseguiria evitar o prejuízo, então não haveria que se falar em indenização pela perda da chance, mas sim de indenização pelo prejuízo final, estaria configurado o nexo causal entre o dano final e a conduta negligente do advogado.

Na fundamentação, o julgado é equivocado quanto ao conceito da perda da chance como dano futuro:

Não é um dano presente, no sentido de se achar concretizado no momento da fixação da indemnização. Mas, em rigor, também não é um dano futuro por não se inserir na definição do n.º 2 do artigo 564.º do Código Civil.

(...)

A perda de oportunidade não sendo, como se disse, um dano presente – imediato ou mediato – só pode ser qualificado de dano futuro mas eventual ou hipotético, salvo se a prova permitir que com elevado grau de probabilidade, ou verosimilhança concluir que o lesado obteria certo benefício não fora a chance perdida.¹²⁹

Dano futuro, nos termos do nº 2 do art. 564^{o130}, refere-se a danos que ocorrerão após a fixação da indenização. No caso da perda de uma chance o dano ocorre no momento da conduta desvaliosa do agente causando a perda da chance.

Nestes termos Eduardo dos Santos Junior¹³¹ leciona que “*danos presentes e danos futuros: os primeiros são os danos efetivamente verificados no momento em que a indenização é fixada, os segundos são aqueles que ocorrerão, previsivelmente, depois desse momento*”

¹²⁹ REVISTA: Processo nº 2622/07.0TBPNF.P1.S1, 1ª Secção, relator Sebastião Póvoas, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (29.04.2010) [Consult. 26 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6445e7dfde69fef280257715003ab427?OpenDocument>

¹³⁰ O art. 564º, 2 - do Código Civil prescreve que: na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior.

¹³¹ JÚNIOR, Eduardo dos Santos – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I JÚNIOR, Eduardo dos Santos – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I, 3ª ed. Lisboa: Ed. Aafdl, 2014, p. 341.

ainda que, como os primeiros, sejam resultantes da conduta lesiva e sejam considerados na fixação do montante indenizatório) ”.

Rute Teixeira¹³², acerca do tema entende que o dano será presente quando se tenha já verificado, e será futuro quando não tenha se verificado ao tempo da fixação da indenização. Neste sentido, o dano da perda de uma chance será atual, pois a perda ocorre no momento da verificação do ato ilícito.

Outro equívoco evidente no julgado, refere-se ao item 11º no tocante à afirmação de que *“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 ”.*

Ora, conforme já afirmamos, o dano da perda de uma chance é subsidiário, ou seja, só caberá quando não for possível demonstrar o nexos causal entre a conduta e o prejuízo final. No caso em tela, não é possível demonstrar que se o recurso fosse interposto, o resultado seria sua procedência, nem tem que haver tal demonstração, pois o que se pede é a condenação pela perda da chance e não pelo resultado final.

Como já aduzimos, a incerteza fica por conta do nexos entre a conduta e o prejuízo final e não quanto a perda da chance.

Entender da forma afirmada no julgado é confundir o dano da perda com o dano final, tornando o dano certo (perda da chance) em um dano incerto (improcedência do recurso).

Continuando a nossa análise, acerca da teoria da perda de uma chance, debruçarmo-nos em outro julgado envolvendo a atividade de um advogado que, de forma negligente, causou a perda de chance de seu constituinte.

(...)V – A vantagem em causa deve ser aferida em termos de probabilidade, reportando-se o dano de “perda de chance” ao valor da oportunidade perdida e não ao benefício esperado.(...)

VIII- A “perda de chance” não releva, no caso concreto, por contrariar o princípio da certeza dos danos e as regras da causalidade adequada.

IX- Não tendo resultado provado que o despedimento colectivo fosse ilícito e não apontando os factos apurados para que haja forte probabilidade de assim ser considerado, não está verificado o nexos de causalidade adequada entre a omissão do réu, consistente na falta de impugnação do despedimento, e o dano invocado.¹³³

¹³² PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 223.

¹³³ REVISTA: Processo nº 1410/04.OTVLSB.L1.S1, 1ª Secção, relator Azevedo Ramos, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (26.10.2010) [Consult. 27 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2ac02e45be429a8a802577ca003efa84?OpenDocument>

Trata-se de um caso em que a vítima constituiu advogado para impugnar demissão coletiva, supostamente injusta, porém o causídico deixou passar o prazo de 11 onze meses sem interpor a ação cabível causando a perda da chance de formular pedidos e impugnar a aludida demissão.

Para que seja indenizável, a chance deve ser séria, que leve a um grau de certeza de que as chances existiam. A certeza é o limite do dano a ser reparado. Assim para que haja a procedência da demanda de reparação da perda de uma chance, esta não pode ser uma mera possibilidade hipotética ou uma simples esperança.

Neste sentido, exsurge-se da ementa que a improcedência do pedido de indenização da perda de uma chance deu-se por dois motivos: por contrariar o princípio da certeza do dano e ausência de nexo de causalidade adequada na conduta do réu.

Mais uma vez se confunde o dano da perda da chance e o dano final. O nexo causal deve ser aferido entre a conduta e o dano da perda da chance, neste sentido a conduta negligente do causídico foi condição necessária e suficiente para a perda da chance da impugnação, não havendo de se falar em ausência de nexo causal.

No entanto, quanto ao grau certeza do dano da perda da chance, este fator se refere à idoneidade das chances, ou seja, a demonstração de que as chances de obtenção do interesse jurídico buscado são reais e sérias e neste sentido o julgado denota que o despedimento coletivo não foi ilícito e que não restou reconhecido que houvesse forte probabilidade de que a ação fosse procedente.

Ao aduzir que “*não está verificado o nexo de causalidade adequada entre a omissão do réu, consistente na falta de impugnação do despedimento, e o dano invocado*”, comete-se o equívoco de que o dano da perda de chance só é relevante se provado que o lesado obteria o direito, não fora a chance perdida. Assim, confunde-se a perda da chance com o dano final. Se restar comprovado de que, se não fosse a perda da chance, a vítima conseguiria evitar o prejuízo, então não haveria que se falar em indenização pela perda da chance, mas sim de indenização pelo prejuízo final, estaria configurado o nexo causal entre o dano final e a conduta negligente do advogado.

Para que não fosse possível a indenização pela perda da chance no caso em questão, seria necessário fundamentar que as chances não são sérias ou até mesmo nulas. Havendo uma razoável chance, a indenização é medida que se impõe. Ficaria para a apuração do quantum da indenização a questão da ínfima probabilidade de sucesso.

Pelo aduzido no acórdão, deduz-se que se o autor da ação pudesse comprovar que o seu despedimento foi ilícito, estaria comprovando que a procedência de eventual ação seria

certa e que, portanto, a conduta negligente do advogado foi condição adequada e necessária para o dano final, cabendo o dever de indenizar.

Passamos à análise de outro julgado¹³⁴ do STJ do ano de 2014, que também julgou improcedente a indenização pela perda de uma chance ante a ausência de seriedade da chance:

Trata-se de mais um caso de perda de uma chance pela desídia de um advogado que não ofereceu contestação. O constituinte foi condenado na ação e requereu a condenação do causídico a indenizá-lo pela perda da chance de evitar a condenação.

A partir do julgado, percebe-se que as chances do autor foram aferidas como improváveis ou desprovidas de razoável grau de êxito.

Para serem indenizáveis, as chances devem ser sérias e reais, sob pena de favorecer demandas oportunistas e de promover a tutela de meros sonhos.

Note-se, então que, quando os juízes condicionam a reparação de uma chance ao seu caráter real e sério, eles não querem nada, além da prova concreta de que a vítima estimava aquela chance e que, assim, essa perda representa uma lesão efetiva a um interesse seu. O objetivo dos Tribunais é de descartar os falsos interesses, inexplicavelmente “descobertos” pela vítima apenas no momento em que ele propôs sua ação de reparação.¹³⁵

Ora, a ementa no seu item 10º assim aduz : “*A sua “chance” de não ser condenado era mínima, não credível e, por isso, não se pode afirmar que a conduta omissiva e censurável da Ré Advogada tenha sido a causa directa, imediata de não ter sido absolvido na acção de regresso, implicando perda dessa chance*”¹³⁶. Assim, ao afirmar que as chances eram mínimas, afirma-se que as chances existiam, portanto, podem ser perdidas, como realmente foram, porém as reconhecem como desprovidas de seriedade.

Ao aduzir que *não se pode afirmar que a conduta omissiva e censurável da Ré Advogada tenha sido a causa directa, imediata de não ter sido absolvido na acção de regresso*, o julgado põe, como pressuposto para a obrigação de indenizar pela perda de uma chance, que a conduta do advogado tenha sido a causa direta e imediata do dano final. Ora, se assim fosse, não estaríamos diante de um caso de perda de chance, mas de dano direto causado pelo causídico, o que reclamaria a indenização pelo prejuízo final.

¹³⁴ REVISTA: Processo nº 824/06.5TVLSB.L2.S1, 6ª Secção, relator Fonseca Ramos, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (01.07.2014) [Consult. 27 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/597eea8446b7be9080257d090034f717?OpenDocument>.

¹³⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.127.

¹³⁶ REVISTA: Processo nº 824/06.5TVLSB.L2.S1, 6ª Secção, relator Fonseca Ramos, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (01.07.2014) [Consult. 27 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/597eea8446b7be9080257d090034f717?OpenDocument>.

O nexo de causalidade não deve ser aferido em relação ao dano final, ou seja, a improcedência da ação, mas sim pela perda da chance, dano autônomo.

Embora tenha decidido pela ausência de seriedade da chance perdida, a fundamentação utilizada para afastar a teoria da perda da chance confundiu o dano que deve nortear o nexo causal.

Neste julgado analisaremos um equívoco muito comum no enquadramento do quantum indenizatório da perda de uma chance. Trata-se de um julgado do STJ, do ano de 2013, que tem como causa de pedir o não pagamento de um cheque pelo banco, em razão da revogação pelo emitente.

1 - O não pagamento de um cheque revogado e sem provisão no período que suportasse o débito do cheque, faz presumir, segundo as regras da experiência e das probabilidades, que o seu portador não receberá o seu montante.

2 - Se mais tarde o tomador puder vir a receber o referido montante invocando uma relação subjacente ao negócio cartular, é um facto que terá que ser alegado e demonstrado pelo Banco sacado.

3 - Ao tomador do cheque revogado compete apenas alegar e provar que não recebeu o seu montante em virtude do ilícito cancelamento do pagamento do cheque, cumprindo assim o ónus que sobre si impende de alegar e provar o nexo de causalidade entre esse facto ilícito e o dano, assim consubstanciado.

4 - Ao Banco sacado competirá alegar e provar que apesar de o tomador não receber esse montante através do desconto do cheque revogado, o receberá ou poderá receber por outro modo, daí se retirando que aquele tomador não teria qualquer prejuízo com a revogação.

5 - A existência deste nexo de causalidade e deste dano só poderia ser posta em causa se o sacado lograsse provar que a sua conduta era inapropriada para a produção do dano, do que desde logo resultaria que o seu comportamento nem sequer constituiria um comportamento apto à produção do resultado danoso.

6 - A irrelevância negativa da causa virtual é uma regra geral, pelo que a falta de provisão de um cheque nenhuma influência pode ter na responsabilidade do sacado como autor do dano que era inerente ao não pagamento do cheque por ilícita aceitação da sua revogação.

7 - Da revogação ilícita de um cheque e da consequente proibição do seu pagamento, sempre resultaria para o seu portador, independentemente do seu resultado final, a privação de determinadas oportunidades para chegar a esse resultado – o pagamento – ou seja, a perda de uma chance.¹³⁷

A ação foi julgada procedente em primeira instância e reformada em grau de recurso.

Em sede de Revista, o acórdão foi revogado e mantida a sentença de 1º grau.

O equívoco deste julgado está no valor da indenização, concedida em 1º grau e mantida na Revista.

Conforme se denota no disposto do julgado, a indenização pela perda da chance correspondeu ao valor do cheque que não foi pago.

¹³⁷ REVISTA: Processo nº 4591/06.4TBVNG.P1.S1, 2ª Secção, relator Oliveira Vasconcelos, do Supremo Tribunal de Justiça. [Em linha]. (21.03.2013) [Consult. 29 junho 2017]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/90bf24ba0823932280257b3b003c67a1?OpenDocument>.

A decisão foi nos seguintes moldes:

(...)

Quanto à utilidade económica, seria, obviamente, o pagamento do montante inscrito no cheque.

E utilizando a equidade, temos que a sua mais justa seria fazer coincidir o prejuízo do autor com o montante do cheque.

A decisão

Nesta conformidade, acorda-se em conceder a revista e, revogando-se o acórdão recorrido, condenar o réu nos termos da decisão de 1ª instância.¹³⁸

Inicialmente, destacamos que o julgado enquadró o contexto como sendo indenizável pela perda de uma chance e o dano como sendo autónomo, nos seguintes moldes: *“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.”*

Até este ponto, o julgado fez o enquadramento correto dos conceitos da teoria, o dano da perda de uma chance realmente não se confunde com o dano final. A perda da chance, neste caso, refere-se a uma vantagem perdida, que consubstancia-se no valor do cheque que não foi pago.

O valor da indenização da perda de uma chance deve ser na proporção da probabilidade de se evitar o prejuízo, probabilidade esta que não restou evidenciada nos autos. Portanto, ficaria à critério de arbitramento pelo Juízo, desde que respeitados os pressupostos para a admissão da indenização pela perda da chance. Estamos nos referindo ao limite da indenização, que segundo demonstramos não pode ser 100% do valor da vantagem perdida. O valor de indenização pela perda de uma chance deve ser uma parcela do valor da indenização pelo dano final, nunca maior ou igual à este valor. Esta constatação revela o carácter *subsidiário* da perda de uma chance, pois apenas nos casos em que não for possível estabelecer um nexo causal entre a conduta e o dano final é que será possível indenizar a perda de uma chance.

Como já vimos, o dano da perda de uma chance é *autónomo*, portanto, distinto do dano final e conseqüentemente não poderia ser indenizado no valor deste.

Ao aferir as chances pelo mesmo valor do dano final, o julgado está indenizando a vítima pelo não pagamento do cheque e, neste sentido, não é possível afirmar que a conduta do agente lesante foi condição necessária e adequada para este prejuízo. Resta, portanto, ausente um pressuposto para a obrigação de indenizar: a certeza do nexo causal em relação ao dano final.

¹³⁸ REVISTA: Processo nº 4591/06.4TBVNG.P1.S1, 2ª Secção, relator Oliveira Vasconcelos, do Supremo Tribunal de Justiça. [Em linha]. (21.03.2013) [Consult. 29 junho 2017]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/90bf24ba0823932280257b3b003c67a1?OpenDocument>.

Na prática, o dano final, consubstanciado no valor do cheque, foi indenizado com a nomenclatura de perda da chance, o que se mostra incabível.

O julgado revela um equívoco na quantificação do valor da indenização pela perda de uma chance.

Passamos à análise de um julgado¹³⁹ do STJ, do ano de 2016, que classifica a perda de uma chance como lucro cessante. O caso trata de um acidente do qual resultou lesões corporais à vítima e, em razão destas lesões, ficou incapacitado para o exercício de atividades laborais.

Em análise à utilização da teoria da perda de uma chance, observamos o seguinte arrazoado do acórdão:

I. Ao avaliar e quantificar o dano patrimonial futuro, pode e deve o tribunal reflectir também na indemnização arbitrada a perda de oportunidades profissionais futuras que decorra do grau de incapacidade fixado ao lesado, ponderando e reflectindo por esta via na indemnização, não apenas as perdas salariais prováveis, mas também o dano patrimonial decorrente da inevitável perda de chance ou oportunidades profissionais por parte do lesado.

(...)

E, nesta perspectiva, deverá aditar-se ao lucro cessante, decorrente da previsível perda de remunerações, calculada estritamente em função do grau de incapacidade permanente fixado(...).¹⁴⁰

Resta claro eu houve uma equivocada classificação do dano da perda de uma chance como lucro cessante. Aliás, houve o equívoco de confundir os danos futuros indenizáveis e a perda da chance de obter estes danos futuros.

A perda de uma chance é um dano actual, ocorre no momento da conduta lesante, pode se referir a uma vantagem futura, mas não se confunde com esta vantagem e, portanto, não se classifica como lucro cessante.

Sabemos que os danos são presentes ou futuros “consoante se tenham já verificado ou não no momento que se considera, designadamente à data da fixação da indemnização”. Ora, o dano da perda de chance será, em regra, um dano actual, na medida em que a chance, em princípio, se perde no próprio momento da verificação do facto ilícito¹⁴¹.

Desta forma, ou os prejuízos futuros são indenizadas como lucro cessante ou a perda de chance de evitar esses prejuízos são indenizadas como lucro emergente, pois a chance foi perdida no momento da conduta.

¹³⁹ REVISTA: Processo nº 175/05.2TBPSR.E2.S1, 7ª Secção, relator Lopes do Rego, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (10.11.2016) [Consult. 29 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/838f901c99971886802580680059022e?OpenDocument>

¹⁴⁰ REVISTA: Processo nº 175/05.2TBPSR.E2.S1, 7ª Secção, relator Lopes do Rego, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (10.11.2016) [Consult. 29 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/838f901c99971886802580680059022e?OpenDocument>

¹⁴¹ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 223.

A reparação de chances pressupõe que a vítima dispunha de uma oportunidade no momento do acidente, e que seu desaparecimento representa uma deterioração dessa situação anterior. Trata-se, portanto, de um dano emergente.¹⁴²

Em suma, embora a vítima faça jus à indenização pela perda de oportunidade profissionais, perdidas no momento da lesão, não se trata de indenização por danos futuros.

Passamos a analisar julgados em que se observa o enquadramento correto dos conceitos e características da teoria da perda de uma chance.

I - Enquanto mandatário forense, compete ao advogado a defesa dos interesses legítimos dos seus clientes, o estudo zeloso do problema jurídico em vista à solução de que foi incumbido, utilizando todos os recursos da sua experiência, saber e atividade profissional, com a autonomia própria da respetiva natureza técnica e a imperativa observância dos rígidos deveres decorrentes do Estatuto da Ordem dos Advogados.

II - A sua obrigação é, porém, uma obrigação de meios: somente se obriga a desenvolver, no âmbito dos específicos conhecimentos que adquiriu, uma atividade ou conduta caracterizada por uma diligência mais rigorosa do que a que se exige a um cidadão médio, direcionada ao resultado final de satisfação do interesse do seu cliente, mas sem assegurar que o mesmo se produza, dada a falibilidade e imprevisibilidade da prova e até a frequente divergência de opiniões jurídicas.

III - A perda de chance deve ser considerada como um dano atual, autónomo, consubstanciado numa frustração irremediável (dano), por ato ou omissão de terceiro, de verificação de obtenção de uma vantagem que probabilisticamente era altamente razoável supor que fosse atingida, ou na verificação de uma desvantagem que razoavelmente seria de supor não ocorrer, não fosse essa omissão (nexo causal).

IV - Para haver indemnização, o dano da perda de oportunidade de ganhar uma ação não pode ser desligado de uma consistente e séria probabilidade de a vencer: não basta invocar a omissão da obrigação de instaurar ação de despejo, com base em fundamento conhecido há mais de um ano, que teve como consequência impedir a sua procedência, por caducidade; impõe-se, ainda, alegar e provar que, sem essa omissão, os factos fundamento resultariam provados, tendo ser muito elevada a probabilidade de vencer a ação omitida.

O julgado apresenta inegável acerto acerca da teoria, merecendo destaque quando aduz na ementa que “*A perda de chance deve ser considerada como um dano atual, autónomo, consubstanciado numa frustração irremediável (dano)*”¹⁴³. A atualidade e autonomia do dano da perda da chance são suas características marcantes. A perda é atual, ocorre no momento da conduta lesante e apesar de se referir a uma vantagem futura é autónomo em relação do dano final.

É necessário aguardar o desfecho do processo aleatório para que se configure a perda da chance, ou seja, haja a frustração irremediável das chances.

¹⁴² CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.57.

¹⁴³ REVISTA: Processo nº 614/06.5TVLSB.L1.S1, 6ª Secção, relator Silva Salazar, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (05.05.2015) [Consult. 29 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e69ea7cca9e275d880257e3d003cc490?OpenDocument>.

Ao afirmar que a perda da chance ocorre “*por ato ou omissão de terceiro, de verificação de obtenção de uma vantagem que probabilisticamente era altamente razoável supor que fosse atingida, ou na verificação de uma desvantagem que razoavelmente seria de supor não ocorrer, não fosse essa omissão (nexo causal)*”¹⁴⁴, o julgado reconhece que as chances devem ser sérias, reais, probabilisticamente aferível e que deve ser comprovado o nexo causal entre a conduta do agente lesante e a perda da chance, nos seguintes termos:

IV - Para haver indemnização, o dano da perda de oportunidade de ganhar uma ação não pode ser desligado de uma consistente e séria probabilidade de a vencer: não basta invocar a omissão da obrigação de instaurar ação de despejo, com base em fundamento conhecido há mais de um ano, que teve como consequência impedir a sua procedência, por caducidade; impõe-se, ainda, alegar e provar que, sem essa omissão, os factos fundamento resultariam provados, tendo ser muito elevada a probabilidade de vencer a ação omitida.¹⁴⁵

Observa-se, o cuidado em aferir a seriedade da chance, consubstanciada na elevada probabilidade das chances. Esse pressuposto deve ser aferido antes de qualquer outro.

Agora, passaremos a consultar este julgado de lavra do Tribunal da Relação de Lisboa, bastante instrutivo acerca da aplicação da teoria, na medida em que denota o correto entendimento da doutrina no tocante à técnica de quantificação do valor da indenização.

(...)

III – Para aferir do valor do dano da perda de chance há que ponderar, por um lado, a vantagem patrimonial que seria alcançada com a verificação do resultado final e, por outro lado, a probabilidade de esse resultado ser alcançado.

IV - O quantum da indemnização corresponderá a um valor que considere aquela vantagem patrimonial, reduzida proporcionalmente em face do coeficiente correspondente ao grau de probabilidade de obtenção do resultado, sem prejuízo da ponderação de critérios de equidade e de eventuais danos morais.¹⁴⁶

Trata-se de julgado, em que se percebe com clareza a correta utilização dos critérios para a quantificação da indenização pela perda de uma chance.

Destaca-se a afirmação de que é necessário ponderar a vantagem patrimonial, que seria alcançada com a verificação do resultado final. Isto, porque em razão do carácter instrumental e intermediário da chance, esta serve como elemento de um processo que visa alcançar uma vantagem ou evitar um prejuízo e, portanto, seu valor é uma parcela da vantagem final perdida.

Desta premissa é forçoso deduzir que o valor da chance é diretamente proporcional a probabilidade de ser concretizado o resultado almejado.

¹⁴⁴ REVISTA: Processo nº 614/06.5TVLSB.L1.S1, 6ª Secção, relator Silva Salazar, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (05.05.2015) [Consult. 29 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e69ea7cca9e275d880257e3d003cc490?OpenDocument>.

¹⁴⁵ REVISTA: Processo nº 614/06.5TVLSB.L1.S1, 6ª Secção, relator Silva Salazar, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (05.05.2015) [Consult. 29 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e69ea7cca9e275d880257e3d003cc490?OpenDocument>.

¹⁴⁶ APELAÇÃO: Processo nº 12.617/11.3T2SNT.L1-1, 6ª Secção, relatora Maria da Graça Araújo, do Tribunal da relação de Lisboa. [Em linha]. (10.03.2015) [Consult. 29 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e69ea7cca9e275d880257e3d003cc490?OpenDocument>.

Neste sentido, citamos André Carnáuba que defende que o interesse *sobre a chance* representa uma fração do interesse sobre a obtenção do resultado final e, por consequência, a lesão ao interesse sobre a chance resultará em um prejuízo equivalente a uma parcelada vantagem almejada pela vítima, resguardada a natureza patrimonial ou extrapatrimonial do interesse em questão.¹⁴⁷

Da mesma forma, faz-se necessário verificar o quanto esta chance era real, ou seja, qual a probabilidade de se concretizar na vantagem final.

Por fim, resta, igualmente correto e instrutivo, o aduzido no nº IV: “*O quantum da indemnização corresponderá a um valor que considere aquela vantagem patrimonial, reduzida proporcionalmente em face do coeficiente correspondente ao grau de probabilidade de obtenção do resultado, sem prejuízo da ponderação de critérios de equidade e de eventuais danos morais.*”

Como já afirmamos, o quantum indenizatório deve ser o percentual de certeza da chance, aplicado ao valor da vantagem final. Mesmo nos casos de perda de chance de interesse extrapatrimonial, deve-se aplicar o mesmo critério.

Por fim, passamos a consultar mais um julgado que ressalta a correta aplicação dos conceitos, características e pressupostos da aplicação da teoria da perda de uma chance.

A ementa do julgado ressalta o pressuposto da seriedade da chance que deve ser aferido em razão do grau de consistência e probabilidade da ocorrência do resultado esperado. Também expõe com clareza e com precisão a forma de aferição do valor da chance, conforme a doutrina dominante, nos seguintes termos:

(...)

II - Apenas serão indemnizáveis as chances “sérias e reais”, pelo que importa averiguar se a possibilidade perdida gozava de um determinado grau de consistência e probabilidade suficiente de verificação do resultado pretendido.

III - A probabilidade de êxito no recurso tem de ser aferida em função dum “juízo sobre o juízo” desse recurso, ou seja, se seria suficientemente provável o seu êxito, atendendo às circunstâncias do caso concreto e à jurisprudência seguida nessa matéria pelo tribunal de recurso.

IV - O valor da indemnização a fixar pela perda de chance não pode ser igual ou superior ao dano final e correspondente ao resultado que se pretendia evitar.¹⁴⁸

¹⁴⁷CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.171.

¹⁴⁸ APELAÇÃO: Processo nº 540/13.1T2AVR.P1, 2ª Secção, relator Tomé Ramião, do Tribunal da relação do Porto. [Em linha]. (10.06.2016) [Consult. 29 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/29c600eb0e6ee9cc80257fff00313610?OpenDocument&Highlight=0,perda,de,chance>.

A ementa deste julgado representa um instrutivo resumo das características da teoria da perda de uma chance. Ressalta a natureza de dano autônomo, cujas as chances devem ser sérias e reais, para que sejam indenizáveis.

Destaca o limite da indenização, que não pode ser igual ou maior ao dano final.

E, por fim, denota que a apuração do quantum indenizatório deve ser um percentual do grau de probabilidade da chance em relação ao valor do resultado final, e que o valor da indenização deve ser distinto do dano final, em consonância com o caráter autônomo da perda de uma chance.

As análises dos julgados evidenciam incerteza e equívocos na aplicação da teoria. A ausência de aprofundamento da teoria por parte da doutrina, contribui para uma jurisprudência cambaleante entre a sua aplicação e a sua rejeição.

Como ficou evidenciado, vários são os casos em que apesar de acolher a teoria, os julgados a aplicam de forma errônea, e em outros casos são rejeitadas pelos fundamentos equivocados.

De qualquer forma, tais fatos evidenciam a ausência de uma base doutrinária mais aprofundada na matéria, pois se a jurisprudência constrói o direito, a doutrina é o arquiteto.

Neste sentido, a análise jurisprudencial revela uma oscilação significativa entre interpretação correta e incorreta acerca de teoria da perda de uma chance, o que reclama uma exploração mais profunda do tema pela doutrina.

Outra conclusão que extraímos da análise da jurisprudência portuguesa é que a maioria esmagadora dos julgados envolvem contexto da responsabilidade por ato negligente do advogado, o que denota a necessidade de um amadurecimento da doutrina acerca da matéria, pois é possível a aplicação da teoria em uma maior diversidade de casos.

4.4 Uma análise da teoria na jurisprudência brasileira.

Adotando o posicionamento de verificar a aplicação da teoria em diversos contextos, passaremos a analisar a jurisprudência brasileira, observando os critérios de aplicação da teoria da perda de uma chance e os contextos em que são pleiteados esta modalidade de indenização.

O primeiro julgado trata de um caso de morte após a ausência de atendimento médico adequado. Trata-se, portanto, de um típico caso de perda de uma chance de cura ou de sobrevivência.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E PENSIONAMENTO MENSAL. ERRO MÉDICO. ÓBITO NO CURSO DO PROCESSO. VIÚVA E FILHOS QUE INGRESSAM NOS AUTOS. NEXO CAUSAL APONTADO PELA PERÍCIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO

O julgado foi procedente ao pleito de indenização pela perda de uma chance, como dano extrapatrimonial no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Observamos, que o critério utilizado para o quantum indenizatório da perda de uma chance foi arbitrado, sem levar em consideração qualquer critério de realidade das chances.

Apesar de tratar do pleito, como uma perda de chance, a indenização foi arbitrada como danos morais sofridos pelos familiares, conforme se denota no seguinte trecho da fundamentação: *“Os danos morais sofridos pelos familiares da vítima fatal estão plenamente configurados (dano in re ipsa), devendo os valores indenizatórios ser mantidos em R\$ 30.000,00, em conformidade com os parâmetros praticados pela jurisprudência, considerando a capacidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta e o desestímulo à reincidência”*.

Neste sentido, entendemos que houve um equívoco quanto a natureza dos danos indenizados.

Indenizou-se o sofrimento dos familiares pela morte do parente, e não a perda de chance da cura ou da sobrevivência deste.

Para que reste claro estas observações, traremos um outro julgado com um contexto semelhante, e que foi julgado pelo critério mais recomendado, segundo a teoria da perda de uma chance:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO LABORATÓRIO. AFASTADA. AUSÊNCIA DE ERRO DE DIAGNÓSTICO EM EXAMES. NÃO VINCULAÇÃO DO MÉDICO AO LABORATÓRIO. ATENDIMENTO PRESTADO POR MÉDICO ORTOPEDISTA INADEQUADO. AUSÊNCIA DO DEVIDO ACOMPANHAMENTO APÓS CIRURGIA. PACIENTE COM DOR INCESSANTE. TUMOR BENIGNO QUE EVOLUIU PARA MALIGNIDADE. AMPUTAÇÃO DE MEMBRO INFERIOR ESQUERDO COM POSTERIOR ÓBITO DA PACIENTE. NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA. NEXO CAUSAL. TEORIA DA PERDA DA CHANCE APLICADA. DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES AFASTADOS. DANOS MORAIS CABÍVEIS E MITIGADOS. SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ¹⁵⁰

¹⁴⁹ APELAÇÃO: Processo nº 0009220-66.2009.8.19.0207; 26ª Câmara Cível; Relª Desª Natácha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [Em linha]. (15.06.2015) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br>.

¹⁵⁰ APELAÇÃO: Processo nº 0003367-44.2008.8.12.0001, 5ª Câmara Cível; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. [Em linha]. (24.02.2015) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjms.jus.br>.

Trata-se de um caso de erro médico. Segundo os autos, o médico iniciou o tratamento da paciente, e ao deixar de prestar o devido acompanhamento, após realização de cirurgia, a patologia evoluiu de tumor benigno para a malignidade em menos de um ano e meio, mesmo com a queixa de incessantes dores pela paciente, característica predominantemente de tumor maligno.

Em razão desta conduta o paciente perdeu a chance de se submeter a um tratamento com eficácia de 50% e teve parte da perna amputada.

Resta evidente a ocorrência de perda de chances reais de sérias, portanto, ressarcíveis.

Neste sentido, o julgado foi procedente no seguintes moldes: *“Desta forma, a indenização pelo dano moral há que ser fixado em 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, os quais, tomando-se por base o valor vigente, equivalem a R\$ 118.200,00, já ponderando a redução do “quantum” em 50% em virtude das chances de sobrevivência da vítima”*.

Como o interesse buscado pela chance é de natureza extrapatrimonial, da mesma natureza deve ser a indenização.

Cabe observar que os danos materiais, como dano final, não foram indenizados ante a ausência de nexo causal entre a conduta e este dano, ressaltando o caráter subsidiário da perda da chance. Neste sentido o julgado prescreveu nos seguintes moldes: *Adotando-se a teoria da perda de uma chance, não cabe a indenização por danos materiais, uma vez que não se tem a certeza de que efetivamente o resultado esperado ocorreria.*

Da mesma forma, foi decidido com acerto quanto ao *se ressaltar que a indenização fundada na aplicação da la perte d'une chance deverá situar-se no limite percentual de chances perdidas, o que se pondera caso a caso.*¹⁵¹

Neste julgado, observamos acerto nos critérios de aplicação da teoria.

Trazemos à análise um julgado¹⁵² no contexto trabalhista da lavra do Tribunal Superior do Trabalho, em que a vítima perdeu a chance de progredir na carreira em razão de ato ilícito do Órgão gestor de mão de obra (OGMO), sofrendo discriminação ilegítima que lhe retirou as chances.

Este julgado denota a posição do Tribunal Superior do Trabalho em acolher a indenização da perda de uma chance no âmbito trabalhista.

¹⁵¹ APELAÇÃO: Processo nº 0003367-44.2008.8.12.0001, 5ª Câmara Cível; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. [Em linha]. (24.02.2015) [Consult. 30 junho 2017].Disponível em <http://www.tjms.jus.br>.

¹⁵² REVISTA: Processo nº 0000836-44.2011.5.09.0411, 7ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, do Tribunal Superior do Trabalho. [Em linha]. (26.08.2016) [Consult. 30 junho 2017].Disponível em <http://www.tst.jus.br>

Observa-se, com clareza, o correto entendimento acerca da teoria. Neste sentido destacamos o seguinte trecho: “(...) é cabível a avaliação do tema pelo prisma da teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), na qual se visa à responsabilização do agente causador pela perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance, desde que razoável, é considerada ofensa às expectativas do trabalhador que, ao pretender uma situação mais vantajosa (...)”.

É verdade que na jurisprudência de Tribunais trabalhistas há oscilações acentuadas entre acolher e rejeitar a teoria, inclusive este julgado reforma decisão de Tribunal Regional, que havia rejeitado a indenização pela perda da chance, conforme se denota no seguinte trecho: “Ao contrário do que entendeu o Tribunal Regional neste ponto, é cabível a avaliação do tema pelo prisma da teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*)”.

Cabe ressaltar que a incerteza é um elemento necessário para a indenização da perda de uma chance, uma vez que, se faz necessário que não haja certeza quanto aonexo causal entre a conduta do agente e o resultado final. A chance sempre está envolvida em um grau de incerteza em relação à vantagem perdida. Neste sentido vale descrever como o julgado denota este conceito nos seguintes moldes: “A chance perdida guarda sempre um grau de incerteza acerca da possível vantagem, ainda que reduzido, dando azo ao pagamento de indenização correspondente à possibilidade de êxito do intento do trabalhador”¹⁵³.

O próximo julgado¹⁵⁴ revela o acolhimento da jurisprudência da indenização pela perda de uma chance de progredir na carreira, por ato ilícito de terceiro estranho à relação trabalhista.

Trata-se de um caso em que a vítima, Policial militar, sofre um acidente, necessitando de afastamento da atividade profissional, e em razão de incapacidade permanente, sofre atraso na promoção ao cargo de cabo. A indenização ocorreu a título de danos morais.

Entendemos que o interesse buscado na chance tem caráter patrimonial e não caberia indenização de outra natureza, porém o equívoco mais claro está no fato de que houve apenas o atraso na obtenção da promoção e, portanto, não houve a perda total das chances.

¹⁵³ REVISTA: Processo nº 0000836-44.2011.5.09.0411, 7ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, do Tribunal Superior do Trabalho. [Em linha]. (26.08.2016) [Consult. 30 junho 2017].Disponível em <http://www.tst.jus.br>

¹⁵⁴ APELAÇÃO: Processo nº 0024933-71.2009.8.26.0309, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, do Tribunal de Justiça de São Paulo. [Em linha]. (13.04.2016) [Consult. 30 junho 2017].Disponível em <http://www.tjsp.jus.br>.

Nestes termos aduz a ementa: “*Atraso na obtenção de promoção a cargo de cabo. Perda de uma chance.*”

No caso em tela, é possível a indenização por danos morais e até pela perda de uma chance, mas não a perda da chance de ser promovido e progredir na carreira, pois esta não foi perdida, apenas adiada.

É possível, por exemplo, a perda de uma chance de ser promovido no mesmo ano, ou nos dois anos seguintes e, portanto, caberia uma indenização pela perda nestes termos e limites.

No entanto, ao indenizar pela perda de uma chance de progredir na carreira em razão de atraso nesta progressão, estar-se-ia desvirtuando pressuposto para a indenização da perda de uma chance nos termos da teoria.

Como já aduzimos, neste trabalho, se faz necessário esperar o final do processo aleatório para se aferir a perda da chance. No caso em análise, o atraso na promoção não configura a perda de uma chance de progredir na carreira.

O próximo julgado corresponde a um caso de erro de diagnóstico médico, com o resultado morte do paciente.

O julgado denota a utilização da teoria da perda de uma chance na seara médica, permitindo um alargamento da possibilidade de indenização, nos casos em que não se revela possível a prova do nexo causal entre a negligência médica e o dano final.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DE ATENDIMENTO MÉDICO HOSPITALAR. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PACIENTE ATENDIDO EM PRONTO ATENDIMENTO MUNICIPAL DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CRIANÇA DE TENRA IDADE QUE É NEGLIGENCIADA NO ATENDIMENTO, SEM REQUISIÇÃO DE QUALQUER EXAME COMPLEMENTAR A FIM DE DIAGNOSTICAR A CAUSA DA FEBRE, VINDO A FALECER HORAS DEPOIS DE MENINGITE. PERDA DE UMA CHANCE DE MITIGAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA ENFERMIDADE. DANOS MORAIS DIMENSIONADOS A PARTIR DO PERCENTUAL DE CHANCE DE CURA DA DOENÇA CASO O DIAGNÓSTICO HOUVESSE OCORRIDO NO PRIMEIRO ATENDIMENTO MÉDICO. AUSENTE DEVER DE INDENIZAR RELATIVAMENTE AO PENSIONAMENTO E ÀS DESPESAS DE FUNERAL DEVIDO AO NEXO CAUSAL.¹⁵⁵

O contexto trata de uma criança que foi atendida em hospital municipal, sofrendo de febre alta e dores, no entanto foi medicada com analgésicos e em seguida recebeu alta.

Houve Falha na prestação do serviço médico-hospitalar, consistente em não solicitar exames complementares no primeiro atendimento, o que poderia ter abreviado o tempo de diagnóstico e permitido a introdução da medicação adequada para o tratamento da

¹⁵⁵ APELAÇÃO: Processo nº 0342761-07.2016.8.21.7000, 9ª Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. [Em linha]. (22.02.2017) [Consult. 30 junho 2017].Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

doença. Em razão da negligência, o infante perdeu a chance de se submeter ao tratamento adequado, com 30% de chances de sobreviver.

Após 12 horas de ter dado entrada no hospital a criança veio à óbito. O julgado reconheceu a procedência do pleito de indenização pela perda de uma chance, a qual foi arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais.

Pois bem, não havia necessidade de arbitramento para indenização.

Entendendo que as chances perdidas correspondiam a 30% de sobrevivência, caberia encontrar o valor da indenização pela morte e aplicar o percentual de 30% referente a seriedade da chance, o que resultaria no valor da indenização, segundo a mais balizada doutrina acerca da teoria.

O julgado acerta quando julga improcedente os danos materiais, consubstanciados em despesas com funeral e pensionamento, pois não há como comprovar que, mesmo com o diagnóstico e tratamento correto, a criança sobrevivesse.

Um outro equívoco do julgado está em indenizar o sofrimento da mãe da criança, como se fosse o dano da perda de uma chance. Resta evidenciado, quando assim aduzido: *“Assim, considerando ser imensurável economicamente a dor pela perda de um filho, as condições econômicas das partes, a reprovabilidade da conduta dos profissionais que atenderam o paciente que vai minimizada ante as condições existentes para atendimento, fixo a indenização, a título de danos morais pela perda da chance, em R\$ 30.000,00.”*¹⁵⁶

Mais uma vez se confunde o dano extrapatrimonial da dor e o dano extrapatrimonial da perda de uma chance.

Há casos em que, além da perda da chance, a vítima venha a sofrer outros danos que não estejam ligados aos interesses aleatórios da perda da chance. Assim, é possível que além dos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais da perda da chance, a vítima venha a sofrer danos morais em razão do sofrimento ou frustração causado pela conduta do lesante. Em razão da autonomia da perda da chance, sua eventual indenização não influencia, nem supre a indenização por eventual dano moral.

Na mesma linha de entendimento está a doutrina de Nuno Santos¹⁵⁷, que defende a possibilidade de uma situação de perda de chance poder causar prejuízos patrimoniais, mas

¹⁵⁶ **APELAÇÃO:** Processo nº 0342761-07.2016.8.21.7000, 9ª Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. [Em linha]. (22.02.2017) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

¹⁵⁷ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano, Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 74.

também danos de caráter moral. Sendo o correto a fixação de indenização pela perda da chance, sem prejuízo da fixação de indenização por danos morais.

No mesmo entendimento está a doutrina de Daniel Carnaúba¹⁵⁸, ao asseverar que é possível em um contexto de perda de chance, a depender do interesse buscado, haver lesão de natureza patrimonial, bem como ofensa a interesses como a honra, dignidade e a paz, configurando, assim, um dano moral, que não se confunde com o dano da perda da chance.

Apesar deste equívoco, o julgado revela o acolhimento da jurisprudência brasileira a indenização pela perda de uma chance no contexto de erro médico, o que denota um valioso avanço na aplicação e utilidade da teoria. Sem a aplicação da teoria perda de uma chance quase a totalidade dos casos pertinentes a erros médicos ficam sem possibilidade de indenização ante a incerteza causal em relação ao resultado danoso.

O próximo julgado¹⁵⁹, trata de um descumprimento de contrato de fornecimento de energia por parte de concessionária de serviço público causando a perda de chance de uma empresa(hotel).

Trata-se de um caso em que a concessionária de energia elétrica não realizou modificações na rede elétrica, até o vencimento do prazo estipulado. Esta omissão, em tese, haveria causado a redução da disponibilidade de 2/3 dos quartos de um hotel, localizado na cidade histórica de Santa Bárbara-MG, em época que acontecem variados eventos em datas comemorativas locais, e na qual se inserem diversos períodos de alta temporada turística.

Houve claro prejuízo da perda de chances do Hotel, em obter vantagens com a lotação de seus quartos em época de alta temporada.

Não é possível fixar um nexos causal direto, entre a conduta ilícita da concessionária e a queda na lotação do Hotel, porém o mesmo não se pode dizer do nexos entre a conduta e a perda da chance.

Inicialmente, observamos que o julgado destaca uma característica de parte da jurisprudência brasileira em enquadrar o dano da perda de uma chance como um dano intermediário entre o dano moral (extrapatrimonial) e o dano material, ideia a qual não acolhemos, pelos motivos já aduzidos neste trabalho. Neste sentido assim descreve o julgado:

“Originária da doutrina francesa ("pert d'une chance"), essa teoria representa uma categoria de dano intermediária entre o dano moral, o material e à imagem, e é adotada pela jurisprudência brasileira quando se constata a existência do

¹⁵⁸ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.172.

¹⁵⁹ APELAÇÃO: Processo nº 1.0572.10.003999-7/001, Rel. Des. Gilson Soares Lemes, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. [Em linha]. (23.02.2017) [Consult. 30 junho 2017].Disponível em <http://www.tjsp.jus.br>.

ato ilícito e do dano, mas não é possível mensurar com precisão a extensão das perdas (...).¹⁶⁰

Observamos, ainda, que a ideia do julgador acerca da valoração do quantum indenizatório da chance é equivocada. Isto porque, entende que apenas nos casos de danos materiais é possível a aferição real das chances. Como já aduzimos, não há óbice a indenização das chances quando o dano é de natureza extrapatrimonial. Nestes termos aduziu o julgador: “(...) da impossibilidade de aferição do dano efetivo, pois nas hipóteses em que se admite a valoração real do quantum indenizatório, reputam-se configurados os danos materiais(...)”¹⁶¹”

Corretamente, o julgador acolheu o pleito de indenização pela perda de uma chance fundamentando, os pressupostos e características da teoria.

Ressaltamos o seguinte trecho da ementa: “ *Patenteada, portanto, a probabilidade real e seria de se concretizarem as expectativas de maior rentabilidade do negócio, manifesta a possibilidade de utilização do instituto da perda de uma chance para a fixação da indenização. Conforme orientação jurisprudencial, a quantia arbitrada não deve alcançar o valor total das expectativas de obtenção de vantagens (porquanto hipotéticas imaginárias), mas uma proporção dele que corresponda às prováveis perdas, haja vista que as circunstâncias presumidamente vantajosas e os respectivos ganhos não aconteceram de fato. Recurso conhecido e não provido.*”¹⁶²”

Como se pode observar, o julgador ressalta o pressuposto de seriedade e realidade da chance e a autonomia do dano, na medida em que este não se confunde com o dano final e nem pode ser indenizado em quantia que alcance o valor da vantagem perdida.

Este julgador representa um exemplo de aplicação da perda de uma chance em descumprimento de contrato de consumo, ressaltando mais um contexto, ainda pouco explorado, de aplicação da teoria da perda de uma chance.

Outro contexto de aplicação da teoria da perda de uma chance, ainda pouco explorado é a perda de uma chance em razão da omissão do Estado. Neste sentido passamos a analisar um julgador pertinente a este contexto.

¹⁶⁰ APELAÇÃO: Processo nº 1.0572.10.003999-7/001, Rel. Des. Gilson Soares Lemes, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. [Em linha]. (23.02.2017) [Consult. 30 junho 2017].Disponível em <http://www.tjsp.jus.br>.

¹⁶¹ Op. cit.

¹⁶² Op. cit.

O julgado¹⁶³ a ser analisado trata de um caso em que o Estado deixa de fornecer medicamento para tratamento de câncer ao paciente, que em razão da doença vem a óbito. A sentença em primeiro grau, confirmada em segundo grau, condenou o Estado à obrigação de indenizar os familiares da vítima, em razão da perda de uma chance de alcançar a cura, como se evidencia da seguinte forma: “ *Ainda segundo o acórdão de 2º Grau, "a conduta omissiva do Estado em não fornecer o medicamento impediu que o enfermo tivesse a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciado na esperança de controle da evolução da doença"*”.

Um equívoco, evidenciado na ementa do julgado: “*concluindo, à luz das provas dos autos, que há nexos de causalidade entre a conduta omissiva e a precoce morte do Paciente, de quem lhe foi retirada a chance de uma sobrevivência*”. Ora, se há nexos causal entre a conduta omissiva do Estado e o resultado final morte, então não há de se falar em perda de uma chance, mas sim de indenização pela morte do paciente. O dano da perda de chance é subsidiário, só tendo relevância para efeitos de indenização quando as chances forem sérias e não for possível a constatação de nexos causal entre a conduta e o dano final.

De qualquer forma, o julgado denota mais um contexto de aplicação da teoria da perda de uma chance, que vem alargar as possibilidades de indenização por danos, em que não se mostra viável a comprovação de nexos causal entre a conduta ilícita e o dano final, permitindo uma indenização justa de parte dos danos.

Um outro contexto em que pode e deve ser usado a teoria da perda de uma chance é nos casos envolvendo perda de um concurso, em razão de conduta ilícita de outrem.

Passamos à análise deste julgado¹⁶⁴, que representa um caso de um candidato com reais chances de ser aprovado em um concurso, mas que em razão de descumprimento de contrato de transporte rodoviário, não compareceu ao certame, perdendo a chance de ser aprovado:

O caso trata de um candidato com chances reais de aprovação em um concurso para o cargo de Delegado no Estado do Rio de Janeiro. As chances reais do candidato foram aferidas, ante a sua aprovação recente em outros dois concursos para o mesmo cargo, em outros estados, conforme se extrai do seguinte trecho da ementa: “ *uma vez que demonstrada possibilidade séria e real de ser aprovado no certame, diante da aprovação para o mesmo cargo em outros estados (Amazonas e Santa Catarina)*”¹⁶⁵.

¹⁶³ AGRAVO: Processo nº 2016/0004941-5, 2ª Turma, Relª Minª Assusete Magalhães, do Superior Tribunal de Justiça. [Em linha]. (28.06.2017) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.stj.jus.br>.

¹⁶⁴ APELAÇÃO: Processo nº 0358084-23.2014.8.21.7000,11ª Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. [Em linha]. (25.03.2015) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

¹⁶⁵ Op. cit.

O julgado acatou a indenização pela perda de uma chance da vítima participar da segunda fase do concurso, em razão da empresa de transporte não ter cumprido o contrato de transporte.

Em suma, cabe a aplicação da teoria da perda de uma chance quando houver a impossibilidade da vítima participar de um concurso, em razão da conduta de outrem, desde que suas chances possam ser afetadas. No caso em questão, a vítima comprovou que suas chances eram reais, diante de suas aprovações em outros concursos para o mesmo cargo, permitindo ao julgado ultrapassar o primeiro filtro para indenização das chances, ou seja, a sua seriedade.

Tratando-se de uma fase final de um concurso é mais provável a comprovação das probabilidades das chances, ante o número mais reduzidos de concorrentes nesta fase.

O próximo julgado nos revela um caso de descumprimento de contrato pela empresa de plano de saúde. Este julgado se mostra relevante, pois ações envolvendo pedidos de indenização em face de plano de saúde estão em pleno crescimento no Brasil. É impressionante a quantidade de ações contra estas empresas e, na grande maioria, pleiteando indenizações por descumprimento contratual.

Pois bem, neste novo julgado¹⁶⁶ a ser analisado, a vítima requer indenização pela perda de uma chance em face do plano de saúde, que negou transferência, via aérea, de paciente com infarto agudo. O paciente veio a óbito.

Apesar do contrato firmado entre as partes não contemplar a remoção aérea, o plano de saúde provocou uma demora excessiva para negar o serviço, causando uma espera por um tempo desnecessário, diminuindo consideravelmente as chances de cura do paciente, provocando violação ao direito a saúde do paciente.

Inicialmente, o julgado reconhece a pertinência da teoria da perda de uma chance quando aduziu que *o réu, ao demorar a proceder a transferência do paciente ou de comunicar a negativa de autorização do procedimento, inviabilizou uma autêntica oportunidade de prolongamento da vida do segurado do plano de saúde.*¹⁶⁷

A fundamentação enquadrou corretamente os conceitos e características da perda de uma chance. No entanto, mais uma vez, não se indenizou a perda de uma chance, mas sim o sofrimento da família, ante a conduta da demandada. É o que se denota da fundamentação nos

¹⁶⁶ APELAÇÃO: Processo nº 0101162-45.2014.8.19.0001, 24ª Câmara Cível, Relª Desª Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [Em linha]. (27.04.2016) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br>.

¹⁶⁷ Op. Cit.

seguintes termos: “*Nessa linha, a verba compensatória mostra-se aquém do dano sofrido, merecendo majoração por todo o transtorno que autora suportou pela demora da ré, ocasionando a morte de seu cônjuge sem nenhuma possibilidade de melhora em virtude de estar internado em hospital inadequado para o tratamento de sua doença*”¹⁶⁸.

A perda de uma chance não se presta a indenizar o sofrimento ou transtorno da vítima, ainda mais quando o sofrimento e transtorno é de terceiros, no caso em questão da esposa da vítima. A chance é uma propriedade da vítima, que pode ser objeto de indenização aos sucessores.

Como já aduzido, não há óbice ao pedido acumulativo de indenização pelos danos morais e de indenização pela perda da chance de cura ou sobrevivência, que não se confunde com o dano da dor e sofrimento. Esta parece ser a tônica da jurisprudência brasileira acerca da perda de uma chance, aceitá-lo apenas como dano moral e, ainda pior, como fundamento para indenização pela dor e sofrimento.

O próximo julgado¹⁶⁹, representa um caso de uma professora que foi excluída indevidamente dos quadros de uma cooperativa, em razão da qual deixou de trabalhar e auferir renda por um prazo de 9 (nove) meses. Trata-se de temática pertinente a perda de uma chance de auferir uma vantagem econômica.

Este julgado, mostra-se didático acerca da temática da perda de uma chance, principalmente no tocante aos conceitos e pressupostos para a indenização.

Primeiramente, o contexto “*pode*” não se tratar de dano pela perda de uma chance, isto porque é possível que a professora não auferiu renda em razão direta e suficiente da sua exclusão indevida dos quadros da cooperativa.

Assim, haveria nexos causal entre a conduta ilícita da cooperativa e o dano final, salvo se não for possível comprovar que haveria trabalho para a autora. Neste caso, havendo dúvidas quanto ao auferimento de renda no período do afastamento, falece o nexos causal com o dano final, ante a incerteza da ocorrência de trabalho. Assim, restaria apenas a perda da chance de auferir renda a partir de trabalhos que poderiam advir ou não.

¹⁶⁸ APELAÇÃO: Processo nº 0101162-45.2014.8.19.0001, 24ª Câmara Cível, Relª Desª Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [Em linha]. (27.04.2016) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004966119B76844310C469D59D2DCEC1C76C5050531294B>

¹⁶⁹ APELAÇÃO: Processo nº 2012.01.1.191925-6, 6ª Turma Cível; Rel. Des. José Divino de Oliveira, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. [Em linha]. (10.06.2015) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br>.

Mesmo se olharmos a decisão por este ângulo, a indenização jamais poderia corresponder ao crédito futuro e incerto e, nem tampouco maior do que o dano final, neste sentido, julgou-se, erroneamente, o quantum indenizatório.

A decisão aduziu que *“Com base nas informações constantes nos contracheques de fls. 34/54, é possível afirmar que se tivesse continuado a lecionar na cooperativa, a apelante teria, no mínimo, percebido a importância de R\$1.000,00 mensais de remuneração. Contudo, indevidamente excluída dos quadros da ré em 27/12/2011 (fl. 16) e reintegrada apenas em 11/10/2012 (fl. 24), ficou cerca de 9 meses sem remuneração.”*¹⁷⁰

Ora, conforme aduzido no julgado, se os vencimentos mensais da autora são de R\$ 1.000,00 (Um mil reais), por mês, e esta ficou afastada por 9 (nove) meses, o dano final foi de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

Tendo em conta que, a indenização não é pelo dano final, mas sim pelas chances perdidas, esta deve corresponder a uma parcela do dano final, na proporção da probabilidade da ocorrência de trabalho neste período.

No entanto, a indenização foi arbitrada em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), um valor muito superior ao dano final, restando desvirtuado, totalmente, os critérios de indenização pela perda de uma chance, como pode-se observar no seguinte trecho decisão :

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para anular a respeitável sentença e, com fundamento nos art. 515, §3º, do CPC, JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido deduzido na petição inicial para condenar a ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 12.000,00 a título de reparação por danos materiais decorrentes da perda de uma chance.¹⁷¹

O julgado se equivoca, também, em confundir a autonomia da chance e a independência desta em relação ao dano final. A autonomia se traduz no fato de que o dano da perda é um dano diferente do dano final, no entanto, refere-se a uma vantagem perdida e seu quantum indenizatório é uma parcela desta vantagem, na proporção da seriedade da chance.

Neste sentido, o julgado aduz que: *“o valor da indenização pela perda de uma chance não tem qualquer relação com os prejuízos sofridos pela parte. A indenização deve corresponder à própria chance, que o magistrado apreciará in concreto, e não ao lucro ou perda que dela era objeto”*¹⁷².

¹⁷⁰ Op. cit.

¹⁷¹ APELAÇÃO: Processo nº 2012.01.1.191925-6, 6ª Turma Cível; Rel. Des. José Divino de Oliveira, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. [Em linha]. (10.06.2015) [Consult. 30 junho 2017].Disponível em <http://www.tjdft.jus.br>.

¹⁷²Op. cit.

A conclusão, a partir destas afirmações, é que o dano da perda da chance é tão independente do dano final, que a sentença condenou o demandado a indenizar as chances em um valor superior à vantagem perdida.

Vale citar que a natureza do dano da perda da chance foi aduzida corretamente pelo julgado, dano material, uma vez que o interesse buscado pela chance era de natureza econômica. Porém, o julgado perdeu os parâmetros da teoria que devem nortear o valor da indenização.

Da análise da jurisprudência brasileira acerca do tema da perda de uma chance, podemos tirar algumas conclusões:

- 1) Há uma diversidade de contextos de perda de uma chance postas em juízo, o que denota uma considerável propagação da teoria entre os operadores do direito.
- 2) A jurisprudência enquadra corretamente quase todos os conceitos, características e pressupostos, mas na maioria dos casos aplicam o dano da perda da chance como substituto ou fundamento para indenizar o sofrimento, frustração ou dor causado pelo ato ilícito. Na verdade, nestes casos, a perda de uma chance não se configura como um dano em si.
- 3) Há uma incidência razoável de procedência nos pleitos por indenização pela perda de uma chance, o que pode evidenciar a existência de muitos casos em que não se comprova o nexo causal com o dano final, o que demonstra a utilidade da teoria. Porém, também pode ser efeito do acolhimento da perda da chance como fundamento da ocorrência de dano moral, de qualquer forma há um desvirtuamento sério da teoria pela jurisprudência brasileira, basicamente no tocante ao entendimento da perda de uma chance como dano autônomo.
- 4) Há um acentuado número de equívocos nos julgados, denotando a utilização errônea de conceitos e pressupostos da teoria.

De qualquer forma, tais fatos evidenciam a ausência de uma base doutrinária mais aprofundada na matéria e coesa.

4.5 A teoria na doutrina portuguesa.

Passamos a analisar o que diz a doutrina portuguesa, acerca da perda de uma chance. Para tanto, iniciamos com o seguinte comentário de Sinde Monteiro, quando aborda a questão de elevação de risco, aduzindo nos seguintes termos:

Instrutiva é também a jurisprudência francesa respeitante à “*perte d’une chance de guérison ou de survie*”.

O carácter de dano indenizável da *perte d’une chance* não é hoje seriamente contestado pela doutrina francesa e também entre nós nada parece opor-se à sua

ressarcibilidade, respeitados que sejam os “*garde-fous*” colocados por aquela doutrina e jurisprudência.¹⁷³

Importante observar o estudo de Júlio Vieira Gomes que, em 2005, apesar de ser descrente na adoção da teoria, já observa a seriedade da chance como pressuposto para a indenização, apesar de ter uma visão crítica acerca da teoria:

Afigura-se-nos, pois, que a mera perda de uma chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória...Na medida em que a doutrina da perda de chance seja invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística, parece-nos que a mesma deverá ser rejeitada entre nós, ao menos *de jure condito*...Admitimos, no entanto, um espaço ou dimensão residual da perda de chance no Direito português vigente: referimo-nos a situações pontuais, tais como a situação em que ocorre a perda dum bilhete de lotaria, ou em que se é ilícitamente afastado dum concurso ou de uma fase posterior dum concurso. Trata-se de situações em que a chance já se “densificou” o suficiente para, sem se cair no arbítrio do juiz, se poder falar no que Tony Weir apelidou de “uma quase propriedade”, um “bem”.¹⁷⁴

Rute Teixeira Pedro, em um profundo trabalho acerca da teoria, cita Álvaro Dias nos seguintes termos, acerca utilização da perda de uma chance na jurisprudência portuguesa:

A perda de chance, enquanto tal, está ausente do nosso direito.

Em Portugal, poucos são os Autores que se referem à noção de perda de chance e, quando o fazem, dedicam-lhe uma atenção lateral e pouco desenvolvida.

Pode também, entender-se que paira nas entrelinhas de decisões judiciais portuguesas, estando subjacente a algumas delas em que os tribunais expendem um raciocínio semelhante ao que subjaz a esta teoria, sem, no entanto, se lhe referirem.¹⁷⁵

A autora ressalta que o acolhimento da teoria da perda de uma chance, na seara médica, passa pelo reconhecimento da perda de chance como uma espécie de dano.

Ressalta que, se aceite e aplicado, a figura da perda de uma chance fará um alargamento de situações submetidas à responsabilidade civil, nas quais existem um grau de incerteza no nexu causal e na verificação de certos resultados.

Nestes termos assim assevera:

(...) Porém, o acolhimento da mesma, no nosso ordenamento – tal como acontece em ordenamentos próximos, em geral, e no domínio da responsabilidade do médico em particular, depende de sua consideração como uma espécie de dano. Tratar-se-á,

¹⁷³ MONTEIRO, J. Ferreira Sinde – Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, Coimbra: Ed. Almedina, 1989, p. 297.

¹⁷⁴ GOMES, Júlio Vieira - DIREITO E JUSTIÇA - ANO XIX - TOMO 2 REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA GOMES, Júlio Vieira - DIREITO E JUSTIÇA - ANO XIX - TOMO 2 -REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA, Lisboa: Ed. Universidade Católica Lisboa, 2007, p. 43.

¹⁷⁵ PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 232-233.

assim, de um dano que apresenta a peculiaridade de se reportar à lesão de uma entidade que se caracteriza por uma aleatoriedade intrínseca – a chance.

(...)

Aceite tal figura, a sua aplicação no âmbito da responsabilidade civil do médico apresentará um vasto leque de potencialidades no que respeita a um conjunto de situações, em que existe um elevado grau de incerteza quanto a verificação de certos eventos ou à conexão entre eles.”¹⁷⁶

Abordando o tema dos problemas da causalidade, Manoel Carneiro da Frada, identifica a importância na consideração da perda de uma chance como um dano, como forma de possibilitar a sua indenização nos moldes dos pressupostos da responsabilidade civil. Assim, aduz nos seguintes termos:

Um outro exemplo dá-o o dano conhecido por “perda de chance”, praticamente por desbravar entre nós. Entre as suas áreas de relevância encontra-se a da responsabilidade médica: se o atraso de um diagnóstico correcto diminuiu em 40% as possibilidades de cura do doente, *quid iuris* ? Já fora desse âmbito, como resolver também o caso de exclusão de um sujeito a um concurso, privando-o da hipótese de o ganhar? Ainda: se na fase das negociações de um contrato um terceiro acusa infundadamente uma das partes à outra, e esta última se desinteressa depois das negociações, poderá haver responsabilidade pela perda da oportunidade de um contrato (e em que termos ?). Uma das formas de resolver este género de problema é a de considerar a perda de oportunidade um dano em si, como antecipando o prejuízo relevante em relação ao dano final. (...) Mas então tem de se considerar que a mera possibilidade de uma pessoa se curar, apresentar-se a um concurso ou negociar um contrato consubstancia um bem jurídico tutelável.¹⁷⁷

Rui Cardona, acata a aplicação da teoria como dano não patrimonial, por entender que não se revela viável como dano patrimonial:

A ideia de um dano emergente e autónomo de perda de chance não é concebível, entre nós, no domínio dos danos patrimoniais e, em especial, nas situações que concretamente nos ocupam, sem prejuízo de poder ser admitida quanto estejam em causa danos não patrimoniais, nomeadamente nos casos da responsabilidade civil por acto médico; (...) A teoria da perda de uma chance pode, assim, ser aceite entre nós no domínio que nos ocupa, como critério de aferição da causalidade, em termos similares aos que decorreriam da referida teoria da conexão do risco, não se opondo a isso o art. 563º do C.C.¹⁷⁸

Por fim, citamos o entendimento de Patrícia Cordeiro que defende a aplicação da teoria para diversos contextos em que exista a incerteza do nexa causal:

A crítica de que esta teoria não fornece uma solução para todos os problemas de incerteza causal não é, em meu entender, procedente. Conforme já realçado em vários pontos deste trabalho, é tempo de ganhar consciência que o conhecimento humano é imperfeito e baseado em probabilidades.

¹⁷⁶ Op. cit., p. 460-461.

¹⁷⁷ FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Lisboa: Ed. Almedina, 2011, p. 103-104.

¹⁷⁸ FERREIRA, Rui Cardona – *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2011, p. 360-361.

Além disso, a circunstância de uma teoria não permitir resposta a todos os problemas de forma coerente não deve ser determinante para a sua adoção ou rejeição nos casos em que a mesma se justifique.

(...)

Esta solução é aplicável em todos os sectores de responsabilidade – contratual e extracontratual e também pré-contratual – sendo-lhes, assim, transversal. Efetivamente, o problema que visa resolver diz respeito aos conceitos de dano, nexos causal, e sua prova, comuns a todos aqueles sectores.¹⁷⁹

A doutrina acerca da teoria da perda de uma chance é ainda escassa, poucos doutrinadores dedicam um trabalho acerca do tema, apesar de sua importância. Este fenómeno é a principal causa para os poucos casos levados aos Tribunais, e para as decisões em conflito com os conceitos e critérios, inerentes à teoria da perda de uma chance.

Se é verdade que a jurisprudência constrói o direito, igualmente é verdade que a doutrina faz o papel do arquiteto. Neste sentido, faz-se necessário estabilizar este tema na doutrina e conseqüentemente na jurisprudência, para que os litígios possam ser evitados, a prevenção destes danos possa ser implementada, e que sejam mais convenientes as soluções extrajudiciais de conflitos envolvendo a perda de uma chance.

A teoria em estudo é um conceito útil ao direito da responsabilidade civil, tornando sua atuação mais ampla e adequada ao seu fim primordial, permitir a reparação de danos na esfera cível.

Como se referiu Rui Cardona¹⁸⁰, citando Nils Jansen, *o Direito não está fundamentalmente preocupado com um retrato filosoficamente verdadeiro do mundo – seja o que isso for. O Direito está mais preocupado com o mundo tal como ele é entendido pelas pessoas. Para esse entendimento do mundo, a ideia de chance é de capital importância.*

A teoria da perda de uma chance representa a proteção a interesses jurídicos, em casos que a perda desta chance representa um prejuízo.

Se o direito, mais especificamente a responsabilidade civil, não proteger as vítimas deste dano estará aquém de sua finalidade.

Apesar de ser crescente a aplicação da teoria na jurisprudência portuguesa, os equívocos acerca dos conceitos, impedem a ampliação de contexto aplicáveis e põe em dúvida a viabilidade de uma teoria tão útil ao Direito.

¹⁷⁹ COSTA, Patrícia Cordeiro da – Causalidade, Dano e Prova – A Incerteza na Responsabilidade Civil, Coimbra: Ed. Almedina, 2016, p.24.

¹⁸⁰ FERREIRA, Rui Cardona – Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance, Coimbra : Ed. Coimbra, 2011, p. 372.

Trata-se, portanto, de uma teoria assimilável pelo Direito português, ainda insipiente na doutrina, mas com grandes expectativas de utilidade e solução para diversos contextos de responsabilidade civil.

Os conceitos e critérios abordados neste trabalho denotam a inexistência de impedimentos intransponíveis à aplicação de uma teoria amplamente defensável, mas faz concluir a necessidade de maiores estudos acerca do tema.

CONCLUSÕES.

Utilizada na primeira vez em 1889, na França, a teoria da perda de uma chance, corresponde a supressão da oportunidade de alguém obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Trata-se de possibilitar a indenização da chance perdida, quando não for possível estabelecer um nexo causal entre a conduta do agente lesante e o dano final.

Este tema é literalmente inovador e enriquecedor do instituto da responsabilidade civil, além de proporcionar condições de corrigir injustiças e ampliar a reparação de danos em uma sociedade tão massificada, globalizada, tão avançada tecnologicamente e tão imersa em riscos.

A teoria da perda de uma chance, com utilização em ascendência em diversos países como a França, Itália, Inglaterra, Estados Unidos e Brasil, vem promover um alargamento dos casos de acolhimento da responsabilidade civil, promovendo assim justiça, em casos nos quais não é possível a demonstração do nexo causal entre o fato e o dano final.

O campo de aplicação da doutrina da perda de uma chance são vários, de acordo com o contexto pode ser gerado um dano de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Pode ser utilizado em contexto envolvendo desde a perda de oportunidade de vitória em competições esportivas, contextos envolvendo concursos, serviços públicos, vitória em processos judiciais e até mesmo envolvendo oportunidade de cura e de sobrevivência.

Apesar de gozar de boa aceitação na França e Itália, a teoria da perda de uma chance ainda está a desbravar a doutrina e a jurisprudência portuguesa.

A teoria da perda de uma chance desponta como a solução para danos os quais as teorias convencionais se mostram incapazes de gerar a obrigação de repará-los.

O convívio em sociedade se revela cada vez mais complexo, com a multiplicação de riscos de danos, bem como com a complexificação dos processos causais, o que revela casos desafiadores ao instituto da responsabilidade civil.

Neste contexto, a teoria da perda de uma chance se revela como uma engenhosa teoria, que permite que a responsabilidade civil alcance a reparação de danos, em que seu filtro de reparação tradicional não permite a indenização.

Casos em que uma conduta negligente de um médico retira as chances de cura de um paciente, que deixa de fazer um tratamento com boas chances de cura. Ocorrendo a morte do paciente, em razão da doença, não cabe indenização pela conduta do médico, embora este tenha retirado as chances da vítima conseguir a cura através de um tratamento adequado.

Isto, porque não é possível dizer com a certeza necessária que a ausência do tratamento adequado foi causa para o resultado morte. O nexo causal entre a negligência do médico e o resultado morte está envolto de um grau de incerteza intransponível.

Porém, a perda da chance de fazer o tratamento adequado foi perdida, e nesta perda está o dano a ser ressarcido.

Resta evidente que a aplicação da teoria amplia a capacidade de resposta do instituto da responsabilidade civil a danos injustos.

As mudanças pelas quais passam, constantemente, a sociedade moderna, aumentam, consideravelmente, as situações de risco de danos injustos.

Mudanças tecnológicas criam riscos, ainda não conhecidos a 20 anos atrás.

O Direito é uma ciência destinada a disciplinar a vida social e, portanto, deve evoluir com esta, neste sentido, o instituto da responsabilidade civil deve cumprir o seu papel evoluindo no sentido de tornar possível a indenização de novos danos, como ocorreu com os danos morais.

A importância primordial da teoria da perda de uma chance é que visa superar as deficiências da responsabilidade civil, que tornam intangíveis as reparações em que a vantagem lesada se encontrava em um processo aleatório e por essa razão não permite um grau de certeza de que a conduta do lesante foi a causa de sua lesão. A partir da admissão da teoria, passa-se a considerar a chance perdida o objeto a ser reparado.

Esta importância da teoria foi demonstrada no primeiro capítulo deste trabalho, ocasião em que foi estudado os pressupostos da responsabilidade civil.

Não se pode falar em pressuposto para aplicação da teoria da perda de uma chance sem que estejam presentes os pressupostos da responsabilidade civil.

Assim, tratamos de forma conceitual todos os pressupostos: o facto voluntário do lesante, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Tratamos dos pressupostos sempre atentos a compatibilidade destes com o dano da perda de uma chance.

O resultado é que há total compatibilidade do dano da perda de uma chance com os filtros dos pressupostos estudados.

As divergências doutrinárias acerca da teoria da perda de uma chance, na grande maioria dos casos, giram em torno da chance perdida como dano ou como um problema de nexo causal.

Portanto, dedicamos um capítulo para o estudo, pormenorizados, destes dois pressupostos.

No segundo capítulo estudamos as teorias da causalidade à luz da compatibilidade com a teoria da perda de uma chance. Neste sentido, ressaltamos as diferenças entre a teoria da equivalência das condições, teoria da causa próxima e da causalidade adequada.

A teoria da causa adequada preconiza que entre as condições, a causa do dano é aquela que a partir de uma reflexão abstrata é o fato com maior probabilidade de produzir o resultado.

A teoria da causa próxima, como sugere o nome, esta teoria considera como causa do dano a mais próxima no conjunto de condições.

Segundo a teoria da equivalência das condições, também chama de *conditio sine qua non*, a causa de um acontecimento é cada uma das condições que concorreram para sua produção.

A teoria da causalidade adequada diferencia-se da teoria da causa próxima por não considerar a questão temporal para a escolha da causa adequada, mas sim considerar a condição que teve a melhor oportunidade para a produção do dano.

A teoria da causa adequada apresenta pontos em comuns com a teoria da equivalência das condições.

Note-se que as duas partem de um postulado idêntico: somente os antecedentes necessários podem ser considerados causas jurídicas de um prejuízo. A teoria da equivalência de condições os tem pura e simplesmente como causas jurídicas, enquanto a teoria da causalidade adequada empreende uma seleção entre esses antecedentes.¹⁸¹

A teoria da causalidade adequada restringe a teoria da equivalência de condições, o que leva à conclusão de que causa eleita adequada é invariavelmente uma causa necessária. Conclui-se que a teoria da causalidade adequada é a evolução da teoria da equivalência de condições.

Segundo a causalidade adequada não basta que a condição seja necessária para o dano, mas há de ser, também, a mais adequada e provável para a produção do dano, segundo a experiência comum e critérios lógicos.

Portanto, é forçoso concluir que a relação de necessidade das condições é elemento mínimo e fundamental para a constatação da causa adequada.

A teoria da causalidade adequada parece ser a que se adequa a legislação vigente. É o que se extrai do art. 536 acerca dos nexos causal nos seguintes termos: “ A obrigação de indenização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”

¹⁸¹ CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013, p.59.

Concluimos que a teoria causal mais compatível com a teoria da perda de uma chance é a da causalidade adequada.

Pela teoria da causalidade adequada o fato pode ser causa de um dano quando pelo juízo de probabilidade e experiência comum seja apto, lógico e provável a produzir o resultado danoso.

A probabilidade é um critério inerente a teoria da perda de uma chance, isto porque, a probabilidade é um fator de aferição da seriedade da chance. Portanto elemento comum entre a causalidade adequada e a perda da chance.

A causalidade representa um elemento nuclear da teoria da perda de uma chance, isto porque, só é possível se falar em perda de uma chance quando não for possível aferir o nexos causal entre a conduta do agente lesante e a perda do interesse tutelado pela chance.

O nexos a ser aferido é entre a conduta do agente lesante e a perda da chance.

Não é qualquer chance que pode constituir, mesmo em tese geral, um dano em sentido jurídico, mas apenas a eliminação da chance que se traduza numa verdadeira expectativa jurídica.

As chances tutelam algum interesse, que pode ser a cura, vencer uma maratona, ter uma ação procedente ou progredir em uma profissão.

Este interesse merece a tutela jurídica. Não adiantaria proteger um direito se, igualmente, não se protege o processo de formação deste direito, que se traduz na expectativa jurídica de poder adquirir o direito.

Portanto, no sentido de um interesse jurídico tutelado, a chance perdida se traduz em um dano e, portanto, ressarcível quando violado.

Segundo Antunes Varela, dano é a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição ou deterioração de certa coisa material ou incorpórea.¹⁸²

O dano da perda de uma chance é autónomo em relação ao dano final, pois consubstancia em um dano diferente deste.

O dano da perda de uma chance ocorre no momento da conduta lesante. Este dano corresponde a um percentual da vantagem final perdida. Este percentual corresponde a seriedade da chance. A autonomia do dano da perda da chance está no fato de que é um dano diferente do dano final.

¹⁸² VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 598.

Portanto, o valor de indenização pela perda de uma chance deve ser uma parcela do valor da indenização pelo dano final.

A perda de uma chance pode ser um dano patrimonial ou extrapatrimonial, a depender do interesse jurídico tutelado pela chance.

Assim se o paciente perde da chance de sobreviver, esta chance tem natureza extrapatrimonial, uma vez que a vida, como interesse buscado pela chance, não é um bem patrimonial. Portanto, neste caso, o dano da perda da chance é de natureza extrapatrimonial.

Estas conclusões foram a partir dos estudos aduzidos no capítulo terceiro.

No capítulo quarto, observamos as características e pressupostos para admissibilidade da indenização da perda de uma chance.

Inicialmente, a chance deve ser séria e certa, não uma simples expectativa, sonho ou mero sonho. A *certeza* é uma nota caracterizadora do dano reparável e que, portanto, danos meramente hipotéticos são irreparáveis. Não se pode permitir que pela perda de uma chance possa-se indenizar a frustração de meros sonhos ou anseios.

A perda de uma chance se refere a uma vantagem futura, hipotética e, portanto, envolta de incerteza.

Portanto a chance corresponde a uma probabilidade de obter a vantagem. Esta vantagem perdida, corresponde ao dano final. Portanto, a indenização pela perda da chance deve corresponder a uma parcela do dano final, nunca o mesmo valor ou um valor maior.

Assim, a reparação da perda de uma chance só deve ser analisada após o fim do processo aleatório, quando o dano final estiver consolidado.

Outro caráter da perda de uma chance é o fato de ser um dano subsidiário. Apenas quando não existir nexos causal entre a conduta e o dano final, será possível verificar a possibilidade de indenizar a perda de uma chance.

Isto porque, se houver nexos causal entre a conduta do agente e o dano final, restará configurado todos os pressupostos para reparação deste dano, não havendo, portanto, que se falar em indenização pela perda de uma chance, mas sim de indenização pelo dano final.

Concluimos ainda que o dano da perda é *atual, presente*, pois se refere a um elemento patrimonial – todos os valores juridicamente protegidos - que o lesado detém e que é perdido no momento da conduta lesante do agente, não se confundido com um dano futuro.

A tarefa de apuração do quantum indenizatório da perda de uma chance é de grande complexidade, pois exige o correto enquadramento ou concretização dos conceitos e características da teoria.

A chance corresponde a um percentual de probabilidade de alcançar uma vantagem. Esta vantagem pode e deve ser valorada. Portanto, a chance vale este percentual da vantagem. Por isto, é forçoso deduzir que o valor da chance é diretamente proporcional a probabilidade de ser concretizado o resultado almejado.

Assim, para obtermos o valor da chance, deve-se fazer três procedimentos:

O primeiro, é fazer a aferição do valor do dano final. Em outras palavras, investigar qual seria o valor da indenização pelo dano final.

No segundo momento, deve-se investigar qual o grau de probabilidade de sucesso do lesado de alcançar a vantagem esperada e cuja as chances foram perdidas.

Alcançada as informações e devendo o valor das chances corresponder a uma parcela da vantagem final perdida, calcula-se o valor da indenização aplicando ao valor da vantagem o percentual de probabilidade de sucesso da chance. A perda de chances não se presta para reparação integral do dano final.

A perda de chances é um conceito forjado pela jurisprudência, portanto, nada melhor do que uma análise da jurisprudência para aferirmos o grau de aceitação desta teoria no sistema jurídico português.

Neste sentido, o estudo elaborado neste trabalho acerca da jurisprudência portuguesa envolvendo casos de perda de uma chance, conclui que há uma oscilação significativa entre interpretação correta e incorreta acerca de teoria da perda de uma chance, o que reclama uma exploração mais profunda do tema pela doutrina.

Ficou evidenciado que, vários são os casos em que apesar de acolher a teoria, os julgados a aplicam de forma errônea, e em outros casos são rejeitadas pelos fundamentos equivocados.

Este fato revela uma doutrina pouco coesa acerca dos parâmetros de configuração da teoria da perda de uma chance.

A pouca diversidade de contextos postos em juízo, denotam uma pouca utilização da perda de uma chance, além contribui para uma jurisprudência cambaleante entre a sua aplicação e a sua rejeição.

Concluímos que apesar de um claro progresso nos julgados dos últimos 15 (quinze) anos, a teoria da perda de uma chance ainda necessita de trabalhos mais profundos na doutrina, para que possa ser consagrada no ordenamento jurídico português.

Também nos debruçamos na análise da jurisprudência brasileira.

Apesar de encontrarmos vários equívocos no tocante a interpretação e uso de pressupostos da teoria, observamos uma considerável variedade de contextos de utilização da perda de uma chance.

Também foi percebido que a perda de uma chance é muito utilizada como fundamento para indenização do dano moral, em claro desvirtuamento da teoria.

Por fim, resta evidente que nos dois países, a jurisprudência está em franco crescimento, sendo necessário o apoio da doutrina em aprofundar o debate e construir uma técnica coesa de reconhecimento e indenização pela perda de uma chance.

A doutrina diverge acerca da admissão e critérios da teoria, mas não há impedimentos consideráveis à aplicação da perda de chance no direito português. À nosso ver, a teoria se presta a dar solução satisfatória aos casos envolvendo a perda de chance. Se mostra eficaz, engenhosa. Inclusive já obteve consagração supranacional, através da Diretiva 92-13/CEE.

Não constatamos impedimentos ou dificuldades, de forma a obstar a aplicação desta teoria no direito português. Muito pelo contrário, observamos que a doutrina e a jurisprudência caminham para ampliar o espectro de utilização desta engenhosa e útil aplicação.

FONTES

FONTES DOCUMENTAIS

LEGISLAÇÃO

CÓDIGO CIVIL: lei n.º 3.076/16, de 01 de janeiro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1916. [Consult. 14 Abril 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm.

CÓDIGO CIVIL: decreto-lei n.º 47.344/66, de 25 de Novembro. [Em linha]. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 1966. [Consult. 14 Abril 2015]. Disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 25 de abril. [Em linha]. Lisboa: Assembleia do Parlamento, 1976. [Consult. 14 Abril 2015]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro. [Em linha]. Brasília: Planalto, 1988. [Consult. 14 Abril 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

EUR-LEX – Access to European Union Law [Em linha]. [Consult. 15 maio 2017]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0013>.

JURISPRUDÊNCIAS

TRIBUNAIS DE RELAÇÃO.

APELAÇÃO: Processo nº 12.617/11.3T2SNT.L1-1, 6ª Secção, relatora Maria da Graça Araújo, do Tribunal da relação de Lisboa. [Em linha]. (10.03.2015) [Consult. 29 junho 2017]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e69ea7cca9e275d880257e3d003cc490?OpenDocument>.

APELAÇÃO: Processo nº 540/13.1T2AVR.P1, 2ª Secção, relator Tomé Ramião, do Tribunal da relação do Porto. [Em linha]. (10.06.2016) [Consult. 29 junho 2017]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/29c600eb0e6ee9cc80257fff00313610?OpenDocument&Highlight=0,perda,de,chance>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

REVISTA: Processo nº 409/09.4YFLSB, relator João Bernardo, do Supremo Tribunal de Justiça [Em linha]. (22.10.2009) [Consult. 21 janeiro 2016]. Disponível em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>.

REVISTA: Processo nº462/10.8TBVFR, relator Salreta Pereira, do Supremo Tribunal de justiça [Em linha]. (09.12.2014) [Consult. 21 janeiro 2016]. Disponível em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>.

REVISTA: Processo nº 6669/11.3TBVNG.S1, 1ª Secção, relator Des. Gabriel Catarino, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (07.03.2017) [Consult. 04 maio 2017].Disponível em <http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia-42213/basedados>.

REVISTA: Processo nº 824/06.5TVLSB.L2.S1, 6ª Secção, relator Fonseca Ramos, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (01.07.2014) [Consult. 04 maio 2017].Disponível em <http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia-42213/basedados>.

REVISTA: Processo nº 9195/03.0TVLSB.L1.S1, 7ª Secção, relator Távora Victor, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (10.03.2011) [Consult. 24 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba528cb4b41c89e7802578690046f0b3?OpenDocument>.

REVISTA: Processo nº 2622/07.0TBPNF.P1.S1, 1ª Secção, relator Sebastião Póvoas, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (29.04.2010) [Consult. 26 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6445e7dfde69fef280257715003ab427?OpenDocument>.

REVISTA: Processo nº 1410/04.0TVLSB.L1.S1, 1ª Secção, relator Azevedo Ramos, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (26.10.2010) [Consult. 27 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2ac02e45be429a8a802577ca003efa84?OpenDocument>.

REVISTA: Processo nº 4591/06.4TBVNG.P1.S1, 2ª Secção, relator Oliveira Vasconcelos, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (21.03.2013) [Consult. 29 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/90bf24ba0823932280257b3b003c67a1?OpenDocument>.

REVISTA: Processo nº 175/05.2TBPSR.E2.S1, 7ª Secção, relator Lopes do Rego, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (10.11.2016) [Consult. 29 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/838f901c99971886802580680059022e?OpenDocument>.

REVISTA: Processo nº 614/06.5TVLSB.L1.S1, 6ª Secção, relator Silva Salazar, do Supremo Tribunal de Justiça.[Em linha]. (05.05.2015) [Consult. 29 junho 2017].Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e69ea7cca9e275d880257e3d003cc490?OpenDocument>.

TRIBUNAIS ESTADUAIS

APELAÇÃO CÍVEL: Processo nº 591064837, 5ª Câmara Cível, relator Des. Ruy Rosado de Aguiar, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul [Em linha]. (26.02.2017) [Consult. 26 Fevereiro 2017]. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

APELAÇÃO: Processo nº 0001124-42.1994.8.19.0028 (2003.001.19138), 14ª Câmara Cível, relator Des. Ferdinando do Nascimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [Em linha]. (26.11.2003) [Consult. 24 junho 2017]. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200300119138>.

APELAÇÃO: Processo nº 0009220-66.2009.8.19.0207; 26ª Câmara Cível; Relª Desª Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [Em linha]. (15.06.2015) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br>.

APELAÇÃO: Processo nº 0003367-44.2008.8.12.0001, 5ª Câmara Cível; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. [Em linha]. (24.02.2015) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjms.jus.br>.

APELAÇÃO: Processo nº 0024933-71.2009.8.26.0309, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, do Tribunal de Justiça de São Paulo. [Em linha]. (13.04.2016) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br>.

APELAÇÃO: Processo nº 0342761-07.2016.8.21.7000, 9ª Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. [Em linha]. (22.02.2017) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

APELAÇÃO: Processo nº 1.0572.10.003999-7/001, Rel. Des. Gilson Soares Lemes, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. [Em linha]. (23.02.2017) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br>.

APELAÇÃO: Processo nº 0358084-23.2014.8.21.7000, 11ª Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. [Em linha]. (25.03.2015) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

APELAÇÃO: Processo nº 0101162-45.2014.8.19.0001, 24ª Câmara Cível, Relª Desª Maria da Gloria Oliveira Bandeira de Mello, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [Em linha]. (27.04.2016) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br>.

APELAÇÃO: Processo nº 0101162-45.2014.8.19.0001, 24ª Câmara Cível, Relª Desª Maria da Gloria Oliveira Bandeira de Mello, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [Em linha]. (27.04.2016) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000496611n9B76844310C469D59D2DCEC1C76C5050531294B>.

APELAÇÃO: Processo nº 2012.01.1.191925-6, 6ª Turma Cível; Rel. Des. José Divino de Oliveira, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. [Em linha]. (10.06.2015) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO: Processo nº 2016/0004941-5, 2ª Turma, Relª Minª Assusete Magalhães, do Superior Tribunal de Justiça. [Em linha]. (28.06.2017) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.stj.jus.br>.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

REVISTA: Processo nº 0000836-44.2011.5.09.0411, 7ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, do Tribunal Superior do Trabalho. [Em linha]. (26.08.2016) [Consult. 30 junho 2017]. Disponível em <http://www.tst.jus.br>

BIBLIOGRAFIA.

AZEVEDO, Isabela Melo Rêgo, REVISTA DA ESMAPE – Homenagem ao centenário de Joaquim Nabuco, volume 15, nº31 Recife: Ed. CCS Gráfica, 2010.

CARPES, Artur Thompsen – APROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL, São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2016. ISBN 978-85-203-6954-8.

CARNAÚBA, Daniel Amaral – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE-A álea e a técnica, São Paulo: Ed. Método, 2013. ISBN 978-85-309-4803-0.

CORDEIRO, Antônio de Menezes – Tratado de Direito Civil I, Tomo I, 4º ed. Lisboa: Ed. Almedina, 2012. ISBN 978-972-404-776-8

CORDEIRO, Antônio Menezes – TRATADO DE DIREITO CIVIL IV – Direito das Obrigações, 2ª ed. Lisboa: Ed. Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4980-9.

COSTA, Mário Júlio de Almeida – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES, 12ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-4033-2.

COSTA, Patrícia Cordeiro da – Causalidade, Dano e Prova – A Incerteza na Responsabilidade Civil, Coimbra: Ed. Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6134-4.

FERREIRA, Rui Cardona – Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance, Coimbra : Ed. Coimbra, 2011. ISBN 978-972-32-1943-2.

FILHO, Sérgio Cavalieri – PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL, 11ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-8466-9.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso, Lisboa: Ed. Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-2758-6.

- GONZÁLEZ, José Alberto – Wrongful Birth Wrongful Life Conceito de dano em responsabilidade civil, Lisboa: Ed. Quid Juris, 2014. ISBN 978-972-724-700-4.
- GOMES, Júlio Vieira – Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões, em *Studia Iurídica* nº 91 *Ars Iudicandi*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Coimbra: Ed. Coimbra, 2009. ISBN 978-972-32-1698-1.
- GOMES, Júlio Vieira - DIREITO E JUSTIÇA - ANO XIX - TOMO 2 -REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA, Lisboa: Ed. Universidade Católica Lisboa, 2007. ISSN 0871-0336.
- HIGA, Flávio da Costa, RESPONSABILIDADE CIVIL – A perda de uma chance no Direito do Trabalho, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15376-9.
- JÚNIOR, Eduardo dos Santos – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I, 3ª ed. Lisboa: Ed. Aafdl, 2014. ISBN 560-939-006-790.
- LOURENÇO, Paula Meira – A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, Coimbra: Ed. Coimbra, 2006. ISBN 978-972-32-1421-0.
- MONTEIRO, J. Ferreira Sinde – Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, Coimbra: Ed. Almedina, 1989. ISBN 978-972-40-0560-7.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – Estudos Sobre o Não Cumprimento das Obrigações, 2ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3884-1.
- PEDRO, Rute Teixeira – A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3.
- PIETROSKI, Lisiane Lazarrí – PERDA DE UMA CHANCE e Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais, Florianópolis: Ed. Conceito, 2012. ISBN 978-85-7874-317-8.
- ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano, Coimbra: Ed. Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5443-8.
- SAVI, Sergio – Responsabilidade civil por perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2006. ISBN 85-224-4268-1.
- SILVA, Rafael Peteffi da – Responsabilidade civil pela perda de uma chance, São Paulo: Ed. Atlas, 2007. ISBN 978-85-224-4655-1.
- TELLES, Inocêncio Galvão – Direito das Obrigações, 7ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014. ISBN 972-32-0771-0.
- VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, 10ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-1389-3.