

DOI: 10.33242/rbdc.2020.03.004

A INCERTEZA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

UNCERTAINTY IN CIVIL LIABILITY

Orlando Luiz Zanon Junior

Juiz de Direito. 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 Letras Jurídicas (Acalej).

Romano José Enzweiler

Doutor em Ciência Jurídica da Univali. Juiz de Direito.

Resumo: O presente texto propõe uma investigação acerca do papel da certeza no direito, abordando as principais teorias que se dedicam à questão, discutindo também como se dá a contrariedade do sistema jurídico à contingência do mundo, com questionamentos respeitantes à maneira de ser encarada a seletividade referida pelos chamados “princípios” nas resoluções judiciais, isto é, indagando acerca dos critérios adotados na seleção decisória. Por fim, aderente ao antes apresentado, debate-se a certeza na responsabilidade civil, estudando-a a partir da teoria da 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 lógico-dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Certeza. Direito. Responsabilidade civil. Perda da chance.

Abstract: The present text proposes an investigation about the role of certainty in law, addressing the main theories that are dedicated to the question, also discussing how the legal system is opposed to the contingency of the world, with questions regarding the way in which selectivity is considered by the so-called “principles” in judicial decisions, that is, by asking about the criteria adopted in decision-making. Finally, adhering to the one presented before, the certainty is debated in civil responsibility, studying it from the theory of 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: Certain. Law. Liability. Loss of chance.

Sumário: Introdução – **1** A certeza nas perspectivas tradicional, racional, construtivista radical e a teoria luhmanniana – **2** A invocação dos princípios como fundamento das decisões judiciais: uma fórmula seletiva difusa? – **3** A incerteza na responsabilidade civil: um caso particular denominado “perda da chance” – Considerações finais

Introdução

O presente texto propõe uma discussão acerca do papel da incerteza no sistema jurídico, considerando o emprego dos princípios como fundamento de decisões judiciais, com enfoque na seara da responsabilidade civil pela perda da chance.

Dizem doutrina¹ e jurisprudência² configurar-se a segurança jurídica num ideal a ser incansavelmente perseguido.³ Esse suposto princípio repousa na certeza e na previsibilidade que devem presidir as relações sociais, como garantia da estabilidade e da definição dos horizontes temporais.

A expressão *certeza* “carrega consigo a história dos múltiplos recursos do confiar, do seu resgate e da conseqüente disponibilidade de referências estáveis para a experiência”, ou seja, “na certeza do direito, os indivíduos buscam o recurso de estabilidade do esperar e do agir”.⁴

Tem-se alertado, porém, para a deterioração da “certeza jurídica”, o que se verifica de maneira alarmante, permitindo explicar, ao menos parcialmente, o mal-estar difuso e profundo manifestado pela sociedade ante o sistema jurisdicional,

¹ Por todos, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 373. “Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos”.

² Vide STJ. Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS – Tema nº 600. Pet nº 11.796/DF – Petição nº 2016/0288056-2. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, publ. 29.11.2016. “[...]. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia ‘erga omnes’. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da protecção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos. [...]”.

³ Percebe-se, entretanto, que a locução “segurança jurídica” tem servido aos mais diversos propósitos, sem necessariamente guardar a necessária “sistematicidade, coerência e consistência” (KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 295-320, jan./jun. 2014), como se observa, ilustrativamente, de acórdão TJSC: “APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXPRESSÕES OFENSIVAS REDIGIDAS POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL EM FACE DE MAGISTRADO QUANDO DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO NESTA CORTE. ABALO MORAL RECONHECIDO. DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO RÉU. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR EM OBTER REPARAÇÃO DO ESTADO. ACOLHIMENTO. AJUIZAMENTO DE DEMANDA EM FACE DE AGENTE DO ESTADO DISCUTINDO OS MESMOS FATOS. DIREITO DE ESCOLHA QUANTO AO POLO PASSIVO JÁ EXERCIDO. PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. RECURSO PROVIDO” (TJSC. AC nº 0006145-98.2013.8.24.0058. Rel. Des. Edegar Gruber, participando do julgamento o Juiz Paulo Ricardo Bruschi e a Juíza Rosane Portella Wolff).

⁴ GIORGI, Raffaele de. Prefácio. In: GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 11.

notadamente nas hipóteses de aplicação de vetores principiológicos como critérios decisórios.⁵

Uma das preocupações nascidas com a imprevisibilidade jurídica e a acen-tuada conflituosidade social, possivelmente esta também decorrente daquela, consiste na desativação das razões pelas quais são observados os textos norma-tivos. Isto porque, se a decisão judicial é puramente contingente ou aleatória, os motivos para obedecer às leis possuem a mesma legitimidade daqueles utilizados para desobedecê-las.⁶ Daí que “não podem a contingência e o casual justificar a arbitrariedade subjetiva do intérprete” e, por isso, impõe-se o “proceder metodi-camente, [que] permite que outros possam recapitular e avaliar a obtenção do resultado”.⁷

Constitui-se a compulsoriedade numa das vocações primárias do texto nor-mativo, com as decorrentes restrições, isto é, pode-se dizer que, neste campo do saber, “não vale qualquer coisa (*anything goes*)”, de sorte que “leituras muito subjetivas, surpreendentes e alternativas que na literatura e na música podem despertar elogios, no Direito devem ser evitadas para preservar a previsibilidade das decisões e a segurança das expectativas”.⁸

Em sistemas complexos e dinâmicos, a exemplo do jurisdicional, o resultado da imprevisibilidade poderá, no limite, tem-se dito, pôr em xeque a credibilidade e a respeitabilidade das instituições, gerando acentuada instabilidade às relações sociais.

Há indicativos que permitem afirmar a ineficácia do direito positivo ante si-tuações novas e não padronizáveis pelos modelos vigentes, direito esse que, de forma agonizante, revela sua disfuncionalidade e “superação burocrática, organi-zacional e administrativa, e por isso incapaz de decidir de modo coerente, unifor-me e previsível, no plano funcional”, cujo “o resultado inevitável é o aumento dos níveis de incerteza jurídica”.⁹

⁵ LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 24. Exemplo desmoralizador, ante a população, foi dado pelo STF no julgamento da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – nº 402, julgada em dezembro de 2016, no qual se discutia a permanência ou não do Senador Renan Calheiros na presidência do Senado da República, tendo a Corte Suprema decidido pela manutenção do senador à frente do Senado.

⁶ LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 60.

⁷ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 295-320, jan./jun. 2014.

⁸ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 295-320, jan./jun. 2014.

⁹ FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 79.

Essa parece ser, de fato, uma percepção sem oponentes, pois foi o aumento da complexidade social e não, como propagavam alguns, “o espetacular incremento do tráfico econômico nas sociedades pós-industriais”, o responsável pelo “aumento vertiginoso da litigiosidade, que fez saturar a capacidade dos tribunais”.¹⁰

O direito, deslocado de seu tempo e aparentemente incapaz de servir aos seus propósitos maiores, ainda busca emprestar concretude à estabilidade das relações e, com isso, reagir aos efeitos deletérios da contingência derivada da complexidade do mundo.

Mesmo que não se possa negar a existência de elementos irracionais no processo decisório (inclusive na resolução judicial), “faz sentido esgotar ao máximo as possibilidades da argumentação racional”.¹¹

Precisamente aí reside o propósito deste texto em proceder a uma investigação quanto à incerteza na responsabilidade civil pela perda da chance, mormente diante da aplicação de princípios jurídicos.

Para fins de acordo semântico quanto ao tema central, considerando as finalidades deste texto, desde já, conceitua-se incerteza como a imprecisão na expectativa do dever ser jurídico. Migrando o conceito para o campo da responsabilidade civil, a incerteza dificulta a delimitação do conteúdo e abrangência dos direitos e obrigações, de modo a prejudicar a distribuição segura da tutela jurisdicional.¹²

Assim, a certeza (e a incerteza) cuja análise aqui se propõe não é apenas aquela derivada da lei (fonte legislativa), mas também a gerada pela atividade judicial,¹³ pretendendo-se verificar como se opera, em seus diversos matizes, a contrariedade do direito à contingência do mundo, notadamente no âmbito da responsabilidade civil.

Por derradeiro, 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 lógico-dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

¹⁰ LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 29.

¹¹ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 295-320, jan./jun. 2014.

¹² LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 56.

¹³ LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 28.

1 A certeza nas perspectivas tradicional, racional, construtivista radical e a teoria luhmanniana

Este ensaio não tem por objetivo investigar a certeza/incerteza pelo viés sociológico. Entretanto, as lições históricas presentes em textos de nomeada com esta proposta são úteis para a compreensão da elaborada construção que culminou na desesperada tentativa do sistema jurídico de escapar dos efeitos desestruturantes da aleatoriedade.

A necessidade atávica de segurança (confiança, certeza e estabilidade) nas relações humanas exigiu do subsistema legal a criação de mecanismos tendentes à invariabilidade e à previsibilidade das condutas, na expectativa de alargamento do espaço temporal, conforme já referido. Nesta perspectiva, encontrava-se o direito limitado por uma espécie de função lenitiva, de alívio à aflição decorrente da própria existência e, pois, em essência, do seu fim incognoscível.

A denominada teoria tradicional, resultante das respostas às agitações havidas no final do Império romano, acabou por fundar uma “ordem cosmológica do mundo centrada na figura de um ente sobrenatural – Deus –, ‘que condicionava a existência do homem, determinava seu comportamento e perante o qual nos sentíamos tanto obrigados quanto totalmente dependentes’”.¹⁴ Esse centro transcendental de certeza, instituído metafisicamente, tornara-se operacionalmente possível somente em sociedades de baixa complexidade.¹⁵ Portanto, quando das inovações científicas que revolucionaram a produção do conhecimento, mostrou ela sua fragilidade e incapacidade regulatória.

O modelo da certeza transcendental, se não criado, restou ao menos apropriado pelos interesses da autoridade religiosa da época, o que impedia qualquer discussão acerca de sua existência, preservando o poder instalado. Mas essa certeza pressupunha, obrigatoriamente, a imutabilidade absoluta, porquanto caracterizada como verdade revelada pela divindade.

Para ilustrar quão ferrenhos eram os defensores dessa teoria (a tradicional), vale recordar a discussão acerca dos chamados “indivisíveis”. Sem embargo, “na sua forma mais simples, a doutrina afirma que toda reta é composta de uma sequência de pontos, ou ‘indivisíveis’, que são os blocos de construção da reta, e que não podem eles mesmos ser divididos”, mas, “o problema é que qualquer grandeza positiva, mesmo muito pequena, sempre pode ser dividida”.¹⁶ Logo, os

¹⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45, sendo a citação destacada extraída de Hans Kelsen.

¹⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

¹⁶ ALEXANDER, Amir. *Infinitesimal: a teoria matemática que revolucionou o mundo*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 15.

chamados “indivisíveis” são sempre passíveis de divisão, concluindo-se que a “hipótese inicial de que são átomos irredutíveis de uma reta contínua é falsa”.¹⁷ Se assim é, infirmada estaria a doutrina da imutabilidade defendida pelo *mainstream* professado pela ordem calcada na divindade sobrenatural.

Os tradicionais “acreditavam numa ordem fixa e unificada do mundo, tanto natural quanto humano”. Opunham-se, por isso, ferozmente aos infinitesimais.

Os “liberalizadores”, de seu turno, propunham uma “ordem mais pluralista e flexível, que pudesse acomodar a gama de opiniões e diversos centros de poder”, bem como defendiam os infinitesimais e “seu uso na matemática”.¹⁸

Conforme a boa ensinança, “as teorias tradicionais da certeza do direito se fundamentam em premissas metafísicas, desconsiderando o aumento crescente de complexidade adquirida pelas operações jurídicas”.¹⁹

Muito mais do que uma singela disputa matemática, o embate entre os dois grupos (de um lado, “as forças da hierarquia e da ordem, como jesuítas, hobbessianos, cortesãos reais franceses e a alta Igreja anglicana” e, de outro, os “liberalizadores”, como Galileu, Wallis e os newtonianos) tratava dos fundamentos, da definição de pertencimento do poder e, assim, do destino da sociedade.²⁰

Ao final, como sabido, a batalha foi considerada como vencida pelos “liberalizadores”, o que abalou as estruturas sociais de então, com reflexos também nos sistemas normativos.

E isso porque, em consequência, “a noção de hierarquia, própria da visão de mundo (e da sociedade) medieval, é substituída pela de heterarquia”, de modo que “o questionamento do centro transcendental de certeza levou ao processo de secularização, que representou a passagem para uma nova estrutura social, desprovida de centro ou vértice”, precisamente, na teoria dos sistemas, a “denominada sociedade moderna”.²¹

A ruína do centro transcendental de certeza implicou a singularização e a especialização de todas as funções sociais, significando a “aquisição de autonomia das práticas jurídicas, econômicas, políticas, educacionais, científicas etc. em relação à fonte religiosa do mundo”, fazendo surgir “aquela que seria a principal característica da sociedade moderna: a diferenciação funcional. Cada uma destas

¹⁷ ALEXANDER, Amir. *Infinitesimal: a teoria matemática que revolucionou o mundo*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 15.

¹⁸ ALEXANDER, Amir. *Infinitesimal: a teoria matemática que revolucionou o mundo*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 15.

¹⁹ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30.

²⁰ ALEXANDER, Amir. *Infinitesimal: a teoria matemática que revolucionou o mundo*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 14.

²¹ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

unidades é um subsistema social diferenciado funcionalmente”.²² Então, “se cada âmbito tem a sua certeza, o todo social torna-se incerto”.²³

Desta feita, “reconhecer a incerteza seria admitir a incapacidade de controle da dimensão temporal e abandonar o *telos* moral da certeza”.²⁴

Um novo centro de certeza é, então, urdido. Surge o racionalismo, este “sistema filosófico formado no início da modernidade” o qual, “em vez de aceitar as transformações sociais e procurar compreender a incerteza como realidade da nova ordem, pretendeu responder à insegurança e a desilusão descritas pelo ceticismo”, objetivando, assim, controlar e reprimir a contingência e a complexidade, assumindo que a sociedade é um todo unitário. O centro de certeza, agora, “dirige as possibilidades sociais” e, “nesse contexto, é inventada a razão”,²⁵ passando-se “do jusnaturalismo divino ao jusracionalismo”.²⁶ Trata-se de mudança do critério de justificação do paradigma do jusnaturalismo jurídico, então ainda predominante, na medida em que o fundamento metafísico do direito natural migra da justificativa teológica para a racional.²⁷

A razão constitui-se na única certeza da humanidade e, no seu rastro, a certeza do direito “é deduzida da certeza da razão”, porquanto “o racionalismo proporcionou a transferência da ideia externa de representação e fundamento da sociedade, anteriormente atribuída a um ente sobrenatural pela metafísica religiosa, para a consciência humana”.²⁸

Para se ver viabilizado, recorreu o racionalismo à “distinção sujeito/objeto, segundo a qual os eventos são apreendidos por um sujeito racional que os percebe como objetos a serem conhecidos”, cabendo mencionar, ainda, que “o surgimento do racionalismo moderno foi uma reação ao estado de incerteza estabelecido pela fragmentação do centro transcendental de certeza”.²⁹

Como se vê, mesmo rompendo com a metafísica medieval, preservou o racionalismo similar forma daquela, isto é, para explicar e justificar as estruturas

²² GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

²³ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30.

²⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30.

²⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 52.

²⁶ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 54.

²⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Curso de filosofia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 208.

²⁸ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55-56.

²⁹ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

vigentes, manteve a ideia nuclear fulcrada num “centro de certeza”, buscando manter o controle da sociedade.

Contrariando o legado cartesiano, apresentou-se o construtivismo radical, pontificando “a inevitabilidade da complexidade no mundo e a incerteza como principal característica do conhecimento moderno. [...] Seu objetivo é demonstrar que o processo de cognição não conhece a realidade existente, mas a inventa”.³⁰

Para explicar os postulados do construtivismo radical, invocam seus patrocinadores o princípio da incerteza de Heisenberg,³¹ procurando nas ciências matemática e física reforço argumentativo para densificar suas proposições.³² Advogam que “o conhecimento sobre o mundo é, na verdade, conhecimento sobre o observador, e a cognição do objeto, cognição sobre si mesmo”.³³

Em conclusão, de acordo com esta linha de pensamento, não existe “diferença constitutiva entre sujeito e objeto, uma vez que os dois participam da *mesma base operativa*”.³⁴ Partem os construtivistas do pressuposto da imprescindibilidade da “substituição da distinção sujeito/objeto pela distinção operação/observação”.³⁵

³⁰ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

³¹ A teoria da incerteza de Heisenberg pode ser assim sintetizada: “No final da década de 1920, Heisenberg formulou o chamado princípio da incerteza. De acordo com esse princípio, não podemos determinar com precisão e simultaneamente a posição e o momento de uma partícula. Ou seja, em uma experiência não se pode determinar simultaneamente o valor exato de um componente do momento px de uma partícula e também o valor exato da coordenada correspondente, x . Em vez disso, a precisão de nossa medida está limitada pelo processo de medida em si, de forma tal que $\Delta px \cdot \Delta x \geq \hbar/2$, onde px é conhecido como a incerteza de Δpx , e a posição x no mesmo instante é a incerteza Δx . Aqui \hbar (Lê-se h cortado) é um símbolo simplificado para $h/2\pi$, onde h é a constante de Planck. A razão dessa incerteza não é um problema do aparato utilizado nas medidas das grandezas físicas, mas sim a própria natureza da matéria e da luz. Para que possamos medir a posição de um elétron, por exemplo, precisamos vê-lo e, para isso, temos que iluminá-lo (princípio básico da óptica geométrica). Além disso, a medida será mais precisa quanto menor for o comprimento de onda da luz utilizada. Nesse caso, a física quântica diz que a luz é formada por partículas (fótons), que têm energia proporcional à frequência dessa luz. Portanto, para medir a posição de um elétron precisamos incidir sobre ele um fóton bastante energético, já que quanto maior for a frequência, menor é o comprimento de onda do fóton. No entanto, para iluminar o elétron, o fóton tem que se chocar com ele, e esse processo transfere energia ao elétron, o que modificará sua velocidade, tornando impossível determinar seu momento com precisão. Esse princípio proposto por Heisenberg se aplica somente ao mundo subatômico, uma vez que a energia do fóton transferida para um corpo macroscópico não seria capaz de alterar sua posição” (CAVALCANTE, Kleber G. Princípio da Incerteza. *Brasil Escola*. Disponível em: <http://brasilescola.uol.com.br/fisica/principio-incerteza.htm>. Acesso em: 21 dez. 2016).

³² GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

³³ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

³⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

³⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 65.

Para os construtivistas, como Parsons, “a função do direito é integrativa: reduz a complexidade e possibilita a ordem social à medida que estabelece parâmetros para a coordenação da ação”, sendo necessário, para a manutenção do equilíbrio social, um “consenso de valores”, sendo que a “certeza do direito é um desses valores consensuais”, vale dizer, uma instituição na qual convergem expectativas sociais diversificadas”.³⁶

Porém, para esta corrente, trata-se de “uma normatividade *lato sensu* (moral, religiosa etc.), não ao *exclusivamente* jurídico”, de modo que “a certeza do direito é resultado da certeza do poder, da moral, da ciência etc. Não é possível observá-la como diferenciada da certeza de outras normatividades”.³⁷

Aqui, o sistema jurídico é indiferenciado dos demais subsistemas sociais.³⁸

Por isso a crítica de Luhmann, para quem “a única certeza que o direito pode oferecer é a incerteza de uma decisão que oscila entre o lícito e o ilícito”,³⁹ sendo identificados “dois paradoxos constitutivos do direito: (i) formação de expectativas normativas que produz certeza social ao gerar incerteza jurídica, e (ii) o código decisório do direito (lícito/ilícito) que aumenta a certeza jurídica, mas diminui a certeza social”.⁴⁰

Nessa trilha, a fim de fornecer uma alternativa à teoria de Parsons (dos sistemas abertos, fundada no conceito de ação) e dos construtivistas radicais, é necessário “substituir o conceito de ação por outro que possa identificar a estrutura social como instância que estabelece, ao mesmo tempo, autonomia e dependência da sociedade em relação ao homem”.⁴¹ Para Luhmann, “o ponto de partida é a distinção sistema/ambiente”, considerando que “a forma não está relacionada à estética (beleza ou feiura). É um cálculo, uma operação. Forma é a operação de indicar e distinguir [(= observar)]”.⁴²

³⁶ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 38.

³⁷ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 40.

³⁸ “Esta característica do conceito de ação – heterorreferencial, por excelência – é claramente compatível com a ideia de sistemas abertos, mas o torna inapto para reconhecer processos de diferenciação social” (GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42).

³⁹ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23.

⁴⁰ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23.

⁴¹ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

⁴² GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

Daí a instigante provocação de Guilherme Leite Gonçalves, sobre “qual certeza pode o direito oferecer? A certeza da lei ou da experiência jurídica concreta?”.⁴³

Duas grandes vertentes esgrimam-se a fim de emprestar uma resposta satisfatória ao desafio: de um lado, as denominadas correntes positivistas, suportadas pelo princípio da legalidade, para quem a “certeza do direito [parte] do seguro conhecimento da lei, capaz de afastar a arbitrariedade do poder autoritário”, e, doutra margem, há as assim designadas “escolas sociológicas e realistas”, para quem “é dos valores a função de produzir estabilidade e justiça no ordenamento”, daí derivando crítica ao “distanciamento do formalismo legal em relação às transformações sociais”.⁴⁴

Partem ambas, bem se nota, da premissa de ser o direito, de fato, “capaz de criar segurança para o indivíduo se orientar no futuro: a certeza da lei ou da justiça possibilita, além da previsão dos próprios atos, a certeza de como o outro agirá”, ou seja, “certeza do direito, portanto era – e ainda é – interpretada como sinônimo de previsibilidade”.⁴⁵

Para a sociedade moderna, no período posterior ao estabelecimento do modelo do positivismo jurídico, “a inexistência de um princípio unitário implica a reprodução contínua de diferenças. Não há mais certeza ou imutabilidade”, pois “há a substituição dos sistemas externos por sistemas autorreferenciais”, de sorte que “o sistema social, de forma inédita, tem de conviver com a incerteza e a contingência” e, “mais ainda: para funcionar, tem de diminuí-la ou tratá-la, [porque] tamanha complexidade bloqueia a operacionalidade do agir”.⁴⁶ A fórmula encontrada pelo sistema jurídico para reduzir complexidade e contingência consiste em criar um mecanismo de imunização do direito em relação às diferenças de seu ambiente, ocultando-as com a criação de expectativas normativas. É este o modo utilizado pelo sistema jurídico “para reduzir complexidade e diminuir contingência. Esta é a certeza que o direito oferece para as operações sociais. É justamente neste momento que se observa o renascimento da certeza do direito no direito positivo”.⁴⁷

Assim, por não ser decorrência de um processo natural, mas fruto de uma construção artificial, “o direito é positivo, posto por uma decisão e, como tal, variável,

⁴³ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 211.

⁴⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 211.

⁴⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 212.

⁴⁶ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 215.

⁴⁷ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 215.

não determinado: pode ser mudado por uma nova decisão. O direito moderno é direito contingente”.⁴⁸

Desta forma, na sociedade moderna, verifica-se a certeza do direito através de dois paradoxos, como já mencionado. “No primeiro deles, a certeza do direito produz certeza social, transformando-se em incerteza jurídica”, assim, “nesta hipótese, a certeza do direito absorve incerteza externa convertendo-a em incerteza jurídica”, cabendo mencionar que, “no ambiente do sistema jurídico existe um alto grau de instabilidade. O direito reduz esta instabilidade por meio da certeza jurídica: quando se criam direitos, por meio de programas condicionais, gera-se certeza e segurança no que se refere à orientação de condutas”, contudo, “ao se produzir tais expectativas, entretanto, aumentam-se a complexidade e os elementos internos do sistema jurídico”,⁴⁹ pois “ao se abrir cognitivamente para as demandas dos outros subsistemas sociais, o direito se apresenta altamente receptivo à complexidade presente no seu exterior”.⁵⁰

Essa abertura para a complexidade externa representa, para alguns, inclusive, um fator característico das proposições que visam aperfeiçoar o paradigma, para um novo estágio pós-positivista, caracterizado pela interdisciplinaridade, representado por correntes como a análise econômica do direito e a jurimetria, entre outras.⁵¹

Neste cenário, coloca-se a questão quanto à possibilidade de ser reduzir a contingência causada pela abertura cognitiva.

Sobre este questionamento, cabe referir o argumento no sentido de que a seleção das expectativas normativas, tendente a reduzir a complexidade apontada, opera-se através de um código comunicativo *sui generis*, binário (lícito/ilícito), próprio e exclusivo do sistema jurídico. Notadamente, esta seria “a forma como o sistema jurídico se fecha operativamente, vale dizer, mantém sua identidade diante da abertura cognitiva”, considerando o pensamento de que “a abertura cognitiva é possível unicamente porque o sistema jurídico encontra-se, pelo seu código, fechado no âmbito das suas operações”.⁵²

Gera-se certeza a partir da variabilidade das expectativas normativas, estabilizando-se estas pelo código dual (lícito/ilícito). Com isso, reduz-se a complexidade,

⁴⁸ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 215.

⁴⁹ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 216.

⁵⁰ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 217.

⁵¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Curso de filosofia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 273-274.

⁵² GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 217.

possibilitando a decisão judicial, o que diferencia o direito dos demais subsistemas sociais. Porém, o código “não atua como um valor unitário jusnaturalista que elimina a incerteza. Não é um substituto da antiga capacidade de verdade”, podendo-se afirmar que o direito moderno constitui-se de “um sistema fechado operativamente (código) e aberto cognitivamente (programas condicionais)”.⁵³

A partir de então, não se procura mais eliminar a incerteza, mas “reconhecê-la como realidade do direito moderno”.⁵⁴ As consequências desta opção, com a consequente mudança na teoria do conhecimento,⁵⁵ apresenta-se particularmente impactante no direito da responsabilidade civil contemporâneo, mormente considerando a viabilidade da invocação de princípios jurídicos como critérios de julgamento.

2 A invocação dos princípios como fundamento das decisões judiciais: uma fórmula seletiva difusa?

No contexto deste estudo, como desdobramento do item anterior, tem-se afirmado que a incerteza judicial se dá pelo fato de os juízes se acreditarem autorizados a invocar livremente os princípios jurídicos (ou melhor, talvez, a empregarem acriticamente “teorias principialistas”), o que significaria a ameaça de arrastamento para o fosso da casuística e do particularismo, eliminando definitivamente a previsibilidade das relações jurídicas.⁵⁶

Então, a anunciada “certeza da incerteza do direito” acaba por produzir inevitável “desconfiança quanto aos critérios de inclusão e exclusão na decisão judicial”, pois, “diante da dualidade do código [lícito/ilícito], há sempre dúvidas quanto à efetivação de uma expectativa normativa”, embora “esta desconfiança pode ser compensada por sistemas parasitários chamados, por Raffaele De Giorgi, de ‘redes de inclusão’”.⁵⁷

Nestas (redes de inclusão), “o sistema jurídico se autocorrompe e produz certeza absoluta: não há o risco da oscilação da decisão judicial”, porquanto “as redes de inclusão são sistemas que eliminam completamente a incerteza.

⁵³ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 217-218.

⁵⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 218.

⁵⁵ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵⁶ LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 38.

⁵⁷ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 219.

As formas de corrupção do código do sistema jurídico são os únicos modos de produção de plena certeza”.⁵⁸

Dessa forma, é possível que para o incremento dos níveis de incerteza jurídica tenham contribuído, além de fatores exógenos ao sistema jurídico – como o aumento da complexidade social, por exemplo –, também elementos endógenos. Talvez tenham sido estes – os fatores internos – decorrência ou provocados por aqueles. O certo, porém, é que o surgimento das escolas pós-positivistas fez deslocar o eixo da polêmica, afastando-se a discussão do positivismo de Kelsen e Hart. Entram em cena os “princípios”, situados (nesta nova arquitetura) no núcleo do sistema jurídico, fontes jurídicas essas alicerçadas na “ideia moral de retidão e que não são propriamente ‘postas’, mas ‘encontradas’”.⁵⁹

Para fins de acordo semântico, considerando os objetivos desse texto, é suficiente iniciar a discussão adotando o conceito de princípios como “valores aos quais se atribui força de determinação na produção normativa, nos diversos modos de produção jurídica, mediante construção argumentativamente vinculada ao ordenamento”.⁶⁰ Outrossim, a abrangência normativa do princípio é fixada no contexto da justificação das decisões judiciais, com considerável margem de manobra.⁶¹

Justamente em razão de o conteúdo principiológico estar vinculado à argumentação produzida pelo magistrado para fundamentar as decisões, considerável parte da discussão reside na definição do limite da discricionariedade judicial,⁶² na extensão criativa do que se convencionou denominar “direito judicial”. Um exemplo retirado de Dworkin dá dimensão à controvérsia ora estabelecida.

No conhecido caso *Riggs versus Palmer*, Elmer (Palmer) figurava como herdeiro do avô, sendo o maior beneficiário de sua fortuna. Como o velho avô (Riggs) conhecera e passara a conviver com uma moça mais jovem, temeu Elmer ser excluído do testamento e, por isso, em tese, teria efetuado um “cálculo legal” de “custos e benefícios”. No ano de 1882, resolveu Elmer assassinar o avô por envenenamento, concluindo que, cumprida a pena de prisão, herdaria o que lhe fora testado. O caso foi levado à alta Corte de Nova York para decidir se Elmer poderia ou não continuar a ser herdeiro do avô. Os magistrados entenderam que, diante da ausência de lei expressa, Elmer Palmer poderia herdar a fortuna daquele que

⁵⁸ GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006. p. 219.

⁵⁹ LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 16.

⁶⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Teoria complexa do direito*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 212.

⁶¹ PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Direito e casuismo. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, n. 1, p. 643-657, 2019. p. 655.

⁶² LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 48.

deliberadamente matara. Essa, afinal, era a “regra do jogo”. Ou seja, não havia exigência para comportamento diverso de Elmer em “lei ou regulamento”. A questão foi submetida à Corte de Apelações de Nova York, a qual, no ano de 1889, por maioria de votos, negou-lhe o direito de receber a herança. O Juiz Gray utilizou o seguinte argumento legalista: inexistia na lei qualquer disposição que impeça Elmer de receber a herança deixada pelo testador assassinado. Trata-se, diga-se com simplicidade, de uma interpretação que, convencionalmente, é chamada de literal. Doutro lado, o Juiz Earl, conduzindo os votos vencedores, julgou a questão com base nos princípios gerais do direito e de justiça que tal decisão deve seguir. Basicamente, invocou o que seria um princípio basilar do direito, consistente na construção argumentativa de que a ninguém é permitido aproveitar-se de sua própria torpeza. De fato, disse ele, desconsiderar a vileza de Elmer significaria prestigiar o crime e, mais, consistiria num claro recado à sociedade de que comportamentos dessa natureza, praticados nos limites do conceito de “tipo legal fechado” aplicado também para o direito civil, são aceitos pelo sistema de justiça. Esse direcionamento sepultaria a ideia maior de teleologia, de sistema, de justiça, de máximas gerais e fundamentais de direito, admitindo o enriquecimento espúrio a partir da prática do próprio mal pelos lesantes. Corromperia as leis universais e as políticas públicas delas derivadas hoje utilizadas nos países civilizados. Outrossim, em consonância com o conceito antes exposto, foi construído o conteúdo principiológico justificativo da decisão, com base em valores preexistentes.

No caso Palmer, a aplicação do princípio veio para colmatar a ausência de previsão legislativa para impor a Elmer sanção não prevista na lei (positiva) de então (perda do direito de herança).

A contar de Dworkin, tem-se referido, aprofundou-se também o debate acerca dos poderes decisórios conferidos aos juízes, com a aplicação dos princípios nos chamados “casos difíceis”.

Nesse andar, refere-se à contribuição de Dworkin, o qual situou os princípios, como dito, no centro de uma crítica frontal à concepção do direito que ele mesmo caracterizou como “modelo de regras”. Essa concepção dominante, o “modelo de regras”, compreendia o direito como “um conjunto de regras convencionais, que valem não por seu conteúdo, mas por haverem sido criadas por órgãos dotados de poder normativo”.⁶³

Abria Dworkin espaço, assim, a um modelo de regras complementadas por outros padrões normativos, com destaque para os princípios, possibilitando a solução dos denominados “casos difíceis”, chamando ele a atenção para o modo

⁶³ LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 12.

como se dá o funcionamento “dos processos de interpretação e argumentação jurídica”.⁶⁴ Para este autor, seria o direito o “produto de uma prática interpretativa e argumentativa”,⁶⁵ ocorrendo a incorporação explícita de princípios e valores à Constituição, com efeitos irradiantes não apenas sobre o processo legislativo, como também sobre a interpretação das leis.⁶⁶

Entende Laporta, nesse ponto, que os problemas de incerteza que afligem o direito em nossos dias se “agravam porque, aos efeitos negativos que tem ‘a compulsão à criação incessante de normas jurídicas’ em termos de produção de ‘casos difíceis’, se une uma compulsão adicional à exagerada apelação aos princípios como algo distinto das regras”.⁶⁷

Essas considerações, dentro de um cenário de vasta discussão específica, são suficientes para, dentro do limitado escopo deste trabalho, refletir sobre os seguintes questionamentos: haverá legitimidade abundante a justificar decisões desiguais, mas contemporâneas e discutidas sob as mesmas bases materiais (geográfica, histórico-cultural etc.), a casos idênticos? É correto dizer-se que duas ou mais decisões são igualmente válidas e autênticas para a resolução da mesma hipótese fática? E, numa perspectiva mais consentânea com a abordagem da responsabilidade civil aqui estudada, como são eleitos os juízos causais dentro de uma classe de condicionantes que incluem ingredientes contrafatuais? Para erigir a condicionante em causa é necessário que se trate de um elemento que complete um conjunto suficiente para o resultado?⁶⁸

3 A incerteza na responsabilidade civil: um caso particular denominado “perda da chance”

Contextualizadas as questões sobre a (in)certeza jurídica em sede de sistemas judiciais que admitem justificações de decisões calcadas em princípios, resta enredar a discussão para o campo da responsabilidade civil, especificamente considerando a reparação da perda da chance, em atenção à temática deste texto.

⁶⁴ LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 13.

⁶⁵ LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 14.

⁶⁶ LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 31.

⁶⁷ LAPORTA, Francisco Javier; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 30.

⁶⁸ ACCIARRI, Hugo Alejandro. *La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños: reparación, prevención, minimización de costos sociales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 35.

Candente, controversa e, por vezes, áspera discussão é travada acerca do surgimento da perda da chance. Para muitos, é ela criação da jurisprudência francesa.⁶⁹ Assim, sustentam Alcoz e Peteffi da Silva que o tribunal gálico proferiu o acórdão primitivo cuidando da matéria em data certa: 17.7.1889.⁷⁰ Outros, como Carnáuba e Higa, afirmam que o caso primeiro foi registrado pouco depois, no ano de 1932, também em França.⁷¹ Cavalieri Filho, de seu lado, localiza na década de 1960 a gênese do instituto, a partir de julgados dos mesmos tribunais gauleses.⁷² Há quem localize os estudos iniciais do tema na Itália na década de 1940⁷³ e, outros ainda, na de 1960.⁷⁴ O único consenso sobre o assunto é que, no sistema da *common law*, o caso inaugural teria ocorrido na Inglaterra, com Chaplin *versus* Hicks, isto em 1911.⁷⁵

⁶⁹ Registre-se, porém, que para Carnáuba, antes das decisões dos tribunais gauleses, já vinha a doutrina francesa, mesmo que timidamente, antecipando o perfil do instituto. Cita Henri Lalou como quem primeiro fez referência à reparação das chances (1914 e 1920). A técnica ganharia notoriedade através do tratado de Henri e Léon Mazeaud. À jurisprudência coube desenvolver o conceito e ampliar o campo de atuação (CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013).

⁷⁰ ALCOZ, Luis Medina. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007. p. 127. Na hipótese, “a atuação culposa de um oficial ministerial teria extinto todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante seu normal procedimento” (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise comparativa*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 10). Em acordo com Peteffi, 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, sublinhando, todavia, que somente no ano de 1966 foi ela reconhecida na Itália por Adriano de Cupis. Gilberto Andressa, de seu lado, afirma ter sido registrado apenas em 1965 o primeiro caso da aplicação da perda de chance, na França, em razão de erro de diagnóstico médico (ANDRESSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, ano 10, n. 40, p. 177-214, out./dez. 2009). Também assim o entendimento de GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 840, p. 11-36, out. 2005, para quem o *leading case* ocorreu na França, por erro de diagnóstico médico, no ano de 1965.

⁷¹ “O primeiro caso em que aplicada a teoria da perda da chance não foi o mencionado por Peteffi, em França em 1889. Aquele tribunal sequer possuía competência para tanto e tampouco mencionou a perda da chance. A doutrina, aproveitando o julgado, simplesmente disse que seria uma boa oportunidade para, em julgamento mais justo, aplicar a o instituto. O primeiro caso de aplicação da perda da chance se deu na França, pela Corte de Cassação, mas em 1932. Em 1966 houve dois importantes acórdãos daquele tribunal tratando do tema, mas não foram pioneiros” (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 16-39).

⁷² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 74.

⁷³ De acordo com estes, os estudos pioneiros se deram com o Prof. Giovanni Pacchioni (SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm Mendlowicz. A teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável. *Revista da EMERJ*, v. 12, n. 48, p. 87-101, 2009).

⁷⁴ Assim afirma Laís Lucas, para quem o reconhecimento do instituto se deu no ano de 1966, com Adriano de Cupis (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).

⁷⁵ Aqui, tratava-se de concurso de beleza. “A autora [da ação] era uma das 50 finalistas”. O organizador do concurso, por equívoco, deixou de avisá-la para que se apresentasse perante um júri no local e data determinados. Dessa forma, foi a candidata eliminada do certame. No julgamento, aplicou-se a “doutrina

Já por aí se percebe a enorme dificuldade encontrada para traçar os contornos do instituto, seu conceito, elementos constitutivos e requisitos basilares.

Para melhor compreender o fenômeno da perda de uma chance, imagine-se um advogado que, por desorganização pessoal, perde o prazo para ingressar com recurso judicial em favor de cliente seu e, com isso, perece definitivamente eventual direito do utente. Vista a questão pela ótica do direito ressarcitório tradicional, nada haveria a indenizar ao cliente, precisamente porque a vantagem almejada com o recurso era de incerta consecução, um dano eventual ou hipotético. Levando em consideração a nova fisionomia conquistada pela responsabilidade civil ou, mais precisamente, pelo direito de danos, soaria injustificável escudar-se o profissional faltoso na aleatoriedade do evento e, com isso, ver-se isento de responder pelo sucedido. Porém, por outro lado, mostrar-se-ia também pouco sensato fazer recair sobre o patrono abarbadado o ônus pelo valor total pretendido pelo cliente, cobrando-lhe como se certo fosse o êxito do recurso e seguro o desenlace da ação proposta. Na verdade, a omissão do causídico descuidado impossibilitou saber se, afinal, prosperaria ou não o recurso.

Por tal fundamento tem-se afirmado que em face da contingência, quer dizer, diante da presença de interesses aleatórios alegadamente prejudicados, o que se indeniza não é o assim 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.⁷⁶ Note-se que, na oportunidade perdida, não há qualquer prova da existência de vínculo causal entre a perda da chance e o ato danoso, pois aquela é aleatória por natureza⁷⁷ e possui um valor próprio,⁷⁸ diferenciando-se, dessa forma, da simples responsabilidade pela criação do risco.⁷⁹

das probabilidades”, entendendo-se que o erro do réu impediu a autora de saber se venceria o concurso (a chance foi definitivamente perdida) (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise comparativa*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 10). Carnaúba concorda com a data e o precedente (CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013).

⁷⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise comparativa*. São Paulo: Atlas, 2007. Ensina Orgaz, a propósito, que quando o agente de um ato ilícito, mediante seu ato, há quebrado ou interrompido um processo que podia conduzir a favor de outra pessoa a obtenção de um ganho ou evitar um dano, deve-se estabelecer se o prejudicado pode reclamar contra o lesante a indenização desse ganho possível e já frustrado ou dessa perda inevitável. Quando a possibilidade é muito vaga e geral ela não é indenizável como dano material, por ser puramente hipotético ou eventual. Mas mesmo aqui pode ocorrer a indenização pelo dano moral, quando a lesão afetar as condições/aspirações íntimas do prejudicado. Quando essa possibilidade for razoável (real/séria), isto é, quando se tratar de uma probabilidade, será ela indenizável. O que se indeniza, aliás, é a chance mesma, não o ganho ou perda que era o objeto daquela (chance) (ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Córdoba: Lerner, [s.d.]. p. 70).

⁷⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise comparativa*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 12.

⁷⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise comparativa*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 13.

⁷⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise comparativa*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 17.

Importa, para melhor entender os limites do tema, reproduzir resumo que nos é fornecido sobre a aplicação da teoria da perda da chance na jurisprudência italiana, em muito assemelhada aos julgados brasileiros. Assevera uma primeira direção que “a chance indenizável se sustenta na avaliação quantitativa da probabilidade da respectiva materialização, que deve ser superior a 50%”.⁸⁰ Esta posição vem aparentemente defendida no Brasil por alguns que a importaram justamente da Itália,⁸¹ 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%”.⁸² Esta ideia foi, ao que consta, albergada pelos tribunais brasileiros.⁸³ Uma terceira posição repudia o aspecto quantitativo da questão, apreciando a probabilidade de materialização da chance em termos qualitativos, pois “bastaria para o efeito uma probabilidade razoável”.⁸⁴ Por fim, “uma quarta 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”.⁸⁵

Daí reconhecer-se constituir a reparação da lesão a interesses aleatórios (como o é a perda da chance) exemplo marcante do eterno dilema havido entre direito e incerteza (contrafatural).⁸⁶

Definido o traçado do instituto (ou método, ou técnica, ou teoria, como queiram alguns), já se mostra possível esboçar uma definição do que seja a perda de oportunidade. Vale lembrar que conceitos “são representações da realidade”,⁸⁷ “uma redução simplificativa sobre a qual ele foi confeccionado; pretender passar do conceito para a realidade, sempre mais rica, além de traduzir uma inversão

⁸⁰ FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial na contratação pública)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 200.

⁸¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁸² FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial na contratação pública)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 200.

⁸³ “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, 2ª Turma. AgRg no Ag nº 1222132/RS. Rel. Min. Eliana Calmon, publ. 15.12.2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 jun. 2019).

⁸⁴ FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial na contratação pública)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 201.

⁸⁵ FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial na contratação pública)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 202.

⁸⁶ CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, ano 101, v. 922, p. 139-171, ago. 2012.

⁸⁷ NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Trotta, 2003. p. 20.

metodológica, implicaria, de modo necessário, o complemento do conceito com elementos estranhos às proposições conceitualizadas”⁸⁸ e, portanto, afastado da fundamentação. Implicam (os conceitos), sempre e por isso, simplificações inevitáveis e, não raras vezes, imperfeitas.

Assim precatados, opta-se por encetar a investigação do instituto em foco pelo estudo da polissêmica expressão “chance”.⁸⁹ Para alguns, possui ela proveniência francesa, com o significado de felicidade, oportunidade e sorte, equivalendo, nessa dimensão, à noção de álea ou à expectativa de obter algo ou de deixar de perder o que se tem.⁹⁰ Outros, porém, afirmam ser originária do direito romano, derivada da “expressão latina cadência, a qual, por sua vez, quer indicar a queda dos dados, uma álea inerente à boa possibilidade de êxito”. O termo *chance*, “etimologicamente, advém de *choir*, que significa cair – também em referência aos dados –, como emblemático do acaso. No plural, o termo se torna sinônimo de ‘probabilidades’”.⁹¹ Nesta amplitude, refere-se a chance à probabilidade de se obter uma vantagem ou de evitar uma perda, pois determinado evento (ilícito, provocado pelo lesante) “interrompeu o curso normal dos fatos”.⁹² E é neste sentido que o conceito de chance vem sendo empregado quando se trata do estudo e aplicação do instituto da perda de oportunidades.⁹³

⁸⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. CIII.

⁸⁹ Para uma investigação do tratamento dado ao instituto nos Estados Unidos da América, consulte-se o clássico KING JR., Joseph H. Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 90, n. 6, p. 1353-1397, maio 1981. Na Argentina, veja-se o excelente texto de PRÉVOT, Juan Manuel; CHAIA, Rubén Alberto. *Pérdida de chance de curación*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

⁹⁰ ALCOZ, Luis Medina. *La teoría de la pérdida de oportunidad*: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007; KING JR., Joseph H. Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 90, n. 6, p. 1353-1397, maio 1981; PRÉVOT, Juan Manuel; CHAIA, Rubén Alberto. *Pérdida de chance de curación*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

⁹¹ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55.

⁹² SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3-15.

⁹³ Exemplificando com o prejuízo decorrente da má conduta profissional do advogado, afirmam alguns que se trata a perda da chance de uma espécie de indenização decorrente da incerteza (quanto à obtenção do resultado final) provocada pelo lesante, isto é, cuida-se de uma forma de liquidação do dano. Assim, entre outros, ZULIANI, Ênio Santarelli. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 21. p. 136: “perda da chance é uma expressão feliz que simboliza o critério de liquidação do dano provocado pela conduta culposa do advogado. [...] Não perdeu uma causa certa; perdeu um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso”. Para outros, trata-se de um juízo de probabilidade, assumindo a perda de oportunidade ora a característica de dano autônomo, ora configurando uma causalidade parcial que a conduta do réu representa em relação ao dano final. Cuidar-se-ia, então, de uma subespécie de dano emergente, liquidando-se o dano pelo arbitramento. Essa a posição defendida por AZEVEDO, Walter de Medeiros; BEZERRA JÚNIOR, José Albenes. Teoria da perda de uma chance na ótica do direito brasileiro. *Juris Rationis – Revista Científica da Escola de Direito da Universidade Potiguar*, Natal, ano 5, n. 1, out. 2011/mar. 2012. Há quem afirme tratar-se a perda de

Como bem coloca Femenía López, “fala-se de ‘perda de oportunidades’ para fazer referência àqueles casos em que o dano provoca a perda, por parte da vítima, de uma oportunidade ligada a um direito ou a uma expectativa determinada, que impede a possibilidade de que se realize um acontecimento futuro que lhe poderia ser benéfico. Desta forma, a perda de uma oportunidade ‘deve contemplar-se de uma forma restritiva e sua reparação’” não corresponderá ao dano final.⁹⁴

Para Alcoz, trata-se (a perda da chance) de uma técnica de facilitação da demonstração do laço causal na medida em que transfere o debate da causalidade jurídica à causalidade física (no que se convencionou denominar incerteza causal).⁹⁵ É utilizada, diz ele, como remédio auxiliar da vítima que se encontra materialmente incapaz de demonstrar a causalidade em hipóteses nas quais não se pode descartar com toda a certeza que o agente não ocasionou o prejuízo. Portanto, como se vê, aqui se parte de perspectiva diversa da convencional no que concerne ao evento aleatório. A incerteza causal, ao invés de impossibilitar a responsabilidade, admite-a ao menos provisória ou precariamente, chegando-se à assim designada responsabilidade probabilística,⁹⁶ aplicando-se então um coeficiente de redução

chance de um dano emergente, integrante do patrimônio da parte lesada e, pois, indenizável, pois que “eliminada assim a dúvida sobre a existência de causalidade entre o ato danoso praticado pelo ofensor e o prejuízo sofrido pela vítima” (LIMBERGER, Têmis; BUNCHAFT, Maria Eugenia; FINGER, Brunize. Responsabilidade civil pela perda da chance: revisitando os principais aspectos elencados pela doutrina nacional e estrangeira. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 16, n. 3, p. 939-962, set./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n3p939-962>. Acesso em: 20 mar. 2018). Por fim, asseveram outros que “Do impedimento da chance decorre a diminuição patrimonial, configurando o dano” (TEIXEIRA, Dayane Aguiar. Teoria da perda de uma chance: a possibilidade de indenização diante de diagnósticos médicos imprecisos. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 4, n. 1, 1^o sem. 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/direito_civil/direito_civil.html. Acesso em: 15 out. 2019).

⁹⁴ FEMENIA LÓPEZ, Pedro José. La indemnización por daños personales ante la falta de ganancias: lucro cesante y pérdida de oportunidades. In: (Coord.) *Derecho de daños*. Madrid: Sepin, 2011. p. 447.

⁹⁵ “A responsabilidade civil se baseia em uma concepção científico-natural ou newtoniana da causalidade” (ALCOZ, Luis Medina. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007. p. 245).

⁹⁶ “Por isso a perda de oportunidades é, essencialmente, um cálculo de probabilidade” (ALCOZ, Luis Medina. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007. p. 107). Adverte Alcoz, porém, ser difícil explicar dogmáticamente a regra da responsabilidade proporcional que consagra a doutrina da perda de oportunidades, pois o sistema espanhol condiciona o surgimento do crédito ressarcitório à presença de um laço causal físico ou natural, único e indivisível, assim como certo e efetivo. Esta doutrina contém uma regra de compensação parcial que coloca um formidável desafio à teoria geral da causalidade (ALCOZ, Luis Medina. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007. p. 125). De igual modo, no Brasil, tem-se dito que se constitui a perda de chance num juízo de probabilidade (AZEVEDO, Walter de Medeiros; BEZERRA JÚNIOR, José Albenes. Teoria da perda de uma chance na ótica do direito brasileiro. *Juris Rationis – Revista Científica da Escola de Direito da Universidade Potiguar*, Natal, ano 5, n. 1, out. 2011/mar. 2012). “[...] 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, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013).

percentual incidente sobre o dano total-final, a depender da expectativa de êxito do evento que não se concretizou por conta do pretérito ato ilícito promovido pelo lesante, que com isso interrompeu o *iter* encadeador e impossibilitou saber se o objetivo derradeiro seria ou não atingido. Estaria ela, enfim, localizada entre dois extremos, a saber, a meio caminho entre a prova robusta e a completa ausência de provas.⁹⁷ Adverte o autor, no entanto, ser inaplicável a técnica se o prejudicado deixou de empregar os meios probatórios que, estando ao seu alcance, poderiam articular um juízo (mais) seguro em torno da existência do laço causal.⁹⁸

Defende parte da doutrina brasileira, no que se refere à perda de oportunidades,⁹⁹ que o ato ilícito capaz de gerar dano (patrimonial ou extrapatrimonial) é constituído pela própria obliteração da chance, por possuir ela “um valor intrínseco inquestionável”, havendo “certeza em relação à própria chance e incerteza somente em relação ao resultado ou dano final”,¹⁰⁰ pois, ao menos até a ocorrência do ilícito praticado pelo réu, a vítima dispunha da chance de obter a vantagem pretendida.¹⁰¹ Para contornar a espinhosa polêmica acerca da indenização de danos eventuais ou hipotéticos enriquecedores de vítimas oportunistas, afirmam que a chance se constitui num “interesse juridicamente protegido” e, portanto, sua lesão resulta em dano certo a ensejar reparação.¹⁰²

Para essa corrente, integra a incerteza a essência do instituto, com o abandono da discussão respeitante ao futuro incerto (o dano final não indenizável) para ocupar-se com o passado certo, consistente na chance perdida (um interesse jurídico legitimamente protegido).¹⁰³ E a certeza de que tratam é a mesma referida por Alcoz quando do estudo do tema em Espanha: a certeza fulcrada na probabilidade.

⁹⁷ ALCÓZ, Luis Medina. *La teoría de la pérdida de oportunidad*: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007. p. 44; 88. Assim também a lição da literatura brasileira. Veja-se, por todos: “O termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos fatos” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3-15).

⁹⁸ ALCÓZ, Luis Medina. *La teoría de la pérdida de oportunidad*: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007. p. 99.

⁹⁹ “A cláusula geral de ato ilícito (CC, art. 186), com a sua consequente repercussão na obrigação de indenizar (CC, art. 927), constitui fundamento suficiente ao acolhimento da teoria da indenização pelas chances perdidas” (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 113).

¹⁰⁰ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

¹⁰¹ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

¹⁰² “Nem todo prejuízo rende azo à indenização. É preciso que a vítima demonstre também que o prejuízo constitui um fato violador de um interesse jurídico tutelado do qual seja ela a titular” (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61).

¹⁰³ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63.

Também por isso entendem não constituir a perda de chance uma nova categoria de dano,¹⁰⁴ mas um dano emergente, sendo por isso necessária a conjugação de dois requisitos: que a chance seja séria e real.¹⁰⁵

A fim de explicar a evolução do instituto, referem alguns que a primeira técnica aplicada à reparação de lesões a interesses relacionados a eventos aleatórios, como a perda de oportunidade, limitava-se à sua negação. Inexistindo definição de nexos causal entre o fato contingente (v.g., cura do paciente, resultado do processo judicial favorável ao cliente, prêmio pela vitória no turfe) e a conduta do demandado (imperícia do médico ou do advogado, atraso da entrega do cavalo que participaria da corrida imputável ao transportador), não haveria falar em indenização. Ademais, faz-se presente ainda outra incerteza além da relacionada ao laço causal, qual seja, a vaguidade do prejuízo, o que igualmente inviabiliza o ressarcimento, uma vez que o dano há de ser certo. Portanto, implicaria a aleatoriedade do evento a ausência de prova do laço causal e a incerteza da lesão. Neste estágio, assemelha-se o interesse aleatório ao interesse inexistente, o que, percebe-se, não espelha a realidade.¹⁰⁶ Neste primeiro estágio, simplesmente negava-se reparação civil à lesão de interesses sobre eventos aleatórios, justamente pela ausência de uma técnica apropriada para arrostamento do tema. Assim, havendo incerteza (acerca do nexos causal, especialmente, e sobre a definição clara de “qual dano”), deixava-se de indenizar a vítima, mesmo em situações de possível constatação de causalidade parcial. Como não havia possibilidade de estabelecer relação causal entre o interesse aleatório violado e a conduta do demandado, era impossível a indenização. Isto, juntamente com a incerteza acerca do prejuízo, tornava os danos não reparáveis e a vítima permanecia irressarcida, em que pese a evidente injustiça e incompletude sistemática que a situação desvelava. É que, no modelo clássico de responsabilidade civil, cabe ao autor provar que sofreu prejuízo certo, em relação causal com o ato imputado ao réu (relação entre incerteza do prejuízo e nexos de causalidade). Nenhuma dessas condições (prejuízo certo + relação causal) encontra-se presente nas hipóteses de lesão a interesses sobre eventos aleatórios. Há, neste caso, assimilação do interesse aleatório ao interesse inexistente.¹⁰⁷ Percebeu-se, também, como explicitado acima, que havia

¹⁰⁴ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111.

¹⁰⁵ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81.

¹⁰⁶ CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, ano 101, v. 922, p. 139-171, ago. 2012. p. 139-171.

¹⁰⁷ CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, ano 101, v. 922, p. 139-171, ago. 2012. p. 139-171.

aí uma inversão lógica patente, laborando a dúvida sempre em favor do lesante, e não da vítima.

Num segundo momento surgiu, para superar a completa negativa de ressarcimento em face de eventos contingentes, o que se denomina deslocamento do objeto da prova. Criaram-se, assim, presunções de fato (ou simples, aquelas vindas do homem ou do juiz) e de direito (ou legais) destinadas, ambas, a circundar a incerteza. Como é intuitivo, está-se diante de “um raciocínio probatório, por meio da constatação de um nexó lógico entre o fato inacessível à prova (objeto inicial de prova ‘desconhecido’) e o fato acessível (objeto deslocado de prova, ‘conhecido’)”.¹⁰⁸ Forma-se, a partir de elementos indiretos, um nexó de probabilidade (entre o fato conhecido e o desconhecido), que possibilita afirmar a existência do evento discutível. A presunção de fato serve, então, para que o juiz possa superar os limites de sua cognição. Todavia, a adoção da técnica de presunções exige a presença de vários elementos precisos e coincidentes capazes de confirmar a verossimilhança do fato presumido. Nas hipóteses de ocorrência de vulneração a interesses contingentes, para que isso se verifique, será necessário que a probabilidade de realização do evento seja extraordinariamente elevada, aproximando-a da certeza tradicionalmente exigida. O problema havido com a utilização do método das presunções nos casos de eventos aleatórios é que os juízes, ao invés de admitir a incerteza e incorporá-la à decisão, procuram dela desfazer-se.¹⁰⁹

Sobrevém uma terceira técnica, consistente na reparação de chances perdidas, buscando elaborar solução que inclua a incerteza como elemento da decisão quando envolvida lesão a interesses aleatórios, titulada “deslocamento do objeto da reparação”. O dano identifica-se com a oportunidade perdida pela vítima de obter a vantagem, não fosse o ato ilícito pretérito praticado pelo lesante. Dessa forma, contornam os arautos da teoria o problema relativo à impossibilidade de indenização de dano futuro e incerto, considerando o aniquilamento da chance um prejuízo atual e indiscutível. É o que sustenta Carnaúba,¹¹⁰ para quem a perda de chance não configura nova espécie de dano, consistindo antes numa técnica de deslocamento da reparação, primeiro quanto ao interesse reparado (olvida-se a vantagem aleatória perseguida e centra-se na chance perdida) e, depois, em

¹⁰⁸ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a âlea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.

¹⁰⁹ Código francês de 1804, art. 1.349.

¹¹⁰ “Ao invés de visar à vantagem aleatória desejada pela vítima - um prejuízo incerto e que não tem ligação causal com o ato do réu - os juízes concedem a reparação de outro prejuízo, a saber, a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem. Não se trata de reconhecer uma nova espécie de prejuízo, mas uma verdadeira substituição de um prejuízo por outro” (CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, ano 101, v. 922, p. 139-171, ago. 2012).

relação ao tempo (desiste-se de recolocar a vítima na situação na qual se encontraria não fosse o evento danoso – pois aí tratar-se-ia de um futuro hipotético e incerto. Ao invés disso, procura-se devolver a vítima à situação na qual ela se encontrava antes deste evento – um passado certo).¹¹¹

Portanto e como já afirmado, 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.¹¹²

Em que pese certa renitência por parte de segmento doutrinário, pode-se intuir que a aplicação da teoria da perda da chance, em certo sentido, constitui um prolongamento da responsabilização pelo risco-proveito, obviando a existência do liame de causalidade entre a conduta do réu e a perda da chance, e não propriamente com o dano definitivo.

De tudo, percebe-se quão proveitosa e profícua tem se mostrado a discussão qualificada a respeito das repercussões da incerteza no direito contemporâneo, com sentidos reflexos sobre o estudo e aplicação da responsabilidade civil, ante a releitura argumentativa dos princípios que regem este campo de investigação.

Considerações finais

O presente texto propôs uma discussão acerca do papel da incerteza no sistema jurídico, considerando o emprego dos princípios como fundamento de decisões judiciais, com enfoque na seara da responsabilidade civil pela perda da chance. Mais especificamente, enveredou pelas diversas leituras do conteúdo principiológico do nexos causal nos casos de reparação por perda da chance, diante das incertezas inerentes a esta temática.

Ao longo do texto, verificou-se que a complexidade do mundo contemporâneo está a exigir do direito um tratamento adequado à incerteza.

¹¹¹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. Outros conceitos encontrados na literatura brasileira afirmam dar-se a perda da chance quando alguém se vê privado da “oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo”, tratando-se de instituto que solidifica a solidariedade social e a justiça distributiva. Assim, “mesmo não havendo um dano certo e determinado, existe um prejuízo para a vítima decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um prejuízo” (ANDRESSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, ano 10, n. 40, p. 177-214, out./dez. 2009). Para estes, seria a incerteza, então, o próprio fato danoso.

¹¹² CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.

Viu-se que, nas sociedades antigas, houve o estabelecimento de um “centro de certeza”, fundado na imutabilidade definida pelo divino, a fim de escapar das interrogações do desconhecido, estabelecendo, com isso, uma verdade revelada e a inerente inquestionabilidade do poder (da Igreja católica, em especial).

Com o passar do tempo e em razão das descobertas científicas, foi esta certeza dos céus, dito de maneira ligeira, substituída por outro núcleo afirmativo, o cartesiano-racional, filho dileto dos novos saberes. A razão, pois, seria capaz de tudo explicar, lançando luz às sombras da ignorância, afirmando a existência de uma relação sujeito/objeto, sem que houvesse a interferência daquele (sujeito) sobre este (objeto), limitando-se a relação entre eles à observação “científica” do objeto pelo sujeito que, ao pensar, confirma existir (*cogito, ergo sum*).

Ambos (Deus e razão), porém, fincavam raiz na possibilidade de desvelamento da verdade, ou ao menos no seu emascaramento, afirmando a certeza como fenômeno possível. Seu objetivo maior era, justamente, contornar os problemas decorrentes do incógnito, do contingente.

A teoria construtivista radical apresentou-se como alternativa à explicação do fenômeno aleatório, abandonando os “centros de verdade”, substituindo a distinção sujeito/objeto pela distinção operação/observação, mas seu aprofundamento implicou a impossibilidade de separação dos sistemas sociais, passando o direito a confundir-se, em certa medida, com a moral, por exemplo.

Daí elaborar Luhmann a teoria dos sistemas, adotando a distinção sistema/ambiente para, com isso, viabilizar a diferenciação dos sistemas sociais, em especial do direito, que se realiza por meio de uma regra singular, *sui generis*, definida pelo autor como código binário, lícito/ilícito. É desta forma que o direito contemporâneo transita pelas verdades provisórias, adaptando-se à realidade circundante, sem perder sua essência de formulador de regras de conduta e evitando se tornar contraditório, disfuncional ou inadequado ao seu tempo.

Também assim se dá no campo da responsabilidade civil, passando a incerteza, antes paralisante dos mecanismos ressarcitórios por manter mirada no que “teria sido”, a ser encarada como parte da solução, adotando a reposição do que “foi”, ao colocar a vítima no estado que se achava antes do evento que afastou sua chance. Assumindo o passado como parâmetro da reparação, tem-se a confirmação de que a chance perdida constitui um prejuízo certo sofrido pelo lesado, mediante a releitura argumentativa do princípio regente do nexo causal.

Este ensaio procurou fornecer noções preliminares a respeito da incerteza no direito, mas muitas questões restaram abertas e aguardam respostas mais densas e consistentes, como a que diz com a redução da contingência produzida pela abertura cognitiva, ou à concernente aos critérios de elegibilidade de juízos

causais dentro de uma classe de condicionantes que incluem ingredientes contratuais. Enfim, repisando o questionamento matriz apresentado neste texto, ainda não se sabe, ao certo, os limites de qual certeza pode o direito oferecer, diante da liberdade argumentativa franqueada pela aplicação principiológica.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; ENZWEILER, Romano José. A incerteza na responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 57-82, jul./set. 2020.

Recebido em: 08.10.2019

1^º parecer em: 06.11.2019

2^º parecer em: 30.12.2019