

RECEBIDO EM: 10/10/2019

APROVADO EM: 22/10/2019

A PROBABILIDADE NO DIREITO DE DANOS: O CASO DA PERDA DA CHANCE

PROBABILITY IN TORTS: LOSS OF CHANCE

Orlando Zanon

Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor Programa de Pós-graduação da UNIVALI, da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC) e da Academia Judicial (AJ). Membro da Academia Catarinense de Letra Jurídicas (ACALEJ). Juiz de Direito.

Romano José Enzweiler

. Doutorando na Universidade do Vale do Itajaí. Juiz de Direito

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Constitucionalização Do Direito Civil; 2 Uma Nova Responsabilidade Civil: O Colapso Da Culpa E O Esboroamento Do Nexo Causal; 3 A Perda Da Chance Como Dano Autônomo (Ou A História Contada De Trás Para Frente); 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: No presente artigo procura-se verificar as transformações sentidas nos domínios da responsabilidade civil, estabelecidas a partir da complexificação da sociedade, com o objetivo de justificar o emprego do nexos causal probabilístico nos casos de perda da chance. Destaca-se a perda da chance como uma das novas formas ressarcitórias, a utilizar a álea (ocorrência do resultado final) como quantificação do dano (consistente na própria chance que se perdeu). Explora-se, inicialmente, o que se vem denominando de constitucionalização do direito civil para, na sequência, tratar dos conhecidos filtros ressarcitórios (culpa e nexos causal) e sua flexibilização com a adoção do modelo blame culture. Conclui-se admitindo a existência do nexos causal probabilístico, tendo como exemplo a perda da chance. Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Probabilidade. Direito de danos. Perda da Chance

ABSTRACT: This article seeks to verify the changes felt in the areas of civil liability (torts), established from the complexification of society. It stands out the loss of chance as one of the new forms of compensation, to use the alley (occurrence of the final result) as quantification of the damage (consistent with the chance itself lost). Initially, what is being called constitutionalization of civil law is explored, in order to deal with the known reimbursement filters (guilt and causal link) and its flexibility with the adoption of the blame culture model. We conclude by admitting the existence of the probabilistic causal link, taking as an example the loss of chance. As for the methodology, it is emphasized that in the investigation stage we used the inductive method, in the data processing phase we used the Cartesian method and the final text was composed on the basis of deductive logics. In the various stages of the research we used the techniques of the referent, the category, the operational concept and literature survey.

KEYWORDS: Probability. Torts. Loss of chance

INTRODUÇÃO

O presente artigo discorre sobre as características do ressarcimento da perda da chance em uma sociedade complexa, influenciada pela *blame culture*, mediante uma leitura constitucional do direito cível, com o objetivo de justificar o emprego do nexos causal probabilístico nos casos de perda da chance.

Vem a sociedade complexa (CAMPILONGO, 2000; CAMPILONGO, 1997; MARTINS, 1996; MARTINS, 1997; SOUZA, 1995) dando mostras do esgotamento da racionalidade do seu sistema (CANARIS, 2012) jurídico, o que se caracteriza pela (mas não só) (FARIA, 1996) dispersão de interesses, assimetria cultural e, no caso brasileiro em particular, pela marcante estratificação social.

Conforme assevera consistente literatura, além da inadequação da estrutura normativa (BARROSO, 2013, p. 36-8) às novas formas de riqueza (ENZWEILER, 2000), experimenta-se, no que aqui interessa, a aparente disfuncionalidade dos mecanismos legais destinados à efetiva responsabilização civil daqueles que causam prejuízos ou danos (TORRES, 2008, p.108) a outrem, o que pode precipitar a erosão do tecido social (FACCHINI NETO, 2006, p. 171-218; ANDRESSA JUNIOR, 2009, p. 177-214).

Mesmo na seara constitucional, possui o dano (e sua reparação e inevitabilidade, seja pela presença do estado prestamista, seja pela atividade do estado protetor) importância singular, inclusive como limitador à autonomia privada (BARROSO, 2014).

Com efeito, tem-se afirmado que, quanto mais difusa e opaca se revela a cidadania social (HIRSCHMAN, 1995), a partir do declínio do próprio indivíduo (IANNI, 1996), quanto mais pulverizadas, enfim, as percepções acerca das potencialidades e necessidades humanas (individuais e coletivas), menores as possibilidades de coesão e consenso (CANOTILHO, 1999) em torno, *v.g.*, das implicações e alcance do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014; SARLET, 2010; FACCHINI NETO, 2006).

Daí a necessidade de se verificar a possibilidade de ressarcimento por danos causados a bens até faz pouco não tutelados pelo direito, como é o caso da perda da chance, caracterizada por uma probabilidade de sucesso ou oportunidade perdida.

Esta é a contextualização para este artigo, focado na aplicação da teoria da perda da chance, assumindo-a como uma das respostas fornecidas pelo sistema jurídico à exigência posta pela sociedade complexa na recomposição justa dos danos civis, mediante o emprego do nexos causal probabilístico, sob uma leitura constitucional deste campo jurídico.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

É lugar comum, razão pela qual não se lhe dedica aqui mais profunda reflexão, o argumento da superioridade hierárquico-normativa da constituição, servindo ela como “fundamento de validade das normas inferiores” (CANOTILHO, 1998).

Dessa forma também se dá, regra geral, consoante a doutrina, quando da interpretação (BARROSO, 2013, p.36; GRAU, 2015, p.158) e aplicação das leis ordinárias (e das cláusulas gerais nelas inseridas), as quais devem, bem por isso, ser lidas a partir dos princípios constitucionais que as informam (LARENZ, 1997; AUER, 2007, p. 41-77; NEVES, 2013). Isto porque “os fatos sociais são plasmados pela ordem jurídica, que os valoriza em confronto com a tábua axiológica constitucional” (TEPEDINO, 2019, p.29). Nessa linha lógica, “cada Direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado Direito) princípios” (GRAU, 2015, p.162).

Notadamente, “a dignidade desempenha um papel não apenas na caracterização do dano causado por violações aos direitos humanos, mas também na responsabilização do Estado em reparar o dano”. Assim o é porque uma violação dos direitos humanos fere “a dignidade e o respeito devidos a cada ser humano. A punição de quem praticou o ato restabelece a dignidade e a autoestima da vítima e da comunidade”(BARROSO, 2014, p.32).

Guiada pelos direitos fundamentais e pelo princípio da dignidade da pessoa é que se vai, agora, modelando a base para a repaginação da tábua valorativa que permeia a responsabilidade civil contemporânea - dedicando-se especial ênfase às assimetrias (MIGUEL, 1989, p.62),

à proteção do vulnerável, do hipossuficiente e, de maneira mais detida (FACCHINI NETO,, 2006, p. 171-218), das vítimas -, cujo eixo central parece agora residir na preocupação com o ressarcimento do dano (DIAS, 2012), examinando-se, à largada e conceitualmente, se se trata, inclusive, de admitir nova categoria de patrimônio a ser protegido ou de danos a serem indenizados. Inclusive, afasta-se da discussão o conceito de culpa, quando necessário e pertinente, dispensando-se, eventualmente, em situações excepcionalíssimas, a demonstração do nexo de causalidade.

Nesse contexto temporal-evolutivo, foi tomando densidade, então, a ideia centrada na necessidade (para a justa decisão) de se aplicarem os direitos fundamentais às relações entre particulares (CANARIS, 2012; UBILLOS, 2006; CANARIS, 2006, p. 225-46; ANDRADE, 2006, p. 273-300), sem que isto implique na vulgarização que se quer justamente evitar.

Compondo essa nova tecitura normativa e com vistas a promover o acertamento entre o momento tecnológico e o tempo das leis, passou o Código Civil Brasileiro, de forma indisfarçável, a ser orientado por balizamentos (SOUZA, 2002) que se distanciam dos vetustos modelos decisórios oitocentistas lastreados, no que aqui pertine, (quase) exclusivamente na culpa e na boa-fé subjetiva, tornando também seus os princípios da socialidade, eticidade e efetividade (ou operabilidade, como querem alguns) (GONÇALVES, 2003; REALE, 2003; TRINDADE, 1997).

Para tanto e com o intuito de conferir maior plasticidade e, portanto, relativa perenidade à lei, utiliza-se o sistema, abastança, de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e normas programáticas, cabendo ao Poder Judiciário concretizar os mandamentos ético-jurídicos ali insertos a partir, repita-se, da matriz constitucional, em que pese a constatação de que as constituições nacionais (especialmente nos países comunitários europeus) estão “gradativamente perdendo em centralidade” (SARLET, 2007, p.121).

Corolário dessa escolha legislativa, eventual violação das obrigações impostas pela boa-fé objetiva poderá se traduzir em inapelável responsabilização do lesante.

2 UMA NOVA RESPONSABILIDADE CIVIL: O COLAPSO DA CULPA E O ESBOROAMENTO DO NEXO CAUSAL

A partir de uma leitura constitucional, institutos clássicos do direito civil estão sendo relidos, através de mutação interpretativa que lhes confere

aplicabilidade no contexto de uma sociedade complexa. Não foi diferente com relação aos conceitos de culpa e de risco.

Nesse cenário, *res perit domino* ou ainda *casum sentit dominus* são expressões que sintetizam a antiga ideia geral segundo a qual o dono suporta o prejuízo, quer dizer, o dano resultante da perda da coisa resta para o seu proprietário. Com temperos e nuances a seguir destacados, a regra é mantida até hoje. Em decorrência, só se poderá falar na responsabilização de outro (retirando dos ombros do dono da coisa danificada o prejuízo) se houver uma razão jurídica para tanto.

Daí surgirem os conceitos, tão comumente utilizados, de “culpa” e “risco”.

Para que haja responsabilização, diz-se normalmente, são necessários o ato (ação ou omissão) do lesante, a presença de culpa sua (culpa / dolo), a existência de um dano e, a conectar todos estes elementos, um nexo de causalidade.

O fundamento culpa, será visto, restou atenuado, ao tempo em que o nexo causal se encontra fragmentado pelas novas teorias que o relativizam, mitigam, eclipsam ou até, em certos casos extremos, dispensam.

A noção de culpa (de caráter moral (PINTO, 1999, p.119), com forte colorido religioso) influenciou profundamente a responsabilidade civil, assegurando justificativa ética ao dever de indenizar. Consequência disso que, para alguns, só se poderia falar em responsabilidade civil na medida em que verificada a culpa do lesante, pois a vontade (de determinar-se livremente) era o substrato da vinculação contratual e o alicerce da responsabilidade havida fora de seus domínios e limites (NORONHA, 2007, p.114).

O século XX, ápice do capitalismo industrial, viu-se marcado por duas grandes guerras, crises econômicas de dimensões globais (já apontando para a mundialização e interdependência dos diversos mercados), avanços tecnológicos inimagináveis, bem como pela transfiguração da geopolítica planetária, exigindo, na outra ponta e como medida adaptativa, de reequilíbrio, maior sensibilidade ético-jurídica para enfrentamento da intrincada temática respeitante à indenização, aqui tomada em seu sentido original de *indene*, isto é, sem dano, incólume, ileso. Enfim, teve-se como necessário abandonar a noção de responsabilidade sustentada apenas na ideia de culpa “a fim de realizar uma ordenação jurídica objectivamente justa” (PINTO, 1999, p.98), buscando-se fundamento nas diversas teorias do “risco” para, daí, objetivar a responsabilidade do lesante.

A introdução da noção de culpa como justificativa da responsabilidade civil é fruto de lenta evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Visando saciar um sentimento imanente de justiça (PASOLD, 2013, p.85) (ou por vezes de vingança) e buscando com isso, tanto quanto possível, a reparação do dano experimentado pela vítima, passou-se a contornar a discussão relativa à presença da culpa (SCHREIBER, 2009), admitindo-se e aplicando-se, na solução dos casos concretos (e de maneira sempre mais estendida), as presunções, inversões de ônus da prova e objetivação da responsabilidade (inclusive, extraordinariamente, na modalidade agravada (NORONHA, 2007; FACCHINI NETO, 2006), chegando-se ao modelo inacabado da responsabilidade fundada no conceito de solidariedade (FACCHINI NETO, 2006), também denominado de “seguro social” (NORONHA, 2007, p.407), lançando mirada, repita-se, não mais na culpa do lesante, mas no ressarcimento do prejuízo.

Numa síntese, deixou a culpa de figurar como o principal ou quase único elemento no qual se sustenta o sistema de responsabilidade civil, admitindo-se o dever ressarcitório mesmo nas hipóteses de sua patente ausência, sob o fundamento de que a vítima não pode “ser forçada a suportar prejuízo por ação de outrem, ainda que não culposa” (NORONHA, 2007, p.117).

Chega-se hoje a admitir, em casos especialíssimos, o dever de reparação de danos não causados pela pessoa ao final responsabilizada (nem por alguém dela dependente), desde que presente a conexão dano-atividade.

Pelo princípio do risco (FACCHINI NETO, 2006), tomado aqui em suas várias acepções (risco-atividade, risco-proveito, risco-criado (NORONHA, 2007, p.433), garantia, objetiva agravada etc.), os danos verificados não devem ser suportados pela vítima, mas sim pelo responsável, seja ele (ou não) o efetivo causador do prejuízo (princípio da “causação”/ não tolerância à violação dos direitos), tudo sem se perquirir de dolo ou mesmo de culpa do agente. Demarcada restou, então, a distância entre lesante e responsável.

3 A PERDA DA CHANCE COMO DANO AUTÔNOMO (OU A HISTÓRIA CONTADA DE TRÁS PARA FRENTE) (PEDRO, 2008; ALCOZ, 2007; KING JR., 1981; PRÉVOT, 2007)

Mediante uma releitura constitucional dos conceitos de dano e de risco, a responsabilidade civil pela perda da chance ganhou contornos específicos, mormente ante o viés probabilístico de análise do nexos causal nestes casos.

Sem embargo, para efeitos de ressarcimento das vítimas, têm os tribunais de vários países (aí sempre apoiados pela doutrina) mitigado os filtros da reparação civil (FACCHINI NETO, 2006), utilizando de expedientes até pouco tempo tidos como incomuns, a fim de superar as “dificuldades criadas pela não verificação do nexo de causalidade” (FERREIRA, 2011, p.93) como ocorre, por exemplo, com a perda da chance.

A partir deste “imperativo social da reparação” (SCHEREIBER, 2007, p. 74), alargaram-se as hipóteses ressarcitórias fundadas, atualmente, mais na “desgraça da vítima do que na possibilidade jurídica de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável”(NORONHA, 2007, p.407). Para muitos, com isto, da vitimização individual passou-se à vitimização social (*blame culture*), isto é, adotou-se uma “cultura da culpa”, caracterizada pela ausência de vontade em assumir riscos e aceitar responsabilidades por erros devido ao receio de críticas ou acusações (SCHEREIBER, 2007, p.75).

Intenso, marcante e, vale dizer, todavia pouco claro tem sido o debate doutrinário e jurisprudencial travado acerca da aplicação da teoria da perda da chance envolvendo a responsabilidade civil.

A apreensão do conhecimento científico teve como corolário o dilatar das fronteiras éticas do saber, impondo a assunção de riscos (de variados matizes) não imaginados (SOARES, ALMEIDA, 2000-2002, p. 12-16) em passado recente e, nesse andar, apresenta-se a perda da chance como uma fórmula ressarcitória fluida, aparentemente adaptável a vários sistemas jurídicos, de fácil aplicação e, portanto, geradora de uma suposta sensação de justiça, bem ao encontro da socialização do prejuízo adredemente mencionada, chegando a afirmar os que a rechaçam, talvez não sem razão, que aí se encontra o “paraíso do juiz indeciso” (SILVA, 2007, p.87).

O tema não está ainda completamente amadurecido em solo brasileiro, em que pese a excelência doutrinária formada nos últimos anos (ALMEIDA, 2013; ANDRESSA JUNIOR, 2009; AZEVEDO, BEZERRA JUNIOR, 2011-2012; CARNAÚBA, 2013; GONDIM, 2005; HIGA, 2012; KFOURI NETO, 2002; LUCAS, 2009; ROCHA, 2010; ROSÁRIO, 2009; SAVI, 2012; SCHONBLUM, 2009; SILVA, 2007; SOUSA, 2011; TEIXEIRA, 2012; VIEGAS, SILVA, RABELO, 2012).

Há, noutra ponta, problemas com a irrefletida tentativa de importação de doutrinas, técnicas ou institutos sem a necessária avaliação de sua adequada ou conveniente incidência por aqui (NEVES, 2013).

Debate acaloradamente a mais categorizada doutrina acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, passando a jurisprudência brasileira, lamentavelmente, quase sempre ao largo da discussão. Afinal, do que se trata? Da interrupção do processo aleatório? Cuida-se de conceito relativo à causalidade jurídica, de uma causalidade parcial? Ou, por outra, refere-se a um novo tipo de dano, autônomo, que reconhece a chance mesma como interesse legítima e juridicamente protegido e, por isso, indenizável quando perdida? Constitui dano patrimonial, emergente ou na modalidade lucro cessante? Ou, ainda, tem a perda de chance a ver com danos extrapatrimoniais, anímicos, reconhecíveis, por exemplo, em face de ausência de informação suficiente a arranhar algum princípio maior (como o da proteção ao meio-ambiente)? Cuidar-se-ia, enfim, apenas de uma sofisticada técnica, de um método decisório desenvolvido pela jurisprudência francesa e exportada para o mundo ocidental?

Tem-se dito (SILVA, 2007) que diante da presença de interesses aleatórios alegadamente prejudicados, o que se indeniza não é o chamado resultado final, mas a própria perda da chance de obtê-lo e, por isso, o valor do ressarcimento há de ser proporcional à probabilidade desperdiçada ou interrompida.

Vale, para melhor entender os contornos do tema, reproduzir precioso resumo (FERREIRA, 2011, p.200) fornecido acerca da aplicação da perda da chance na jurisprudência italiana, em muito assemelhada aos julgados brasileiros. Assevera “uma primeira orientação que a chance indenizável se sustenta na avaliação quantitativa da probabilidade da respectiva materialização, que deve ser superior a 50%”. Esta posição vem aparentemente defendida (SAVI, 2012) no Brasil por alguns que a importaram justamente da Itália, mas não encontrou eco na jurisprudência nacional.

Uma segunda orientação, lastreada nos mesmos pressupostos da primeira, mais flexível, porém, admite “que a probabilidade de concretização da chance se traduza numa percentagem inferior a 50%”. Esta abordagem foi, ao que consta, albergada pelos Tribunais brasileiros.¹

Uma terceira orientação repudia o aspecto quantitativo, apreciando a probabilidade de materialização da chance em termos qualitativos, pois “bastaria para o efeito uma probabilidade razoável”. Por fim, “uma quarta

1 “A probabilidade de que determinado evento aconteceria ou não aconteceria, não fosse o ato de outrem, deve ser séria, plausível, verossímil, razoável. E, no caso concreto, a chance de que a vítima destinaria ao filho menor parcela de seus ganhos é bastante razoável, e isso é suficiente para gerar a obrigação de reparar a perda” (STJ, AgRg no Ag 1222132/RS, DJe 15/12/2009).

e última orientação tende a afirmar a independência da indenizabilidade da chance relativamente ao respectivo grau de concretização, o qual não poria em causa o respectivo *an*, mas teria expressão apenas ao nível do *quantum* indemnizatório” (FERREIRA, 2011, p.200).

Noutro giro, e como tentativa de localização temporal da matéria, alega-se representar a perda da chance um terceiro estágio na linha evolutiva das técnicas destinadas à reparação de lesões a interesses aleatórios (CARNAÚBA, 2012).

Com o surgimento da teoria da perda da chance, porém, indeniza-se justamente a chance perdida, um dano atual (e não futuro) e, mais importante, “ao contrário dos métodos anteriores, a reparação de chances não ignora a incerteza, tampouco almeja eliminá-la. A álea é simplesmente acomodada dentro da estrutura da responsabilidade: em razão do deslocamento da reparação, a incerteza deixa de ameaçar a existência do prejuízo e passa a interferir em sua quantificação”, outrossim, “a reparação de chances perdidas envolve sempre uma certeza e uma probabilidade. A primeira - a certeza - é constatada quando da identificação do prejuízo reparável; e a outra - a probabilidade - entra em cena no momento da mensuração do prejuízo” (CARNAÚBA, 2012, p.139-71).

Tida como um prejuízo em si mesma, a chance absorve a álea, permitindo a constatação da lesão, passando a incerteza não a impedir o ressarcimento, mas a quantificá-lo.

Como referido pela doutrina nacional,

[...] a conduta do réu não interrompe o processo aleatório em que se encontrava a vítima, fazendo com que haja apenas uma diminuição das chances de auferir a vantagem esperada. Nesses casos, o processo aleatório foi até o seu momento derradeiro e a ciência estatística é utilizada apenas para medir em que grau a conduta do réu contribuiu para a causação do dano final (SILVA, 2007, p. 230).

Admitem, até mesmo os que aceitam sem reservas a aplicação da teoria da perda da chance no direito brasileiro, a necessidade de a ela serem impostos limites.

Sendo a chance um objeto abstrato, sem dimensão material, de boa sonoridade e fácil aplicação em tempos midiáticos, presta-se ela também comodamente à vulgarização, “porta aberta aos interesses pouco

importantes, pois pode a vítima, sempre, encontrar supostas chances perdidas em razão de um evento danoso. Por isso têm os juízes exigido que a chance deva ostentar uma importância particular” (CARNAÚBA, 2012, p. 193-71).

E essa “importância particular” pode ser traduzida, com temperamentos, como a chance “real e séria”, expressões não sinônimas, largamente adotadas em jurisprudência e literatura afetas ao tema e que apresentam, segundo observam alguns, certo grau de hierarquia, pressupondo o termo “sério” a existência da expressão “real”, porque esta (a realidade) antecede aquela (a seriedade). Assim, por exemplo, no caso de responsabilidade médica, o paciente desenganado/terminal não possui chance real de cura. Portanto, tal chance não pode ser tida como «séria» (HIGA, 2012).

Percebe-se, sem dificuldades, que o aspecto nuclear da perda da chance reside justamente nas probabilidades envolvidas na hipótese concreta e, quanto menores estas, menor se dirá a chance perdida, por ausência ou tibieza de seus filtros (retirando-lhes o caráter sério e real).

Ademais disso,

a chance não será considerada séria se a vítima não for capaz de comprovar seu interesse particular naquela oportunidade perdida. Esta prova é normalmente extraída dos esforços que a vítima havia empregado na obtenção da vantagem aleatória. O objetivo dos tribunais é de descartar os falsos interesses, inexplicavelmente ‘descobertos’ pela vítima apenas no momento em que esta propôs sua ação de reparação (CARNAÚBA, 2012, p. 139-71).

Portanto, a análise quanto ao cabimento do ressarcimento da perda da chance está calcada, em considerável medida, na análise da probabilidade do dano.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do direito civil, trazendo valores e princípios maiores à sua interpretação e aplicação, faz-se presente também na seara ressarcitória, figurando como eixo central a proteção (reparação) da vítima, do lesado.

Daí falar-se no ocaso dos tradicionais filtros da responsabilidade civil – nexos causal e culpa –, não mais capazes de alcançarem, em

sua totalidade, as necessidades surgidas com a complexidade social contemporânea, a qual exige uma resposta adequada à multiplicidade dos sentidos e possibilidades da vida.

Nesse cenário, deixa a incerteza de servir como excludente de responsabilidade para configurar-se ela também – a contingência – como elemento quantificador do ressarcimento.

Alargadas as hipóteses indenizatórias, diante do “imperativo social da reparação” e no contexto de uma verdadeira *blame culture*, surge a teoria da responsabilidade pela perda da chance, cujo núcleo é a *álea*, *buscando reparar não o dano incerto e futuro (irreparável), mas a oportunidade perdida pelo ato (comissivo ou omissivo) praticado pelo lesante, o que se constitui no objeto do ressarcimento do dano (certo e atual e, portanto, admitido pelo ordenamento brasileiro).*

Para sua aplicação eficaz, deve-se remarcar a necessidade de a chance se qualificar como séria e real, sem o que se corre o risco de serem indenizados falsos interesses, apenas “descobertos” pelo lesado quando da propositura da ação judicial.

REFERÊNCIAS

ALCOZ, Luis Medina. La teo5m. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Coimbra: Gradativa, 1999.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, ano 101, v. 922, agosto/2012, p. 139-171.

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

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 12 ed. 2 tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ENZWEILER, Romano José. *Os desafios de tributar na era da globalização*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo código civil e a constituição*, 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1989.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no código civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRSCHMAN, Albert. *A retórica da intransigência*. Perversidade, futilidade, ameaça. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IANNI, Octávio. *Teorias de globalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: C. Brasileira, 1996.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus*

probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KING JR., Joseph H., Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal*, v. 90, n. 6 (May, 1981). New Haven: The Yale Law Journal Company, Inc., 1981, p. 1353-1397.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUCAS, Laís Machado. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. Análise de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro a partir de um estudo comparado. *IV mostra de pesquisa da pós-graduação - PUC/RS*, 2009, p. 570-572.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Desafios do século XXI*. São Paulo: Pioneira, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma visão do mundo contemporâneo*. São Paulo: Pioneira, 1996.

MIGUEL, Paula Castello Miguel. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NORONHA, Fernando. *Obrigações*. 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>.

PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atualizada, 12 reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1999.

PRÉVOT, Juan Manuel; CHAIA, Rubén Alberto. *Pérdida de chance de curación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

- REALE, Miguel. *Principais controvérsias no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. *Direito & Justiça*, v. 36, n. 1, jan./jun. 2010, p. 45-60.
- ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado - uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. “A teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável”. *Revista da EMERJ*, v. 12, n. 48, ano 2009, p. 87-101.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise comparativa*. São Paulo: Atlas, 2007.

SOARES, Henrique Caivano. ALMEIDA, Marcos de. Uma reflexão ética sobre o erro médico e a responsabilidade profissional. *Saúde, ética e justiça*, 5/7, 2000-2002.

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

SOUZA, Hamilton Dias de (Org.). *A reengenharia do estado brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *O novo código civil. Livro I - do direito das obrigações*. CEDES - Centro de estudos e debates. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2002.

TEIXEIRA, Dayane Aguiar. *Teoria da perda de uma chance: a possibilidade de indenização diante de diagnósticos médicos imprecisos*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, n. 1, p. 22-52, 2019.

TORRES, Guillermo Cabanellas de. *Diccionario jurídico elemental*. 19 ed. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

TRINDADE, Roberto Júlio. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista do Direito do Consumidor*, 23-24/199, jul.-dez. 1997.

UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Carlos Brandão Ildefonso; RABELO, César Leandro de Almeida. A responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações jurídicas civis e do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, v. 24, n. 277, julho 2012, p. 22-47.