



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS

DANIELA PINTO DE CARVALHO

FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NA
RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

Salvador
2012

DANIELA PINTO DE CARVALHO

**FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NA
RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos.

Orientadora: Professora Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

Salvador
2012

C331

Carvalho, Daniela Pinto de,

Fixação do quantum indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance / por Daniela Pinto de Carvalho. – 2012.
202 f.

Orientador: Professora Dr^a Roxana Cardoso Brasileiro Borges.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012.

1. Advogados–Responsabilidade judicial 2. Advogados-Decisão judicial
3. Responsabilidade (Direito) I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 346.02

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIELA PINTO DE CARVALHO

FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pela banca examinadora composta pelos membros listados abaixo.

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, 13 de agosto de 2012

Como uma Onda (Lulu Santos)

Nada do que foi será
De novo do jeito que já foi um dia
Tudo passa
Tudo sempre passará
A vida vem em ondas
Como um mar
Num indo e vindo infinito
Tudo que se vê não é
Igual ao que a gente
Viu há um segundo
Tudo muda o tempo todo
No mundo
Não adianta fugir
Nem mentir
Pra si mesmo agora
Há tanta vida lá fora
Aqui dentro sempre
Como uma onda no mar
Como uma onda no mar
Como uma onda no mar

Dedico este trabalho a todas as pessoas especiais que fazem parte da minha vida e que fazem desse mundo um lugar melhor de se viver, principalmente à minha família, mãe e pai queridos, além de Ricardo, Thiago e Aline; aos meus grandes amigos, em especial Marcelo, Felipe, Raphael e Breno, a Marcos e a Rodolfo Pamplona.

AGRADECIMENTO

A conclusão do meu mestrado é a realização de mais um grande sonho, e nenhum sonho vira realidade sem a participação e ajuda de pessoas muito especiais. Assim, este é o momento de agradecer a todos que, de alguma forma, fizeram parte de todo o caminho até esse momento de grande felicidade.

Em primeiro lugar, agradeço à minha família, que é responsável por tudo o que sou e sempre esteve ao meu lado em todos os momentos, tanto aos meus pais, José Carlos e Nadja, por todo amor e carinho e por acreditarem e apoiarem todos os meus sonhos, como também aos meus irmãos, Thiago e Ricardo, por serem as pessoas mais especiais do mundo e estarem comigo sempre, não somente nas alegrias, mas, principalmente, nas longas madrugadas de estudo.

Agradeço aos meus grandes e verdadeiros amigos da Unifacs, em especial Marcelo Sales, Raphael Paranhos, Breno Oliveira e Felipe Riedel, que fizeram dessa jornada algo muito mais divertido, dividindo todas as dúvidas e alegrias, escutando todas as minhas lamentações e dando o apoio que eu precisava para seguir em frente, como também a Gabriel e Isan. Amo todos vocês.

Não posso deixar de agradecer a Marcos Camandaroba, meu companheiro, namorado e amigo ao longo de toda essa jornada, que me deu todo o amor e carinho necessários, esteve comigo em todos os momentos difíceis e fez a minha vida mais feliz, e, também, por ter aguentado a minha ausência e entendido que era necessário para o meu crescimento, e por ter se tornado um amigo para toda a vida.

Agradeço muito à Aline, por ter sido uma grande amiga e irmã, por todas as noites que passou ao meu lado enquanto eu escrevia sem parar, por me tirar de casa e mostrar que dá para conciliar vida, trabalho e estudo. Como, também, à Thaís, que é mais do que uma prima, e sim uma filha linda que, mesmo ainda criança, entende que nem tudo é diversão, e que esteve ao meu lado nas horas de estudo, mesmo nos lindos dias de sol.

Agradeço, também, aos meus colegas e amigos de mestrado e de trabalho, sem os quais essa trajetória seria sem graça, em especial Alexandre, que foi um grande amigo no final da elaboração da dissertação, escutando as minhas conclusões e reclamações.

Agradeço à minha professora Roxana Borges, orientadora no Mestrado do PPGD da UFBA, por todas as lições e por ter sido essencial na conclusão desta dissertação.

Agradeço a todos os meus professores, tanto os da Graduação na Unifacs, como da especialização e Mestrado na UFBA. Foi por causa de algum deles que escolhi esse caminho, ao ver a dedicação e amor que desempenha essa honrosa profissão.

Por fim, agradeço muito ao meu Professor e Mestre Rodolfo Pamplona, por ser um grande amigo, sendo um orientador não apenas nos estudos e profissão como, também, na vida, sendo um exemplo a ser seguido. Sem ele o meu mestrado ficaria apenas no sonho.

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa busca estabelecer critérios para a quantificação da indenização na responsabilidade civil por perda de uma chance, para que, por meio da utilização destes critérios, seja possível alcançar uma reparação plena nos casos que envolvem a destruição de uma chance séria e real. Partindo deste objetivo, este trabalho busca, primeiramente, demonstrar os novos contornos da responsabilidade civil com a adoção de um novo paradigma no qual está inserida a aceitação e aplicação da teoria da perda de uma chance, para, só depois, seguir para a definição desta teoria, por meio da qual é possível a reparação de uma chance destruída enquanto uma probabilidade séria e real de obter uma vantagem ou evitar um dano sofrido. Na responsabilidade civil por perda de uma chance o que deve ser objeto de indenização é a própria chance destruída, e não os danos finais experimentados pela vítima, por isso, a pesquisa segue pela análise do conteúdo desta chance, dos requisitos para que este dano decorrente da sua destruição seja passível de reparação e a classificação deste dano dentre as espécies já existentes. Seguindo a definição do que deve restar indenizado nesta espécie de responsabilidade civil, esta pesquisa parte para a análise de como deve ocorrer a definição do quantum indenizatório quando restar configurado o dano da perda de uma chance, e, para tanto, toma como base o princípio da reparação integral dos danos, que deve ser observado em qualquer forma de reparação, seja a natural ou por meio da compensação ou indenização.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Teoria da Perda de uma Chance; Princípio da Reparação Integral dos Danos; Quantificação da Indenização.

ABSTRACT

The present research seeks to establish criteria for the quantification of damages in civil liability for loss of a chance, so that through the use of these criteria is possible to achieve full compensation in cases involving the destruction of a serious and real chance. Based on this objective, this paper seeks, first, to demonstrate the new contours of liability by adopting a new paradigm in which is inserted the acceptance and application of the theory of loss of a chance, and only then proceed to the definition of this theory, whereby it is possible a chance to repair destroyed while serious and real probability of obtaining a benefit or avoid an injury. Civil liability for the loss of a chance to be the object of compensation is to own chance destroyed, not final damage experienced by the victim, so the search continues through the analysis of the contents of this chance, that the requirements for damage arising it destruction is likely to repair this damage and rank among the existing species. Following the definition of what should remain indemnified in this kind of civil liability this research is to analyze how it should occur to the definition of quantum indemnity remains set when the damage from the loss of a chance for both builds on the principle of full compensation damage, which must be observed in any form of redress, whether natural or by way of compensation or indemnity.

Keywords: Civil Liability; Theory of Loss of a Chance; Principle of Full Compensation of the Damage; Quantification of Damages.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|---------|---|
| Art. | Artigo |
| CC | Código Civil |
| CC16 | Código Civil de 1916 |
| CC02 | Código Civil de 2002 |
| CF/1988 | Constituição Federal da República de 1988 |
| DJ | Diário de Justiça |
| DO | Diário Oficial |
| Julg. | Julgamento |
| Min. | Ministro |
| REsp | Recurso Especial |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TJ | Tribunal de Justiça |
| TRF | Tribunal Regional Federal |
| TRT | Tribunal Regional do Trabalho |

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 13 |
| 2 RESPONSABILIDADE CIVIL E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE..... | 18 |
| 2.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ATÉ A ACEITAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE | 19 |
| 2.1.1 A Superação do Pilar da Culpa..... | 23 |
| 2.1.2 As Teorias Quanto ao Nexo de Causalidade..... | 28 |
| 2.1.3 A Expansão das Formas de Dano Reparáveis | 30 |
| 2.1.4 A Perda de uma Chance e o Novo Paradigma da Responsabilidade Civil | 33 |
| 2.2 OS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE..... | 35 |
| 2.2.1 Funções da Responsabilidade Civil..... | 38 |
| 2.2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil | 41 |
| 2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE..... | 45 |
| 3 O DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE..... | 53 |
| 3.1 CONTORNOS GERAIS DO DANO..... | 53 |
| 3.1.1 Conceito de Dano..... | 55 |
| 3.1.2 Requisitos para a Configuração do Dano | 57 |
| 3.2 O DANO INDENIZÁVEL NO CASO DA PERDA DE UMA CHANCE | 61 |
| 3.2.1 O Requisito da Atualidade e a Perda de uma Chance..... | 62 |
| 3.2.2 A Perda de uma Chance como Dano Certo | 63 |
| 3.2.3 Definição de Chance | 67 |
| 3.2.4 Modalidades de Perda de uma Chance..... | 74 |
| 3.2.5 A Chance Diante do Caso Concreto..... | 77 |
| 3.2.5.1 Responsabilidade Civil do Advogado por Perda de uma Chance | 77 |
| 3.2.5.2 Responsabilidade Civil do Médico por Perda de uma Chance | 84 |
| 3.3 CLASSIFICAÇÃO DO DANO..... | 92 |
| 3.3.1 Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais..... | 93 |
| 3.3.1.1 Danos Patrimoniais..... | 94 |
| 3.3.1.2 Danos Extrapatrimoniais..... | 96 |
| 3.3.1.2.1 Da Irreparabilidade até a sua Plena Aceitação | 96 |
| 3.3.1.2.2 O Que Merece Reparação nos Danos Extrapatrimoniais..... | 99 |
| 3.3.2 Danos Emergentes e Lucros Cessantes | 105 |
| 3.4 PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO PATRIMONIAL E EMERGENTE. DESCONSTRUINDO PARA DEPOIS CONSTRUIR..... | 110 |
| 3.4.1 A Posição da Jurisprudência e da Doutrina | 112 |
| 3.4.2 Diferenças Existentes entre a Perda de uma Chance e os Danos Extrapatrimoniais | 119 |
| 3.4.3 Diferenças Existentes entre a Perda de uma Chance e Lucro Cessante | 123 |
| 3.4.4 O Dano Decorrente da Perda de uma Chance como Dano Emergente | 126 |
| 4 FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE..... | 130 |
| 4.1 FORMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS..... | 131 |

| | |
|--|------------|
| 2.1.1 Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais e as Formas de Reparação dos Danos | 132 |
| 4.1.2 As Formas de Reparação dos Danos, a Graduação Existente e a Possibilidade de Cumulação | 136 |
| 4.2 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS | 138 |
| 4.2.1 Conteúdo do Princípio da Reparação Integral dos Danos | 140 |
| 4.2.1.1 <i>Princípio da Vedação do Enriquecimento Sem Causa como uma das faces do Princípio da Reparação Integral dos Danos</i> | 144 |
| 4.2.1.2 <i>Princípio da Reparação Integral dos Danos como Fundamento da Aceitação da Teoria da Perda de uma Chance</i> | 147 |
| 4.2.2 Incidência do Princípio da Reparação Integral dos Danos na Quantificação da Reparação Pecuniária dos Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais | 149 |
| 4.3 OUTROS CRITÉRIOS QUE INCIDEM NA QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO | 153 |
| 4.3.1 Grau de Culpa | 155 |
| 4.3.1.1 <i>Aplicação do Parágrafo Único do Art. 944 do CC02 na Responsabilidade Civil Objetiva</i> | 159 |
| 4.3.1.2 <i>Equidade</i> | 162 |
| 4.3.2 Culpa Exclusiva da Vítima e a Culpa Concorrente Enquanto Questões de Nexo de Causalidade | 164 |
| 4.3.3 Situação do Responsável e da Vítima | 167 |
| 4.3.4 Verbas Compensatórias | 170 |
| 4.4 FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE | 173 |
| 4.4.1 A Chance Como o Que Deve Ser Indenizado | 173 |
| 4.4.2 Critérios Para a Fixação do Quantum Indenizatório na Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance | 176 |
| 5 CONCLUSÕES | 182 |
| REFERÊNCIAS | 191 |

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade é marcada por uma constante evolução e pelo dinamismo, que refletem não apenas na mudança nos modos de produção, no constante avanço tecnológico e científico, mas na forma com que as relações pessoais são travadas, o que tem consequências nos institutos jurídicos que buscam regular estas relações, em especial o da responsabilidade civil, que vem sofrendo diversas alterações em seus contornos para tornar possível a reparação das novas espécies de dano e daqueles em que a reparação ainda não teve respaldo dentro dos moldes tradicionais, e, assim, responder ao anseio desta sociedade.

No direito brasileiro a responsabilidade civil vem assumindo um novo paradigma enquanto consequência de mudanças sofridas nos seus requisitos. No caso da culpa, esta decorre da adoção da responsabilidade civil objetiva, por meio da qual a demonstração deste requisito deixa de ser essencial nos casos expressamente previstos em lei ou quando se amolda a cláusula geral que consagra a teoria do risco, que está prevista no CC02 em seu art. 927, parágrafo único. No nexos de causalidade, passa por uma fase em que consagra novas teorias que relativizam esta relação de causa e efeito essencial para a imputação do dever de indenizar. Já no dano, estamos vivendo uma fase de plena expansão das formas de dano reparáveis.

Dentro deste novo paradigma da responsabilidade civil está inserida a aceitação da Teoria da Perda de uma Chance, que tem como exemplo a situação em que o advogado, ao interpor o recurso cabível fora do prazo, retira de seu constituinte a possibilidade de ver apreciado o mérito da causa em instância superior, como também o ato negligente de um médico que põe fim à chance existente de o paciente se recuperar de uma enfermidade.

Nos casos que envolvem a perda de uma chance, por um longo período, em face dos requisitos para a configuração da responsabilidade civil, a vítima era obrigada a suportar os danos integralmente e estes, ainda, eram atribuídos ao destino, à fatalidade ou até mesmo à vontade de Deus¹. Contudo, para solucionar tal impasse, a jurisprudência, e em seguida a doutrina, passaram a adotar a teoria de origem francesa da perda de uma chance, por meio da qual busca resolver os problemas relacionados à destruição de probabilidades, tornando possível a reparação deste dano.

¹ MORAES, Maria Celina Bondin de. **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Com esta teoria passou a ser aceito que, nos casos que envolvem a perda de uma chance, o que deve ser reparada é a própria chance que deixou de existir, e não o resultado final, que consiste no que foi perdido ou a parte deixou de ganhar. Neste sentido, destaca Sérgio Savi a possibilidade de visualização de um dano independente do resultado final, que decorre, em especial, do desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidade que predetermina, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte, a ponto de poder considerá-lo um valor normal, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo².

Quanto a esta teoria dois pontos ganharam destaque. O primeiro deles é que não é possível que alguém seja obrigado a reparar, a título de perda de uma chance, nos casos que envolvem a mera possibilidade ou uma esperança, já que a chance deve apresentar algumas características, como ser séria, real e atual. O segundo é quanto ao nexos de causalidade, pois este se mostrava impossível quando estabelecida entre a conduta e o dano final, isto por estamos diante de probabilidades e não de certezas absolutas, tendo outros fatores envolvidos. Só se torna possível a superação deste requisito da responsabilidade civil quando passa a ser estabelecido entre a conduta e a destruição de uma chance por um terceiro.

Contudo devemos lembrar que para que haja a recomposição dos prejuízos, no campo da responsabilidade civil, é necessário que o valor de restituição seja equivalente ao da perda sofrida pela vítima da lesão³, sendo necessário definir a extensão do dano, o que é difícil no caso da perda de uma chance.

Malgrado a doutrina e a jurisprudência já venham se manifestando sobre os dois primeiros pontos destacados, resta uma grande dúvida quanto aos critérios a serem utilizados no momento de definir o quantum indenizatório. Dúvida que foi agravada, nos dizeres de Rafael Peteffi da Silva, tanto pelo número de decisões judiciais que deixaram a quantificação para o momento da liquidação de sentença, como, também, por aquelas que, ao apresentarem o valor da reparação, não fizeram menção expressa à metodologia empregada, deixando a impressão de que a quantificação foi realizada sem qualquer critério técnico⁴.

Diante dessa realidade, e tendo em vista o ordenamento jurídico pátrio, surge um questionamento sobre o qual toda a nossa pesquisa irá girar: Como reparar de forma integral os danos causados em face da perda de uma chance sem que haja o enriquecimento ilícito de quem busca a indenização por perda de uma chance?

2 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

3 REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

4 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 13.

Resta como objetivo geral estabelecer os critérios para a definição do quantum indenizatório na responsabilidade civil pela perda de uma chance, para que a reparação deste tipo de dano não ocorra de forma a deixar parte deste sem a devida reparação, estando em desacordo com o princípio da reparação integral dos danos, e nem que o valor estabelecido seja superior ao dano, gerando o enriquecimento ilícito de quem busca a reparação juntamente com a imputação de ônus superior ao dano ao responsável.

Enquanto isso, a hipótese que será testada consiste em: **Na responsabilidade civil por perda de uma chance a probabilidade surge como meio de determinar a reparação dos danos sofridos, de forma a conceder a reparação integral de quem sofreu os danos.**

Para a realização da pesquisa partiremos das premissas: de que os danos devem ser integralmente reparados, e o mesmo deve ocorrer no caso da perda de uma chance; o que deve ser reparado é a própria chance, não o que efetivamente deixou de ganhar ou foi perdido; por fim, que no momento de definição do quanto indenizatório o parâmetro a ser utilizado é o da probabilidade.

O presente estudo se justifica pela alta relevância de analisar essa nova modalidade de responsabilidade civil, principalmente quanto aos critérios a serem utilizados para definição da indenização, uma vez que pouco se falou na doutrina acerca da definição da indenização nestes casos, e, além disso, a jurisprudência não tem posicionamento firmado sobre a estipulação da indenização na perda de uma chance.

Possui forte vertente social por trazer como problemática a necessidade de ter resguardado o direito de quem teve a sua chance de obter um ganho ou evitar um dano de ter a sua reparação de forma integral, que por meio da definição de critérios a serem utilizados na quantificação da indenização, não haja enriquecimento ilícito de uma parte e nem o dano exagerado por parte de quem causou o dano.

Encontra-se revestido de imensa atualidade, haja vista que mesmo que muitos casos cheguem aos tribunais, ainda não restam consolidados na doutrina e jurisprudência os parâmetros a serem utilizados para determinar o valor da indenização no caso da perda de uma chance.

O trabalho será dividido em 3 capítulos. No capítulo 1 apresentaremos a posição da doutrina e jurisprudência quanto à teoria da perda de uma chance, como também responder ao seguinte questionamento: **Quais foram as mudanças sofridas pelo instituto da responsabilidade civil para a aceitação da teoria da perda de uma chance?**

Para tanto, iremos tratar da evolução recente da responsabilidade civil, tomando como base as mudanças de paradigma que ocorreram nos pressupostos da culpa, do nexo de

causalidade e do dano, para responder em que momento se observa a aceitação da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

No que segue, caminharemos para a análise de suas funções, juntamente com pressupostos exigidos para que reste configurado o dever de reparar decorrente da responsabilidade civil no paradigma vigente. Finalizando este capítulo com a posição adotada pela doutrina e jurisprudência quanto à teoria da perda de uma chance como parte integrante do instituto da responsabilidade civil.

No capítulo 2 o principal questionamento que nos propomos a responder é: **Quais são as características do dano quando configurada a responsabilidade civil pela perda de uma chance?**

Em busca desta resposta iniciaremos com a definição do dano, apontando os motivos da essencialidade de sua configuração para a responsabilidade civil, além da construção do seu conceito, a definição dos requisitos para a sua configuração. Além disso, trabalharemos, também, com as classificações de danos apresentadas de uma forma geral pela doutrina, sendo elas a de danos emergentes e lucros cessantes, além de danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais.

Após definidos os contornos gerais do dano, passaremos para a análise da perda de uma chance em si, analisando se nesta estão presentes os requisitos da certeza e atualidade, o que vem a ser a chance em si, bem como a classificação da perda de uma chance em três espécies.

Depois de cumpridas todas estas etapas, buscaremos definir qual é o dano no caso da perda de uma chance, respondendo, assim, ao questionamento apresentado. O que será feito por meio do estudo e definição da chance em si, pois esta é que deve ser objeto de reparação no caso da responsabilidade civil por perda de uma chance, concluindo qual a espécie de dano que desta resulta, além de apresentar a classificação da doutrina e da jurisprudência quanto à perda de uma chance.

No capítulo 3 estabeleceremos as formas existentes de reparação dos danos visando responder de que forma deve ocorrer a reparação dos danos no caso da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Seguindo para a definição dos princípios que regem a quantificação dos danos, com destaque para o princípio da reparação integral dos danos.

Por fim, buscaremos elencar os critérios para a quantificação da reparação quando estiverem configurados todos os requisitos exigidos para a imposição da responsabilidade civil pela perda de uma chance, para que o julgador, diante do caso concreto, tenha em mãos os

elementos necessários para que estabeleça o valor da reparação para que esta ocorra da forma mais plena possível.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A responsabilidade civil consiste em um dos institutos fundamentais para o convívio em sociedade, pois tem como função primordial restabelecer o equilíbrio que foi rompido, tratando da definição de critérios para que ao responsável – quer seja o causador do dano ou a quem a lei definir – seja imputada a obrigação de responder pelos danos sofridos por um terceiro, além de determinar a extensão e as formas de reparação.

Ademais, para estar sempre adaptada à realidade e aos anseios sociais de cada época, encontra-se em constante mutação, não apenas nas suas funções, que caminharam de puramente sancionatórias para o de buscar a reparação integral dos danos, e segue na discussão quanto a sua aplicação punitiva (*punitive damages*), como, também, em seus pressupostos, que vêm sofrendo diversas mitigações na busca pela ampliação do seu campo de atuação.

As mudanças mais significativas vivenciadas por este instituto estão diretamente relacionadas com os seus pressupostos. Mas estas não se limitam às que estão ligadas ao instituto da culpa – que, em alguns casos, passa a ser presumida ou até mesmo deixa de ser exigida –, como, também, na sucessão de teorias quanto ao nexo de causalidade, e, em especial, nas espécies e contornos dos danos que podem ser objeto de reparação – tanto por meio de reparação natural, como pela financeira, seja esta indenização ou compensação – por intermédio deste instituto.

A teoria da perda de uma chance – sobre a qual iremos nos debruçar ao longo desta pesquisa – está inserida no estudo da responsabilidade civil, fazendo parte das teorias que passaram a ter aplicação plena em decorrência do atual estágio de evolução deste instituto do direito civil. Sendo a aceitação da perda de uma chance uma das espécies de dano reparáveis parte integrante dos novos paradigmas da responsabilidade civil, já que decorre da ampliação do rol de danos ressarcíveis.

Por tal motivo, para dar início ao nosso trabalho com foco na teoria da perda de uma chance, o questionamento que buscaremos solucionar neste primeiro capítulo é: Quais são os contornos do instituto da responsabilidade civil nos quais se insere a possibilidade de reparação dos danos no caso da perda de uma chance?

Neste capítulo analisaremos a evolução da responsabilidade civil, partindo da teoria tradicional e seguindo até os seus contornos atuais, tomando como base as mudanças de paradigma que ocorreram nos pressupostos da culpa, do nexo de causalidade e do dano,

demonstrando em que momento é observada a aceitação da teoria da perda de uma chance. Seguindo para as suas funções e pressupostos, para que reste configurado o dever de reparar dentro do paradigma vigente, para finalizar com a posição adotada pela doutrina e jurisprudência quanto à Teoria da Perda de uma Chance como parte integrante do instituto da responsabilidade civil.

2.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ATÉ A ACEITAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A responsabilidade civil é substancialmente dinâmica, sofrendo acentuada influência das transformações sociais e humanas, evoluindo e se transformando ao longo da história para se adaptar aos novos modelos sociais e às novas necessidades impostas⁵, convivendo com seguidas mudanças no seu paradigma.

As alterações ocorridas neste campo do Direito Civil são também atribuídas à reflexão a respeito das consequências da complexidade das máquinas, do exercício de atividades perigosas, das novas tecnologias e da massificação e maior interdependência nas relações⁶, como, também, do desejo de justiça – de que todos os danos sejam reparados de forma integral pelo responsável, não aceitando mais que estes sejam vistos como decorrentes de fatalidade – e da ideia da solidariedade social⁷.

Neste sentido, Washington de Barros Monteiro defende que existe uma teoria permanente sobre a responsabilidade civil por ser este um instituto dinâmico, que se adapta e se transforma conforme evolui a civilização, e, por tal motivo, é preciso flexibilidade suficiente para que, em qualquer época, independente de novas técnicas, de novas atividades, seja assegurada a sua finalidade⁸.

José de Aguiar Dias ressalta que este instituto é essencialmente dinâmico, que tem de se adaptar e transformar na mesma proporção em que envolva a civilização, devendo ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo

5 MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais. **Revista de Direito Privado**, n. 26, ano 7, abr-jun, 2006.

6 SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009.

7 WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista dos Tribunais**, ano 95, vol. 845, mar 2006.

8 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. Vol 5: 2ª parte. 34. ed. ver. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

qual, seja em face de novas técnicas, como novas conquistas ou novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado em cada tempo e em função das condições sociais vigentes⁹.

Afirma que os estágios em que a sua evolução é processada mostram, de forma clara, que a reparação do dano é inspirada na preocupação de harmonia e equilíbrio que orienta o direito e constitui o seu elemento animador. E que disto decorreria a impossibilidade de estabelecer uma teoria unitária da responsabilidade civil, embora os esforços dos melhores juristas nesse sentido¹⁰.

Com base nestas considerações, vista a responsabilidade civil como um instituto que vivencia constantes mudanças, resta a necessidade de fazer uma análise das alterações que ocorreram ao longo do tempo, das quais decorreu ser a responsabilidade civil, visto como o problema central do direito privado no século XX¹¹.

Para tanto, não precisamos retornar aos primórdios, demonstrando o seu surgimento e primeiras concepções adotadas, mas sim ter como ponto de partida a teoria tradicional, seguindo pelas transformações sofridas em seus pressupostos na busca de reparação mais ampla dos danos, nos quais se insere o surgimento da teoria da perda de uma chance.

A visão tradicional da Responsabilidade civil corresponde àquela definida pelo Código Civil francês sobre a base de que não há responsabilidade sem culpa, e assumindo a obrigação de indenizar conteúdo sancionatório. Concepção esta que era decorrente e se justificava na necessidade de proteger não apenas o indivíduo ante o poder do Estado, como também a atividade econômica da pequena empresa, o que só poderia ocorrer com um regime

9 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. Vol I. .

10 *Ibidem*.

11 WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista dos Tribunais**, ano 95, vol. 845, mar., 2006.

Na realidade, a evolução econômica e social fez da responsabilidade civil o problema central do Direito Privado no século XX. Com efeito, há um século que o movimento de ideias não tem sido tão intenso em nenhuma outra matéria. A revolução industrial transformou os dados da responsabilidade civil, que, de um dia para o outro, dominou os tribunais, monopolizou os tribunais, fez convergir sobre ela os tratados e as monografias. A evolução tecnológica, as condições econômicas e a ideia da solidariedade social têm efeito da responsabilidade civil o rumo das questões mais discutidas no Direito Privado Contemporâneo. Suas numerosas aplicações têm ultrapassado todas as previsões. Inicialmente a prática e depois, a doutrina se têm desenvolvido sob a pressão das necessidades da vida cotidiana. E, tendo feito tão depressa novas conquistas, a responsabilidade civil se vê proprietária de um campo imenso onde domina ainda a anarquia fecundada das grandes terras (p. 84).

em que o indivíduo, unicamente, se veria obrigado a ressarcir o dano quando comprovada a ação antijurídica e culpável¹².

Desta forma, os contornos da responsabilidade civil, com pressupostos rígidos, encontravam justificativa em vista do momento histórico vigente naquela época, mas que não se mantêm em face das mudanças decorrentes, principalmente, da industrialização e do surgimento de uma sociedade de riscos e de massa.

Para apresentar estas alterações seguiremos as linhas traçadas por Anderson Schreiber¹³ na sua análise sobre os novos paradigmas da responsabilidade civil, na qual apresenta as mudanças quanto aos pilares da responsabilidade civil – que são a culpa, o dano e o nexo de causalidade –, com gradual deslocamento de foco de comprovação da culpa e do nexo de causalidade para a reparação do dano sofrido pela vítima¹⁴.

Nas lições do destacado autor, resta claro que o sistema de responsabilidade civil consagrado pelas grandes codificações ancorava-se em três pilares: a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Tal sistema implicava que a vítima de um dano, dirigindo-se aos tribunais, precisava superar duas sólidas barreiras para obter a indenização, a começar pela demonstração do caráter culposo lato sensu da conduta do ofensor, e a segunda a demonstração do nexo de causalidade existente entre a conduta perpetrada e o dano¹⁵.

Estes pilares já foram vistos como filtros da responsabilidade civil por funcionarem como meio de seleção das demandas de indenização que mereceriam acolhimento jurisdicional. Já a erosão destes filtros encontra explicação, em larga medida, por uma sensibilidade crescente dos tribunais à necessidade de assegurar alguma reparação à vítima do dano, como, também, pelo acolhimento da transferência ou eliminação do peso da

12 SEGUÍ, Adela M. **Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, v. 52, 2004.

13 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

14 *Ibidem*. p. 7. Quanto à evolução da responsabilidade civil, destaca o autor que:

No afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa, com facilidade, a prova da culpa e do nexo causal, mostrando-se interessado não em quem gerou o dano, mas em quem pode suportá-lo. A erosão dos filtros da reparação corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juízes com relação a uma disciplina secular – como desejam os cultores da responsabilidade civil –, mas a uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidária por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade.

15 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

prova da culpa, justamente com a finalidade, ideologicamente legítima, de garantir ao ofendido alguma indenização¹⁶.

As mudanças sofridas neste instituto são objeto de estudo de Adela M. Seguí¹⁷, para o qual as alterações ocorridas, no seu objeto e pressupostos, levaram à mudança da sua visão como dívida para a de crédito, expondo o que segue:

Neste tempo, a responsabilidade como “crédito” ignora a ideia de “castigo” agarrando a de reparação. O objetivo não é mais sancionar a quem causou injustamente um dano, mas sim reparar a quem injustamente o sofreu. Com esta perspectiva, o âmbito dos pressupostos que a reparação requer começa a se dar de maneira diferente: o dano ocupa o lugar central e capital, e a seu redor fatores de imputação subjetivos e objetivos, ação, antijuridicidade e relação pela importância da imputação do custo indenizatório a alguém; perde valor a ação que toma-se em autoria e a antijuridicidade; e a causalidade vai deixando de ser averiguação de causa para ser a atribuição de efeitos.¹⁸

A visão adotada de paradigmas também está relacionada com a teoria apresentada por Thomas Kuhn, em sua obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”¹⁹, na qual defende que a dinâmica do conhecimento científico não segue uma trajetória linearmente evolucionária, ou em constante evolução, mas sim ciclos, alternando períodos de ciência normal com práticas bem definidas, com outros períodos de revolução científica²⁰.

Este apresenta a ideia de paradigma como um conjunto de conceitos fundamentais, e o desenvolvimento da ciência dividida em três fases, sendo estas: o período pré-científico, a ciência normal e a ciência revolucionária, que decorre da revolução científica.

A primeira delas é a que precede à formação científica, tendo como características a atividade desorganizada, que só mediante a adaptação de um paradigma se estrutura. A segunda fase se caracteriza pela existência de um paradigma, desta forma os cientistas

16 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

17 SEGÚÍ, Adela M. **Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, v. 52, 2004. Tradução do autor.

18 Versão Original “*En este tiempo, la responsabilidad como “crédito” se desentiende de la idea de “castigo” asíendo a la de reparación. El objetivo no es más sancionar a quien há causado injustamente un daño, sino reparar a quien injustamente lo sufrió. Con esta perspectiva, el entramado de presupuestos que la reparación requiere empieza a tejarse de manera diferente: el daño ocupa el lugar central y capital, y a su alrededor factores de atribución subjetivos y objetivos, acción, antijuridicidad y relación por la transcendencia de asignar el costo indemnizatorio a alguien; pierde valor la acción que deviene em autoría y la antijuridicidad; y la causalidad va dejando de ser averiguación de causa para ser asignación de efectos*”.

19 KUHN, Thomas. **As estruturas das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

20 MARTINO, Ricardo Agostini. Os programas de pesquisa Lakatosianos e a metodologia da ciência neoclássica: contribuições e críticas. *In: Congresso Brasileiro de História Econômica*. Programa/Associação Brasileira de Pesquisadores em História Econômica. – Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2009.

atuam dentro deste paradigma que é perflhado pela comunidade científica de que fazem parte, e avançam dentro de problemas que, por vezes, o paradigma assumido permite detectar.

A ciência revolucionária, enquanto terceira fase da evolução científica, decorre de problemas que surgem ao longo da ciência normal e não são resolvidos pelo paradigma dominante, com a conseqüente instalação de um novo paradigma, e nas mudanças na forma de olhar tal ciência. Com a ciência normal é instaurada uma nova fase de calma que só chegará ao fim quando diante de novos problemas insolúveis e a instauração de um novo paradigma, como explica o autor em análise²¹:

[...] No período de ciência normal, existe um paradigma bem definido vigente em uma determinada área da ciência e a atividade científica consiste na resolução de problemas utilizando um mesmo marco analítico. Essa atividade heurística, entretanto, pode revelar anomalias, que ocorrem quando detectam-se novos fatos que não podem ser explicados ou resolvidos pelas teorias em voga no paradigma. Se as anomalias forem recorrentes, isso pode abalar o comprometimento dos cientistas com o seu paradigma e levar a uma crise científica. Nos momentos de crise, aumentam os volumes de recursos destinados à tentativa de superação (e assimilação) das anomalias detectadas. Se, mesmo assim, esses problemas não forem corrigidos, o paradigma pode ser abandonado pela comunidade acadêmica, e novas teorias podem ganhar popularidade, em um processo definido pelo autor como “revolução científica”. Assim, abre-se espaço para o surgimento de um novo paradigma nessa ciência.

Das mudanças ocorridas na responsabilidade civil, em especial nos seus requisitos, que decorreram, em sua grande maioria, da necessidade de ampliação do seu âmbito de atuação e de garantir a reparação da vítima, resultaram alterações no seu paradigma dominante.

2.1.1 A Superação do Pilar da Culpa

A culpa, dentre os pilares da responsabilidade civil, é o que suscitava maior dificuldade no momento de sua comprovação por parte da vítima, em especial por ser um elemento que está diretamente relacionado à conduta do causador do dano, e não aos seus efeitos. Chegando até, em face da impossibilidade de a parte demonstrar que no caso estava presente este requisito, a impossibilitar a reparação dos danos.

21 KUHN, Thomas. **As estruturas das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 35.

Esta permaneceu por muito tempo intocada²². Louis Josserand, um dos precursores na defesa da teoria do risco, afirma que toda a teoria tradicional da responsabilidade repousa sobre a velha ideia de culpa, sendo um dogma milenário a ideia de que não há responsabilidade sem culpa provada, que foi herdado do direito romano, uma verdade primária que as gerações de juristas se transmitiam de século em século e que resistia a tudo, mesmo às transformações políticas mais violentas, às revoluções, às mudanças de legislações e às codificações²³.

Quanto à teoria tradicional da responsabilidade civil, que é a subjetiva, destaca que repousava em bases muito estreitas, mostrando-se insuficiente e perempta, “fazia-se sentir imperiosa a necessidade de alargar os fundamentos em que repousava o velho edifício de antanho que não correspondia mais às necessidades dos novos tempos e se tornava inabitável”²⁴.

A superação do modelo unicamente pautado na responsabilidade subjetiva decorre do número crescente de danos que, em face da exigência de comprovação da culpa, restavam sem a devida reparação, como é observado nas considerações formuladas por Caio Mário da Silva Pereira²⁵:

A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciou que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro da doutrina da culpa, resulta da vulneração de normas preexistentes, e comprovação de nexo causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificou-se, como já ficou esclarecido, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada.

Para superar esta regra de comprovação da culpa diversos meios foram criados, tanto pela jurisprudência como pela doutrina, e, inclusive, pelo próprio legislador, para tornar

22 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. Vol. I. p. 48-49:

A teoria da culpa, resumida, com alguma arrogância, por Von Ihering, na fórmula “sem culpa, nenhuma reparação”, satisfaz por dilatados anos à consciência jurídica, e é, ainda hoje, tão influente que inspira a extrema resistência oposta por autores insígnis aos que ousam proclamar a sua insuficiência em face das necessidades criadas pela vida moderna, sem aludir ao defeito da concepção em si mesma.

23 JOSSEAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 86, n. 454, 1941.

24 *Ibidem*.

25 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

possível um sistema no qual a culpa não se apresenta como um obstáculo à imputação da responsabilidade civil, que é hoje dominante²⁶.

Afirma Anderson Schreiber que a necessidade de comprovação da culpa perdeu relevância em todos os ordenamentos de Civil Law, com a multiplicação das presunções de culpa²⁷, o avanço da responsabilidade fundada no risco e a alteração da própria noção de culpa e do modo de sua aferição²⁸.

Acompanhando a responsabilidade objetiva estão as vantagens por esta proporcionadas, a começar por não impor à vítima uma prova muitas vezes impossível de ser feita, e até apresentada como diabólica. Ademais, sem a exigência da prova da culpa, os processos tornam-se, além de mais céleres, menos custosos, como, também, que “nas atividades perigosas, nas quais danos ocorrerão independentemente do grau de diligência do

26 JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, n. 454, 1941. Afirma que:

[...] os processos técnicos a que recorreu para esse fim, visando realizar a praticabilidade da responsabilidade e assegurar uma reparação à vítima, alinham-se nas seguintes categorias:

- 1.º Admitiu muito facilmente a existência da culpa;
- 2.º Estabeleceu ou reconheceu presunções da culpa;
- 3.º O legislador Francês, também, substituiu por vezes a noção de culpa pelo conceito de risco: daí, a responsabilidade, de subjetiva que era, tradicionalmente, tornou-se objetiva;
- 4.º Enfim, a jurisprudência estendeu outra medida à responsabilidade contratual, eliminando assim a responsabilidade delitual e colocando a vítima numa situação mais favorável quanto à prova. (p.551)

27 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Quanto à culpa presumida, destaca o autor:

[...] um desses meios técnicos, ou um dos aspectos que se identifica como representativo da marcha no sentido da doutrina objetiva, é a teoria da “culpa presumida”. Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermediária, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação, e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado. (p.263)

Destacando, por fim, que:

[...] Como visto aqui, na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro na teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetiva da doutrina tradicional. (p.265/266)

28 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

agente, o sistema da culpa mostra-se ineficaz, porque, como demonstra a análise econômica do direito, é incapaz de induzir no agente os níveis de atividades sociais desejáveis”²⁹.

Estas mudanças, que já eram adotadas por codificações estrangeiras³⁰, no Brasil, onde encontrava previsão em legislações específicas, passou a ter previsão na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor e até mesmo no Código Civil de 2002, no qual resta consagrada uma cláusula geral de responsabilidade objetiva.

Quanto ao tema, Luciano Benetti Timm entende que a passagem de um sistema de responsabilidade civil baseado fundamentalmente na culpa para um objetivado, baseado no risco, não é fruto de alterações legislativas, de uma mera importação de uma legislação estrangeira que funciona eventualmente melhor, mas sim uma opção do legislador por um modelo jurídico completamente diverso do liberal, sendo este o chamado “Direito Social”, em que é proposto um modelo socialmente funcionalizado de direito privado³¹.

O Código Civil de 2002 consagra a responsabilidade civil objetiva não apenas ao regular situações em que a comprovação da culpa não é exigida³², como ao adotar a teoria do risco por intermédio da cláusula geral prevista no parágrafo único do art. 927, assegurando a obrigação de indenizar independentemente da culpa nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida por sua natureza criar riscos³³.

O parágrafo único do art. 927 desta legislação é visto como o ápice da marcante tendência à objetivação da responsabilidade, determinando que seja objetiva nos casos de danos derivados de atividades de risco, fugindo da casuística para apresentar uma cláusula geral. Figurando como a já mencionada cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, atribuindo ao magistrado uma discricionariedade que antes era exclusividade do legislador³⁴.

29 MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. **Revista dos Tribunais**. Ano. 95, Vol. 859, dez. 2006.

30 SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidade civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 52, 2004, estabelece:

En el derecho comparado la teoría del riesgo resulta de diversos códigos modernos: portugués de 1967, quebequés de 1980, peruano de 1984, paraguayo de 1967. En la Comunidad Económica Europea há sido adoptada em 1985 para los daños derivados de productos de consumo, y es elocuente em este sentido la ley francesa de tránsito del mismo año. (p.277).

31 TIMM, Luciano Benetti. Os Grandes Modelos de Responsabilidade Civil no Direito Privado: Da Culpa ao Risco. **Revista de Direito do Consumidor**. Nº 55, jul-set. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 151-152.

32 Como exemplos, o artigo 931, consagra a responsabilidade objetiva dos empresários individuais e empresas pelos danos causados por postos em circulação; o artigo 933, quanto à responsabilidade por fato de terceiros, o artigo 936, que trata dos danos causados por animais, todos do Código Civil de 2002.

33 LOPES, Teresa Ancona. Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. (Coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas**. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier, 2008.

34 SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. V. 12 (outubro/dezembro 2002). Rio de Janeiro: Padma, 2002. p. 4-5. “É evidente que, como toda

Contudo não pode ser lido de forma irrestrita, pois toda atividade pode implicar, por menor que seja, algum tipo de risco a terceiro, abrangendo apenas e tão somente aquelas atividades cujo risco é inerente, intrínseco. Não bastando, com isso, que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano crie risco a terceiros, pois é imprescindível que na natureza da atividade exista uma potencialidade lesiva fora dos padrões normais³⁵.

Ademais, a adoção por parte do CC de 2002 da responsabilidade civil objetiva não retirou completamente a teoria da culpa do direito brasileiro, pois esta se mantém subjetiva nos casos não especificados na legislação e que não se enquadrem na teoria do risco³⁶.

Podemos concluir que nesta nova fase a análise da configuração da culpa deixa de ser uma exigência para a imputação do dever de reparar nos casos em que encontre previsão na legislação ou em que se enquadre na cláusula geral apresentada. Mas que, levando em conta que a comprovação da culpa não figura como única barreira para a configuração do dever de reparar, esta alteração não bastou para assegurar à vítima de danos a possibilidade de uma reparação plena, sendo, ainda, necessário que outras alterações ocorressem nos pilares da responsabilidade civil.

atividade, de certa forma, implica risco a terceiros, os tribunais e a doutrina precisarão desenvolver critérios para identificar aquelas atividades que, por resultarem em risco superior ao ordinário, mereçam atrair a responsabilidade objetiva; mas já se trata, de extraordinário avanço”.

35 BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do art. 927 do Código Civil e Alguns Fundamentos do Direito comparado. **Revista de Direito Privado**. n. 20, ano 5, out-dez 2004. Que completa:

[...] importante observar que, atualmente, quase todas as atividades implicam em algum tipo de risco, e, não tendo o legislador definido quais seriam estas atividades de risco, caberá à doutrina e à jurisprudência, com extrema cautela, definir quais atividades seriam estas, para evitar uma banalização do instituto. Lembrando que, determinada atividade empresária pode não ser de risco, assim como certa atividade não-empresária pode ser de risco. Desta forma, é errado querer estabelecer uma atividade empresária ou não-empresária, dependendo, portando, do caso concreto. (p. 222).

36 Nesse sentido MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. Ano. 95, Vol. 859, dez. 2006.

De acordo com as previsões do Código Civil de 2002 pode-se dizer que, comparativamente, a responsabilidade subjetiva é que se torna residual, tanto são as hipóteses de responsabilidade que independe da culpa. Assim, cumpre mencionar, além da cláusula geral do parágrafo único do art. 927, as previsões relativas à responsabilidade do incapaz (art. 928), do empresário (art. 931), do transportador (art. 734), as diversas hipóteses de responsabilidade indireta (arts. 932 e 933), a responsabilidade pelo fato dos animais (art. 936), a responsabilidade decorrente da ruína (art. 937), isto é, inteiras searas do direito de danos, antes vinculadas à culpa, hoje cumprem o objetivo constitucional de realização da solidariedade social, através da ampla proteção aos lesador, cujos danos sofridos, para sua reparação, independem completamente de negligência, imprudência, imperícia ou mesmo da violação de qualquer dever jurídico por parte do agente. São danos (injustos) causados por atos ilícitos, mas que, segundo o legislador, devem ser indenizados. (p. 25)

2.1.2 As Teorias Quanto ao Nexo de Causalidade

Na responsabilidade civil não basta que o agente tenha praticado uma conduta, ou que reste comprovado o dano, pois é necessário que exista uma relação de causa e efeito entre estes dois elementos, ou seja, que o dano tenha sido causado pela conduta do agente. Com isso, figura o nexos de causalidade dentre as questões enfrentadas na busca de solução de qualquer caso que envolva a reparação de danos³⁷.

Por ser necessário que a conduta seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado dessa conduta, e sem esta comprovação a responsabilidade não ocorrerá a cargo do responsável pelo fato, a análise do nexos de causalidade tem tanta importância. “Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do direito, possa ser considerado causa daquele”³⁸.

As teorias que tratam do nexos causalidade, a exemplo da causalidade adequada e da causalidade direta e imediata, têm como objetivo destacar, dentre todos os fatores sem os quais um determinado dano não teria ocorrido, quais devem ser selecionados como dele determinantes³⁹, estabelecendo qual ação deve ser considerada causa de um resultado específico⁴⁰.

Quanto à teoria adotada pelo Código Civil de 2002, Fernando Noronha entende que no direito constituído a teoria da causalidade adequada⁴¹, em face da sua flexibilidade,

37 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

38 *Idem*

39 NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. Ano. 92, v. 816, out. 2003. p. 733-752.

40 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, v. V, Tomo II: Do inadimplemento das obrigações**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

41 JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 411-412.

A teoria da causalidade adequada – pelo menos na sua formulação mais generalizada – parte da situação real posterior ao fato e, normalmente, ao dano e afirma a conexão entre um e outro, desde que seja razoável admitir que o segundo decorreria do primeiro, pela evolução normal das coisa. Numa formula sintética, embora pouco elegante, poderíamos dizer que a obrigação de indenizar só existe em relação aos danos que, tendo resultado da lesão, provavelmente (ou seja, em termos de um juízo de probabilidade *ex post*) dela teriam resultado; ou, numa versão negativa: a obrigação de indenizar não existe em relação aos danos que, tendo resultado da lesão, todavia, em termos de juízo de probabilidade, dela não resultariam.

faculta uma interpretação mais razoável do artigo 403, explicando a possibilidade de responsabilizar o agente pelos danos indiretos⁴².

Neste sentido, a Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, que, em voto proferido no acórdão da Apelação Cível de nº 70037818341, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que trata da responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance, conforme trecho que segue:

Sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil, a teoria acolhida em nosso país é a da causalidade adequada, a teor do que dispõe o art. 403 do Código Civil, in verbis: “ainda que a inexecução resulta do dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. Ressalta-se, no ponto, que “efeito direto e imediato” não indica necessariamente a causa temporalmente mais ligada ao evento, mas sim a mais direta, a mais adequada a produzir concretamente o resultado danoso. Logo, no âmbito da responsabilidade civil, nem todas as condições que contribuíram para o evento são equivalentes, (como ocorre com a responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais idônea a produzir o resultado. Por aplicação do artigo 402, do CC, firmado o princípio da reparação integral, não há como se negar a inclusão da reparabilidade dos danos emergentes, assim se qualificando, segundo a doutrina majoritária, os danos decorrentes da perda de uma chance.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem que a teoria adotada, de acordo com o artigo 403 deste dispositivo legal, foi a da causalidade direta ou imediata, para a qual figura como causa apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência⁴³.

Gilberto Adreassa Júnior destaca que “analisando os julgados efetuados pelos tribunais pátrios e o Código Civil de 2002, percebe-se que a teoria adotada é a do dano direto e imediato, como expresso no art. 403 e ss”⁴⁴. O que pode ser visto pelo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 130.764-1/PR, em 12 de maio de 1922.

Contudo os tribunais pátrios vêm proferindo decisões expressamente calcadas em outras teorias da causalidade, tanto para justificar uma escolha subjetiva, e muitas vezes atécnica, da causa do dano, como, também por se negar a dar à prova do nexo de causalidade o mesmo tratamento rigoroso e dogmático que havia atribuído à prova da culpa⁴⁵. A exemplo

42 NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. Ano. 92, v. 816, out. 2003. p. 733-752.

43 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

44 ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 10, n. 40, out./dez. 2009.

45 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

do julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual consta a adoção da teoria da causalidade alternativa⁴⁶:

Absolvição pelo júri e responsabilidade civil. Descompasso entre as normas do art-1525 do C. Civil e dos artigos 386 e 66 do Cod. de Proc. Penal. Ausência, na casuística legal dos motivos de absolvição (CPP, art-386), da hipótese de cabal verificação de não haver o réu contribuído para o evento lesivo, prevista apenas a de inexistência de prova dessa participação. Inexistência, por igual, de referência à negativa de autoria no art-66 do CPP. Conclusão pela parcial derrogação, por lei mais nova (CPP), do disposto no art-1525 do c. civil. Peculiaridades do julgamento pelo tribunal do júri, impotente para modificar o regime da prejudicialidade interjurisdicional. Diversidade de critérios de apuração da responsabilidade penal e da civil, no atinente à causalidade. "Causalidade alternativa". Forma suposta de causalidade, inadmissível para efeitos penais, mas suficiente para a fixação da responsabilidade civil. Falta de prova suficiente de haver qualquer dos demandados, individualmente, golpeado a vítima de modo a concorrer efetivamente para causar-lhe a morte, fundamento da absolvição criminal, sem força, entretanto, para afastar a responsabilização civil, a cuja configuração basta a prova de integrarem os réus o grupo participante da briga durante a qual tais golpes foram desferidos. Lições doutrinárias e procedentes pretorianos. Prova. Demonstração testemunhal suficiente desse pressuposto de participação, ainda que insuficiente para deslindar a exata forma e extensão da cota com que cada qual dos réus concorreu para o resultado lesivo. Cerceamento de defesa. Inocorrência no simples indeferimento de inquirição de pessoas referidas, cuja oitiva o juiz não considerou necessária ao seu convencimento. Direito subjetivo processual a inquirição limitado ao rol de testemunhas numerárias; mera faculdade judicial a de ouvir também as referidas. Apelação improvida, rejeitada a preliminar. (Grifos nossos).

No caso da perda de uma chance, embora a teoria adotada influencie na sua aplicação enquanto parte do sistema de reparação da responsabilidade civil, a sua aceitação não decorre de alterações no requisito do nexos de causalidade que figura nas mudanças de paradigma.

2.1.3 A Expansão das Formas de Dano Reparáveis

A terceira tendência apresentada por Anderson Schreiber – sendo que nesta a atenção dos tribunais vem se concentrando – é a de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos danos sofridos pela vítima, com a defesa da expansão das formas de danos ressarcíveis, como destaca este⁴⁷:

46 BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 591047451**, Sexta Câmara Cível, Relator: Adroaldo Furtado Fabrício, Julgado em 10/12/1991.

47 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Enquanto não se procede a necessária revisão da inteira dogmática da responsabilidade civil, vive-se num momento de evidente perplexidade com a corrosão das bases do instituto. Não resta dúvida de que o nexos causal não logrou substituir a culpa como barreira de contenção ao ressarcimento dos danos. E mais: à semelhança do que ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexos causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtragem da reparação, uma erosão cada vez mais visível. O resultado desta tendência é a realização do pior temor dos juristas da Modernidade: a extraordinária expansão do dano ressarcível.

A ampliação do número de danos ressarcíveis figura como consequência necessária das mudanças anteriores, destacando-se que a partir da expansão quantitativa – que representa o aumento de ações judiciais pleiteando ressarcimento de danos – podemos identificar uma expansão qualitativa, que decorre de “novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis”, considerado pelas cortes como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em um novo dano ressarcível⁴⁸.

Adela M. Seguí apresenta a responsabilidade atual como aquela que se afasta da ideia de castigo para assumir a de reparação, o que tem como consequência que o dano, além de ser constante, passar a ocupar o lugar central dentre os pressupostos requeridos para a reparação, juntamente com a expansão da noção de dano ressarcível, que não é mais aquele produzido ilicitamente ao ser violado o direito subjetivo da vítima, mas sim a lesão de um direito, de um interesse merecedor de proteção⁴⁹.

A ampliação dos danos ressarcíveis é atribuída pelo autor não apenas à expansão das formas de dano ressarcíveis, da ampliação do conceito de uma perda, como também ao surgimento de novos danos, que se caracterizam pelo fracionamento de prejuízos já conhecidos para dar origem a novos, pela tendência de agrupar dentro de uma mesma

48 *Ibidem* p. 83. Nesse sentido afirma:

[...] à parte essa expansão quantitativa, verifica-se, em todo o mundo, e de modo ainda mais marcante, uma expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis. De fato, o reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana, e, de outro lado, a verificação de danos demasiado abrangentes, identificados com interesses transindividuais ou supra-individuais, que passam a ser considerados dignos de proteção, vieram exigir o repensar da estrutura individualista e eminentemente patrimonial das ações de reparação.

49 SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 52, 2004.

categoria todos os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais que causam um mesmo evento, e o aumento de lista de direitos da personalidade que são susceptíveis de sofrer danos⁵⁰.

No direito pátrio, a expansão dos danos ressarcíveis passou por três fases bem definidas, na primeira delas apenas a reparação dos danos meramente patrimoniais, sucedida por uma fase intermediária, com a reparação integral do dano patrimonial, mas meramente simbólica ou parcial dos danos extrapatrimoniais, enquanto, na terceira fase – que pode ser vista como o estágio atual – visa a reparação plena tanto dos danos patrimoniais como dos extrapatrimoniais⁵¹.

Como afirma Judith Martins-Costa, a ideia de dano está no centro do instituto da responsabilidade civil, ligando-se, de forma muito próxima, ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida⁵².

Para a autora, quanto mais relevante for a relação entre a pessoa e os bens patrimoniais, economicamente avaliáveis, a responsabilidade patrimonial cresce em importância, em que a pessoa é vista como sujeito titular de um patrimônio que, tendo sido lesado por outrem, deve ser recomposto. De outro lado, quando em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – “isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e, por isto mesmo, titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente” – passa o direito a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, do qual decorre a responsabilidade extrapatrimonial⁵³.

Dentro dessa expansão dos danos nos encontramos na fase em que ocorre a superação da limitação dos danos que podem ser objeto de reparação como apenas aqueles que envolvem o patrimônio, para restar consagrados os danos extrapatrimoniais, além de novas espécies de dano⁵⁴. Fase que resta consagrada pela Constituição Federal de 1988⁵⁵, ao

50 *Idem*.

51 SOARES, Fláviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

52 MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *In: A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 409.

53 MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *In: A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 409.

54 FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade civil no novo Código Civil. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. ‘Tanto na experiência francesa como na americana, por exemplo, a jurisprudência vem reconhecendo crescentemente novos tipos de danos justificativos de indenizações especiais, isto é, independentes daquela que tem por finalidade reparar a incapacidade física como tal, de que são exemplo, o ‘prejuízo sexual’, o “prejuízo juvenil” (entendido como a dor particular que provoca, em um jovem, a consciência da própria degradação física e da perda da esperança de uma vida normal), “prejuízo à capacidade matrimonial” dentre outros”. p. 188

determinar a reparação dos danos não apenas materiais, como, também, morais e à imagem⁵⁶, e pelo Código Civil de 2002, ao prever, em seu artigo 186, a garantia da reparação do dano “ainda que exclusivamente moral”.

Após a análise do último pilar da responsabilidade civil, resta o questionamento se dentro das mudanças de paradigma resultantes da expansão dos contornos do dano, ou seja, pela ampliação das formas de dano que podem ser objeto de reparação por intermédio deste instituto, está inserida a aceitação da teoria perda de uma chance pelo direito brasileiro.

2.1.4 A Perda de uma Chance e o Novo Paradigma da Responsabilidade Civil

Com os novos contornos assumidos pela responsabilidade civil houve uma alteração nos papéis do causador do dano e da vítima, pois a vítima não era o centro e, por tal motivo, era obrigada a suportar, em alguns casos, o dano sofrido, e passou a desempenhar a função de protagonista da relação jurídica instaurada a partir do evento danoso, conseguindo garantir de forma cada vez mais eficaz a reparação de todos os danos sofridos⁵⁷.

Nesse sentido, Teresa Ancona Lopez destaca que tanto o Código Civil atual quanto o Código de Defesa do Consumidor estão voltados, como em todo o direito

55 CAPPELARI, Récio. **Os novos danos à pessoa. Na perspectiva da repersonalização do direito**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2011. p. 73.

Com efeito, Tem-se que a Constituição Federal de 1988 foi um verdadeiro marco teórico da responsabilização pelos danos extrapatrimoniais, considerando que antes dessa, salvante algumas raras decisões jurisprudenciais acolhendo indenizações por morte em acidente do trabalho ou acidente de trânsito, lesões corporais e indenizações oriundas de danos à honra, nas conhecidas hipóteses de calúnia, injúria e difamação, não se tinham outras indenizações, senão unicamente à guisa de reparação material. Também não era por menos, considerando que o tradicional e arraigado apego ao positivismo jurídico e excessivo amor às codificações, o qual aliado à efetiva ausência legislativa quer na Constituição Federal de 1967m bem como no próprio Código Civil de 1916, diplomas nos quais realmente inexistia a figura dos danos extrapatrimoniais, situação que perdurou até a promulgação da Constituição Federal de 1988, isso porque os valores patrimoniais, verdadeiramente lhes tolhia a própria visibilidade em direção às outras espécies de danos, que não os exclusivamente materiais.

56 Previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seus incisos V - que estabelece que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” -, e X - que prevê: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

57 MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

contemporâneo, para a proteção da vítima, que figura como o centro da responsabilidade civil, lugar que antes era do ofensor⁵⁸.

As mudanças tinham como objetivo primordial garantir à vítima do dano a possibilidade de ver esse reparado de uma forma plena, ou que fosse o mais próximo disto, mas alguns casos continuavam sem resposta e a vítima não encontrava na responsabilidade civil meios para obter reparação, sendo os danos sofridos vistos como meramente hipotéticos ou eventuais, não susceptíveis à reparação, como no caso da perda de uma chance, em que o dano era experimentado pela vítima, por consistir na destruição de uma chance, ficava sem reparação⁵⁹.

A mudança desta realidade ocorreu quando a jurisprudência e a doutrina passaram a adotar a teoria da perda de uma chance, que tem por objetivo tornar possível a reparação no caso da destruição de probabilidades, cuja aceitação está inserida nas mudanças vivenciadas no requisito do dano, sendo esta decorrente da ampliação das formas de danos ressarcíveis.

Como afirma Ludovica Coda, esta teoria está inserida no processo global de alargamento da fronteira do dano ressarcível, que apresenta como um processo que tem ido tão longe ao ponto de conceder a ressarcibilidade a situações jurídicas subjetivas diversas do direito subjetivo absoluto e, particularmente, ao direito relativo e às mesmas legítimas expectativas⁶⁰.

A aceitação da teoria da perda de uma chance teve origem na França, ganhando destaque na Itália, cujas considerações da doutrina servem de base para este trabalho, e passando a ser aceita tanto pela doutrina quanto jurisprudência brasileira, embora ainda exista alguma forma de oposição e de sua aplicação de forma incorreta ou pelo menos duvidosa.

Por meio desta o instituto da responsabilidade civil experimentou uma nova revolução científica, com a mudança do paradigma vigente pela inserção da chance ao rol de bens cuja lesão gera ao responsável por ela o dever de reparar o seu titular, pois já fazia parte

58 LOPES, Teresa Ancona. Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueiro. (Coord.). **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas**. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier, 2008.

[...] desta forma, a vítima ou sua família devem ser sempre ressarcidas e o Direito vai sempre arranjar um modo de indeniza-lo (fique claro que indenizar significa tornar indene). Daí a necessidade de novas técnicas jurídica, que impregnam a responsabilidade civil, caminharam no sentido da responsabilidade objetiva (chegando até ao risco integral), que cada vez mais está presente em todo o Direito Contemporâneo, o que teve como consequência desenvolver e propagar o contrato de seguro de responsabilidade civil (danos a terceiros) para que seja repartido com toda a sociedade o quantum do prejuízo a ser ressarcido à vítima do dano (p. 670).

59 MORAES, Maria Celina Bondin de. **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

60 CODA, Ludovica. **La perdita di chance con particolare riguardo alla responsabilità professionale dell'avvocato**. Disponível em: <www.tesisonline.com>. Acesso em: 30 nov. 2011.

do seu patrimônio. Assim, nas situações em que reste configurada a perda de uma chance, os danos passaram a ser suportados por seus causadores ou outros responsáveis pela reparação, e não mais pela própria vítima.

Esta mudança de paradigma apresenta respostas para o questionamento de se é possível a chance em si objeto de reparação, pois o nexo de causalidade passa a ser visto não mais ligando a conduta ao dano final experimentado pela vítima, o que não era possível, pois outros fatores poderiam levar a este dano, mas sim a conduta à própria perda de uma chance que existia anteriormente.

Ante as considerações apresentadas, podemos concluir que observamos a aceitação da teoria da perda de uma chance como parte integrante desta terceira tendência de alterações sofridas pela responsabilidade civil, pois, por meio da teoria da Perda de uma Chance, foi inserida no campo dos danos reparáveis a destruição da chance.

2.2 OS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Como um prejuízo não reparado é fator de inquietude social, os ordenamentos contemporâneos buscam alargar o dever de indenizar, com a finalidade de que reste um número inferior de danos não ressarcíveis⁶¹. Isto se dá por meio de mudanças experimentadas nos contornos da responsabilidade civil, que passa a se preocupar mais com a reparação dos danos, o que pode ser visto com o reconhecimento da responsabilidade objetiva, como também no aumento do número de danos passíveis de reparação.

Nesta realidade a culpa do ofensor perde a sua importância, e até mesmo as situações de risco têm deixado de ser o foco principal (fundamento da responsabilidade civil), pois a preocupação passa a ser com a necessária indenização ao dano⁶².

A responsabilidade civil surge da necessidade de solucionar os conflitos existentes entre o causador do prejuízo e a vítima deste, do qual decorre a necessidade de fixação de comandos normativos que viessem a silenciar dúvidas como “a culpa pelo prejuízo; o

61 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

62 ALTHEIM, Roberto. A atividade interpretativa e a imputação do dever de indenizar no direito civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 94, n. 841, 2005. p. 143.

montante exato dos danos; sua liquidação; o critério de reparação, entre outros”⁶³. Estando diante deste instituto quando a lei impõe ao autor de certo fato danoso, ou beneficiários de situação igualmente danosa, a obrigação de indenizar⁶⁴.

Com isso, deve ser vista como a aplicação de medidas que obriguem a reparação dos danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais causados a terceiros em toda a sua extensão, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposições legais⁶⁵.

Fernando Noronha a apresenta como uma obrigação de reparar danos antijuridicamente causados a outrem, que podem ser causados à pessoa ou ao patrimônio, ou até mesmo a interesses transindividuais. Entendida desta forma, abrange tanto a obrigação de reparar danos resultantes do inadimplemento, da má execução ou do atraso do cumprimento de obrigações negociais (isto é, nascidos de contratos e de negócios jurídicos unilaterais), como, também, a obrigação de reparação de danos resultantes da violação de outros direitos alheios, sejam estes individuais ou coletivos, absolutos ou relativos, sejam até outras situações dignas de tutela jurídica⁶⁶.

Para Fábio Henrique Podestá, a responsabilidade civil é um fenômeno social diante da necessidade de reparação de direitos ou interesses injustamente violados, decorrente da regra elementar de equilíbrio social de que os danos resultantes de ações ou omissões praticados pelo agente impõem efeitos cujas consequências devem ser suportadas pelo autor do ilícito⁶⁷.

Contudo os novos contornos da responsabilidade civil impõem que não apenas os danos decorrentes de condutas ilícitas devam ser reparados, pois, embora a antijuridicidade⁶⁸,

63 NALIM, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil**: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 39.

64 *Op. cit.* p.39.

65 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

66 NORONHA, Fernando. Âmbito da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 12 (outubro/dezembro 2002). Rio de Janeiro: Padma, 2002.

67 PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações**: teoria geral e responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

68 Quanto ao tema, NORONHA, Fernando. Âmbito da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 12 (outubro/dezembro 2002). Rio de Janeiro: Padma, 2002:

Quando falamos em danos causados de formas antijurídicas, abrangemos todos os danos resultantes de fatos antijurídicos, isto é, de quaisquer fatos que se coloquem em contradição com o ordenamento, deste modo afetando negativamente situações que eram juridicamente tutelados. Alguns deles serão geradores de responsabilidade subjetiva, enquanto outros produzirão responsabilidade objetiva. Os primeiros são os atos ilícitos, enquanto os segundo são fatos variados: atos objetivamente ilícitos praticados por inimputáveis, certos acontecimentos naturais lesivos, ligados à atividade desenvolvida por outra pessoa, e até atos justificados, quando atingem

como regra geral, acompanha a ação humana desencadeadora da responsabilidade, pode existir tal imposição mesmo quando o sujeito atua licitamente⁶⁹. Tendência que já era observada por Pontes de Miranda⁷⁰, conforme destacado:

A reparação do dano, sem se incluir a reparação pelo dano oriundo de ato ilícito relativo (=infração de deveres ou de obrigações nascidas de negócios jurídicos), pode ser por haver contrariedade a direito, ou sem haver contrariedade a direito. Se há contrariedade ao direito, há ilicitude, aí absoluta; se não há contrariedade ao direito, não há ilicitude, e então a reparação se funda em que a esfera jurídica de alguém foi invadida sem que o ato invadente se considere contrário ao direito. A ciência e a técnica jurídica conhecem espécies em que se pré-exclui a contrariedade a direito (atos praticados em legítima defesa, ou em estado de necessidade). Conhecem, também, atos-fatos, contrários a direito, em que há o dever de reparação, sem se apurar a capacidade delitual do agente. Assim, há fatos ilícitos stricto sensu, se alguém responde pelo fato (e. g., pelo caso, ou pela periculosidade da indústria); há ato-fato ilícito, quando houver o ato, mas só se toma em conta o fato contrário a direito (e. f., condenação pelo uso nocivo da propriedade); há ato ilícito, se o agente há de responder, que teria de bem escolher e vigiar e não escolheu bem ou não vigiou.

No Código Civil vigente isto pode ser observado pelo previsto no artigo 929, pois, embora o artigo 188 deste estabeleça que não constitui ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente, o dono da coisa terá direito a indenização quando não for o culpado do perigo.

Desta forma, a responsabilidade civil é um instituto do direito civil por meio do qual se busca restabelecer a situação anterior ao dano sofrido pela vítima, quer este seja patrimonial, extrapatrimonial, dentre os quais está inserida a própria chance, como, também, as novas espécies de dano.

Partindo destas considerações definiremos o que vem a ser a responsabilidade civil nos seus contornos atuais, tendo em vista todas as transformações sofridas, objetivando não apenas a definição de um conceito, mas especificar as suas funções e os pressupostos da sua aplicação.

terceiras pessoa, diversa daquela que criou a situação implicativa da necessidade de intervenção (p. 41).

69 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

70 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. PARTE ESPECIAL. TOMO LIII 3. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1966. p. 121.

2.2.1 Funções da Responsabilidade Civil

Embora a responsabilidade civil possua como função essencial a proteção da esfera jurídica das pessoas, o que se dá por meio da imputação da obrigação de reparar os danos causados, seja decorrente de conduta lesiva seja pelo descumprimento contratual, outras funções são atribuídas a este instituto.

Normalmente, duas funções são atribuídas à Responsabilidade civil, como exemplo, Roberto Senise Lisboa, que apresenta como a primeira delas a função-garantia, que decorre da necessidade de segurança jurídica que a vítima possui para o ressarcimento dos danos por ela sofridos, enquanto a segunda, que denomina de função-sanção, decorre da ofensa da norma jurídica imputável ao agente causador do dano, e importa em compensação em favor da vítima⁷¹.

Rui Stoco entende que o caráter sancionatório não é apenas uma função, mas a própria natureza da responsabilidade civil, pois os princípios do *neminem ledere* (não lesar ninguém) e do *alterum non ledere* (não lesar ninguém) é que dão a exata dimensão do sentido de responsabilidade, pois a ninguém é permitido lesar sem a consequência de imposição de sanção. Dispondo que enquanto no âmbito penal esta sanção atende a um anseio da sociedade e de buscar resguardá-la, no civil o dever de reparar assegura que o lesado tenha o patrimônio, tanto material quanto moral, reconstituído mediante a reconstituição *in integrum*⁷². Além de ressaltar que o sistema positivo estabelecido repugna tanto a ofensa ou agressão, tanto física quanto moral, seja impondo sanção de natureza penal ou de natureza civil, também sancionatória, mas de caráter pecuniário, ainda que cuide de ofensa moral.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a responsabilidade civil possui três funções. A primeira é a compensatória do dano da vítima, em que se encontra o objetivo básico e finalidade da reparação civil, que é o de recompor as coisas ao *status quo ante*. A segunda é a punitiva do ofensor, que é uma função secundária, pois, embora não seja a finalidade básica da prestação imposta ao ofensor, desta decorre um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesar. A terceira é a desmotivação social da conduta lesiva, que decorre do cunho socioeducativo da obrigação

71 LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. Vol.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

72 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

estabelecida ao responsável, pois torna público que a sociedade não aceita tais condutas, restabelecendo-se o equilíbrio e segurança desejada pelo direito⁷³.

Rubens Leonardo Marin⁷⁴ também apresenta a responsabilidade civil como detentora de três funções facilmente identificáveis, que seriam o compensatório, o pedagógico e o punitivo⁷⁵. O primeiro deles, que é também decorrente do comando legal previsto no art. 944 do Código Civil de 2002, é circunscrito ao dano e, visando o sua reparação, é o mais característico e reflete-se em todos os tipos de fatos danoso que geram o dever de indenizar, seja decorrente de atitudes ilícitas, atividades de risco ou qualquer outros que importem relações indenizatórias.

O pedagógico teria como escopo disciplinar a conduta do próprio agente do ato danoso e, por conseguinte, a comunidade por efeito demonstrativo, inibindo a execução de atos danosos indesejáveis, sendo um efeito acessório da compensação feita ao sujeito passivo da ação danosa. Já sobre a função punitiva, afirma ser a mais controversa das três apresentados, pois tem efeito pela aplicação de uma sanção punitiva, e não meramente reparatória do dano, com a finalidade de punir, ou seja, de castigar o agente do ato danoso.

Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge apresenta a responsabilidade civil como uma modalidade da obrigação de indenizar, e, partindo da consideração de que indenizar significa eliminar o dano, destaca que “mesmo quando ela exerce, com maior ou menor relevo, funções sancionatórias, está sempre sujeita aos limites que resultam daquele objetivo fundamental”⁷⁶.

Clayton Reis, no mesmo sentido, afirma não ser adequado atribuir à responsabilidade civil função sancionatória, isto por ver que a punição do causador do dano

73 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

74 MARIN, Rubens Leonardo. Dos sentidos da responsabilidade civil no Código Civil de 2002, e suas correlações aos tipos. *In*: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord). **Direito civil, direito patrimonial, direito existencial**. São Paulo: Método, 2006.

75 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Apresentava como finalidades da responsabilidade civil, juntamente com a reparação, a punitiva e pedagógica, afirmando:

Como sentimento humano, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a ideia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mel do ofensor. Nasce daí a ideia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha à ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar. (p. 11).

76 JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

poderia ser feita a qualquer nível pecuniário, e, com isso, não teria uma preocupação com o ressarcimento do prejuízo sofrido pela vítima⁷⁷. Dispondo que no processo ressarcitório o julgamento tem que ser pautado em face dos danos que afetam o patrimônio, quer seja material como imaterial do lesado, objetivando repriminá-lo nos níveis em que se encontravam antes da ofensa⁷⁸.

Ademais, o controle punitivo é exercido pelo Estado através do direito penal, que tem como objetivo a proteção dos bens materiais e imateriais da pessoa e do próprio Estado, dentro do princípio da legalidade. Não sendo adequado, para o autor, que a responsabilidade civil tenha como pressuposto formal a punição do infrator, esquecendo-se que a sua função principal reside na reparação dos danos.

Ressalta que o montante da indenização arbitrado pelo magistrado exerce importante função educativa no espírito do ofensor, afirmando que “não se deve desmerecer que o pagamento de uma determinada importância, a qual o lesionado é compulsoriamente obrigado a desembolsar, enquanto corresponde a uma subtração de parte do seu patrimônio, retrata uma indisfarçável função punitiva”⁷⁹.

O Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando no sentido de que no caso do dano moral a indenização estabelecida apresenta duas funções, sendo elas a de reparar o dano sofrido pela vítima juntamente com a punição do ofensor, como se observa na ementa que segue:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE – CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova. 3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 4. Recurso especial parcialmente provido⁸⁰.

77 REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A prevalência do sentido meramente punitivo da reparação dos danos morais é que tem gerado, perante os Tribunais, segundo nosso entendimento, valores desconectados com a realidade nas diversas situações julgadas pelas nossas cortes de justiça. Porque, se o sentido que se concede a essa forma de reparação é meramente punitivo, basta apenas a fixação de qualquer valor, geralmente ínfimo, para conferir o referido efeito punitivo. Por outro lado, quando se trata de indenização, será necessário estabelecer critérios quantitativos para os efeitos de se observar o princípio da equivalência relativa na relação indenização-dano, presente no processo indenizatório. (p.139).

78 REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

79 *Ibidem*. 146-147.

80 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 604801/RS**; RECURSO ESPECIAL, 2003/0180031-4 Relatora Ministra ELIANA CALMON (1114) T2 - SEGUNDA TURMA. Data do julgamento: 23/03/2004. Data da publicação: 07/03/2005. p. 214.

No mesmo sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 866.220-BA, conforme voto do Ministro Luis Felipe Salomão, que destaca⁸¹:

Emergem, nesse passo, duas vertentes principais a justificar a responsabilidade civil do ofensor de direitos alheios: sob o prisma individual da vítima, a esta interessa o retorno ao *status quo* abalado pela agressão, ou, em caso de impossibilidade prática, como na hipótese de danos morais, a compensação da dor sofrida com a experimentação de alguma benesse, ainda que de natureza diversa da do bem lesado; por outro lado, a partir da ótica da coletividade e da posição do agressor, tem-se como escopo da responsabilidade civil a sanção ao causador do dano e a exemplariedade da condenação, devendo esta servir à dissuasão de recalcitrância futura.

Com efeito, verifica-se o duplo escopo da condenação civil: a recomposição ou compensação do dano e a sanção do causador do dano, em razão da reprovabilidade de sua conduta.

Embora a responsabilidade civil possua diversas funções, a primordial é a recomposição do patrimônio do lesado, quando o dano for patrimonial, ou compensação destes, no caso de danos extrapatrimoniais, devendo as punitiva e educativa ser vistas apenas como reflexo, posto que o causador do dano sofre um desfalque patrimonial que poderá desestimular novas condutas lesivas.

2.2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil apresenta alguns pressupostos para a sua configuração, sendo indispensável a sua comprovação por parte de quem busca, na Justiça, a compensação ou indenização pelos danos. Estes evoluíram juntamente com o próprio instituto, pois, se antes a culpa era vista como um dos pressupostos essenciais da obrigação de indenizar, hoje passou a ser apenas accidental, por falta de generalidade, como também a possibilidade de responsabilidade por atos lícitos.

Estes pressupostos são a conduta, que pode ser comissiva ou omissiva, a ocorrência do dano, a culpa e o nexo de causalidade⁸². Contudo outros pressupostos são

81 _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 866.220 - BA (2006/0135011-8)**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do julgamento: 17/08/2010. Data da publicação 13/09/2010.

82 Com este posicionamento: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 10, n. 40, out./dez. 2009.

elencados pela doutrina, a exemplo de Roberto Senise Lisboa⁸³, que inclui como elementos essenciais o agente e a vítima, e apresenta como elementos acidentais os subjetivos que fornecem determinadas qualidades jurídicas ao agente ou à vítima, e os objetivos que possibilitam a responsabilidade a determinado titular de forma específica.

Na responsabilidade civil pela perda de uma chance devem estar presentes os pressupostos⁸⁴, mas alguns pontos devem ser esclarecidos, como no caso do nexo de causalidade, pois a avaliação da perda de uma chance não passa pela análise do nexo causal entre a conduta do causador do dano e o que foi perdido pela vítima ou esta deixou de ganhar, mas sim do nexo causal entre a conduta do causador do dano e a própria chance perdida, como consta na decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme o que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA **PERDA DE UMA CHANCE**. DANO NÃO CONFIGURADO. 1. TEORIA DA **PERDA DE UMA CHANCE**. O dano, em si, não será imputado ao agente, pois pode haver outras causas; o agente será responsável, isso sim, pela **chance** perdida, ou seja, a certeza de ganho que foi encerrada por sua **conduta**. Os elementos que caracterizam a perda de uma chance são: a conduta do agente; um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como o dano; e o nexo causal entre a conduta e a chance que se perdeu (assim, essa teoria não dispensa o nexo de causalidade, mas o analisa sob uma perspectiva diferente). O nexo causal deverá existir entre o fato interruptivo do processo e o suposto dano e assim será caracterizado se for suficiente para demonstrar a interrupção do processo que estava em curso, por um fato ilícito, e que poderia levar ao resultado pretendido. (...) APELAÇÃO DESPROVIDA⁸⁵. (Grifos nossos).

Roberto Lozupone, ao tratar do dano no caso da perda de uma chance, destaca que a demonstração de um nexo de causalidade entre a conduta ilícita e a perda da chance (que deve ser atual e efetiva) constitui a condição essencial para o reconhecimento do direito de ressarcimento, sendo necessário provar a relação in concreto pelo menos de algum dos pressupostos para a realização do resultado esperado e impedido pela conduta ilícita⁸⁶.

83 LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

84 Quanto ao tema SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

A concessão da reparação dos prejuízos pela perda de uma chance não escapa das condições elementares de direito comum, como a prova do dano e do nexo de causal. Nesse sentido, é absolutamente necessário que o demandante comprove a perda da vantagem sofrida, indicando as probabilidades sonegadas pelo ato culposo do ofensor (p. 447).

85 BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70025179458**, Nona Câmara Cível, Relator: Desembargador Odone Sanguiné. Data do julgamento: 17/12/2008.

86 LOZUPONE, Roberto. **Il danno da perdita di chance**. Disponível em: <www.diritto.it>. Acesso em: 25 nov. 2011.

Seguindo para o dano, há muita confusão quanto ao que deve ser reparado, pois muitos restituem o próprio benefício perdido ou o prejuízo causado, enquanto o que deve ser reparado é a chance existente no momento da conduta lesiva. Existindo, ainda quanto a este pressuposto, diversas posições quanto à espécie de dano que decorre da perda de uma chance, quanto a se enquadrar nas já existentes, ou se trata de uma nova espécie de dano.

Gilberto Adreassa Júnior apresenta como elementos caracterizadores que devem estar presentes, seguindo a tendência apresentada, a conduta do agente, juntamente com o resultado que se perdeu, que se assemelhou ao dano, juntamente com o nexo causal entre a conduta e a chance perdida⁸⁷. Assim, o que deve ser visto como dano é a própria chance perdida, que não deve ser vista como o que se perdeu, mas sim com a probabilidade existente no momento da conduta.

Embora diversos pressupostos se apresentem para que seja imputada a responsabilidade civil, o que apresenta maior destaque é o dano, sendo o elemento basilar do dever de indenizar. Afirma Paulo Roberto Ribeiro Nalin que este pressuposto é absolutamente inafastável para a reparação, seja na responsabilidade civil contratual, seja na delitual, pois a inexecução de um contrato e o comportamento ilícito não são suficientes para justificar a reparação⁸⁸. E Adela M. Seguí apresenta este como primeiro elemento, isto por nascer o problema para o jurista quando este se apresenta na realidade, convertendo-se no epicentro do sistema, provocando a ampliação crescente de sua ressarcibilidade⁸⁹.

Devido à importância do dano, não apenas como pressuposto da responsabilidade civil, mas, também, porque é por meio dele que é estabelecido o valor a ser ressarcido, daremos mais atenção a ele no capítulo seguinte, no qual o objetivo principal será a análise do dano decorrente da perda de uma chance.

Quanto ao nexo de causalidade, este deve restar provado pela parte que busca reparação dos danos sofridos, mas vale ressaltar o disposto por Fernando Noronha, no sentido de que o que deve ficar provado é que não teria sofrido o dano se não fosse a conduta, dispondo⁹⁰:

Todavia, o nexo de causalidade deve ficar provado, isso não significa que o lesado deve sempre fazer prova de que o dano que sofreu era uma consequência inevitável

87 ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 10, n. 40, out./dez. 2009.

88 NALIM, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1996.

89 SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidade civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 52, 2004.

90 NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, V.I. p. 612.

do fato do lesante; em princípio bastará que ele faça prova de que não teria sofrido o dano, se não fosse o fato daquele e de que tal fato pode ser considerado, em geral, causa adequada do dano verificado, por ainda ser normalmente previsível que este pudesse ocorrer, mesmo que não fosse provável que isso viesse a suceder. Como vimos na discussão relativa às formulações positiva e negativa da causalidade, quando estiver provada a relação de condicionalidade, isto é, quando ficar provado que o evento atribuído ao indigitado responsável foi condição do dano, em princípio fica presumida a relação de adequação. Se o lesante praticou um fato susceptível de causar o dano, ou se esse fato aconteceu dentro da sua esfera de risco, sobre ele deve recair o ônus de provar que, apesar da condicionalidade, não houve adequação entre tal fato e o dano.

A culpa continua a ser um requisito exigido, apenas dispensada nos casos em que haja responsabilidade civil objetiva, sendo retirada a obrigatoriedade de sua comprovação em alguns casos legalmente previstos ou quando se enquadra na teoria do risco. Ademais, embora diante de um sistema que prevê a responsabilidade civil objetivo, em leis esparsas ao longo do século XX, adotado pelo Código Civil de 2002, isso não significa que a subjetiva foi afastada, pois sempre que não tivermos disposição legal expressa consagrando a objetiva persiste a subjetiva, como sistema subsidiário e princípio geral do direito, pois “posso não responder objetivamente por falta de previsão legal, mas, subjetivamente, se causar dano a outrem, vou ter sempre que responder”⁹¹.

A culpa se divide em dolo e culpa *stricto sensu*, e esta última pode ser inescusável, grave, leve e levíssima. O que diferencia a culpa do dolo, que pode ser visto como a culpa intencional, e que nesta última a vontade incide sobre o ato, ou seja, na vontade de agir de tal maneira, como também nas suas consequências, que é no querer o resultado danoso, o que está presente nas espécies de culpa em sentido estrito.

Desta forma, enquanto “a intenção de prejudicar, de causar o dano, é inerente ao dolo”⁹², na culpa o que se faz presente na conduta danosa é a imprudência, negligência ou imperícia. Sendo a culpa marcada pelo erro de conduta, cometida pelo agente que “procedendo contra o direito, causa dano a outrem, mas sem intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo”⁹³.

Por fim, embora exista uma gradação do dolo até as espécies de culpa, esta, ainda que levíssima, determina a responsabilidade civil, e só influência no valor da reparação, o que será analisado no momento da definição dos critérios que influenciam na quantificação da

91 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 73.

92 KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**. Ano 94, setembro de 2005. vol. 839.

93 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 112.

indenização na responsabilidade por perda de uma chance, que será objeto de análise no último capítulo.

2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Por muito tempo o direito ignorou a possibilidade de reparação do dano no caso da perda de uma chance, sendo a teoria da perda de uma chance aplicada pela decisão da corte de Cassação de 17 de julho 1889, que determinou a indenização por ato culposo de funcionário ministerial que impediu o autor de uma ação de levá-la adiante, frustrando-lhe a chance de obter ganho de causa, tendo início no direito francês⁹⁴.

Como destaca Jérôme Huet, esta decorre de um raciocínio jurídico bem sofisticado, tendo como objetivo reduzir a incerteza inevitável que ocorre no caso em que uma interferência impede que um evento ocorra, que seria em parte favorável à vítima, mas no qual nunca saberemos em que sentido teria seguido os acontecimentos. Com isso, a redução ocorreria no nível do dano, já que a vítima se queixa de ter sido privada de uma chance, especialmente tão grande quanto suas esperanças se baseiam, e isso pode demonstrar⁹⁵.

No Direito Italiano as primeiras considerações doutrinárias sobre esta teoria foram para negar a sua aplicação, conforme Cláudio Bonanno, que destaca que este dano, no direito italiano, só tinha espaço como lesão de um interesse subjetivo, pois este era considerado uma mera expectativa. Mas que hoje a chance se tornou um dos critérios de imputabilidade da responsabilidade civil, pois este tipo de dano não é mais considerado como a lesão de uma mera expectativa, mas sim como a lesão de uma expectativa legítima suscetível de ser ressarcida como um interesse legítimo e qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento⁹⁶.

Giovanni Pachioni, em 1940, se posicionou totalmente contra esta corrente por considerar que uma simples possibilidade, um chance, teria um valor social notável, mas não

94 VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**. Les conditions de la responsabilité. 3. Edition. Paris: LGDJ. Destacando que após esta decisão a Corte de Cassação já teve a oportunidade de conceder condenações nesta mesma base, notadamente contra auxiliares da justiça, como advogados e procuradores.

95 HUET, Jérôme. Responsabilité civile. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris: Dalloz, v. 85. 1986.

96 BONANNO, Cláudio. La perdita di chance nel diritto privato. Brevi riflessioni: alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali. Giutio. **Rivista di Diritto dell'Economia, di Transporte e dell'Ambiente**. Vol VII, anno 2009.

um valor de mercado⁹⁷. Francesco Donato Busnelli, ao comentar julgado do Tribunal de Apelação de Paris, em 1965, também afirma que a perda de uma chance é um dano não indenizável de acordo com o ordenamento jurídico italiano⁹⁸. Adriano De Cupis, já em 1966, foi o primeiro favorável a esta teoria, considerando a perda de uma chance como um dano passível de indenização, visualizando um dano independente do resultado final e enquadrando este como dano emergente, em vez de colocá-lo como lucro cessante, o que impedia a sua aceitação⁹⁹.

No Brasil, José de Aguiar Dias¹⁰⁰ foi o primeiro a tratar do tema, afirmando ser, em 1936, contrário à decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou a responsabilidade do advogado pela falta de preparo relativo a um recurso de apelação por considerar que o fato não constituiria um dano.

Agostinho Alvim - quanto à responsabilidade civil do advogado que, por negligência, deixou de apelar contra sentença que julgou procedente a ação, que, proferida por juiz inexperiente que apreciou mal a prova, certamente não subsistiria - defende que a vítima teria como buscar a reparação por um dano que poderia ser provado, pois “a possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa, em segunda instância, constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo e repercutir favoravelmente no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos”¹⁰¹

Tal posição é o início da superação à resistência existente à teoria da perda de uma chance encontrada em obras de mesma época, como a de Carvalho Santos¹⁰², que, ao analisar situação semelhante, sendo a falta de recurso diante de sentença desfavorável, foi contra indenização por considerar que não seria possível provar que a sentença efetivamente seria reformada.

Seguindo para um panorama do entendimento dos doutrinadores sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira ressalta que, no caso da perda de uma chance, o problema surge quando o demandado, por sua culpa, priva o dependente de realizar um ganho ou evitar uma

97 PACCHIONI, Giovanni. **Diritto civile italiano**. Parte seconda: diritto delle obbligazioni; v. IV: Delitti e Quasi Delitti, Padova: Cedam, 1940.

98 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

99 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

100 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1936. 2v.

101 ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965. p. 192.

102 CARVALHO SANTOS, J.M. de. **Código Civil brasileiro interpretado**: direito das obrigações. v. XXI. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

perda, sendo que este detém o desenvolvimento de uma série de acontecimentos que poderiam oferecer a chance de ganhar ou de perder¹⁰³.

Miguel Maria de Serpa Lopes dispõe que a perda de uma chance ocorre quando o causador de um dano, por um ato ilícito, interrompe um processo que podia trazer em favor de outra pessoa a abster de um lucro ou afastar um prejuízo, e defendendo o ressarcimento em tais casos, mas apenas quando este dano for fundado, e dá como exemplos não ter o advogado interposto recurso, ou um cavalo de corrida que perece antes de disputar um páreo para o qual se encontrava inscrito¹⁰⁴.

Clóvis V. do Couto e Silva apresenta a tutela da perda de uma chance, juntamente com os interesses coletivos e os direitos subjetivos que podem ser lesados pelas atividades das pessoas, como questões de grande importância doutrinária e prática, e que a proteção da chance tem relevância em matéria de responsabilidade, responsabilidade contratual, sobretudo dos médicos e advogados. Ressaltando que o Código Civil de 1916 apresenta enumeração dos bens protegidos em seus artigos 1537 a 1554, o que figurava como um limite ao poder do juiz, o que não existia no Código Civil Francês, e permitiu a criação da jurisprudência sobre a perda de uma chance neste país¹⁰⁵.

Mesmo com obstáculo encontrado no CC16, Sérgio Severo apresenta a análise da perda de uma chance como inserida na esfera da certeza do dano, e destacou a importância desta teoria por ser a noção de chance fundamental para a responsabilidade profissional quando se trata de questão de uma obrigação de meios, já que, sem esta, correria o risco de total ineficácia na tutela jurídica dos danos desta procedência, e passou a ser explicitamente mencionado em decisões jurisprudenciais da época, e que já era adotada nos casos de responsabilidade profissional¹⁰⁶.

A enumeração restritiva dos bens protegidos, que se fazia presente no Código Civil de 1916 e que figurava como um dos entraves à aceitação da teoria da perda de uma chance, não está presente no Código Civil de 2002, tornando possível a reparação deste dano quando configurados os requisitos da responsabilidade civil.

Neste sentido, afirma Sérgio Savi que não há no Código Civil de 2002 qualquer entrave à indenização das chances perdidas, e, por meio de uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil estabelecida na legislação brasileira, leva a acreditar que

103 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

104 *Ibidem*

105 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, 667/07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

106 SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda de uma chance, dispondo¹⁰⁷:

Isto porque, assim como os Códigos Civis francês e italiano, o Código Civil brasileiro estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil, em que prevê a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, inclusive o decorrente da perda de uma chance que, como visto, em determinados casos concretos preencherá os demais requisitos exigidos para o surgimento do dever de indenizar.

Ademais, conforme Judith Martins-Costa, o artigo 403 do CC02 afasta “o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar”¹⁰⁸.

Além de encontrar tratamento nos manuais, em obras que tratam da responsabilidade civil em geral, o estudo da teoria da perda de uma chance é o objeto central de obras como a de Rafael Peteffi da Silva¹⁰⁹ e Sérgio Savi¹¹⁰, de uma forma geral, de Sérgio Novais Dias¹¹¹, quanto à responsabilidade civil do advogado, e Grácia Cristina Moreira do Rosário¹¹² e Miguel Kfoury Neto¹¹³, quanto à responsabilidade do médico.

Quanto à aplicação da perda de uma chance na esfera profissional, o primeiro que ganhou destaque foi a do advogado, sendo esta analisada por Sérgio Novais Dias, que se apresenta como primeira obra, dentro da doutrina brasileira, a tratar especificamente da perda de uma chance, em que examina algumas situações em que tal teoria é empregada no caso da responsabilidade civil do advogado¹¹⁴.

Este inicia sua exposição sobre a perda de uma chance apresentando os artigos 1059 e 1060 do Código Civil de 1916 – vigente à época –, para destacar que a regra geral com relação às perdas e danos é que esta abrange apenas o que efetivamente se perdeu e aquilo que

107 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 96.

108 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, v. V, Tomo II: Do inadimplemento das obrigações**. Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 362

109 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

110 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

111 DIAS, Sergio Novaes. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999.

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

113 KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

114 DIAS, Sérgio Novaes. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999.

razoavelmente se deixou de lucrar, e que só são ressarcíveis apenas aqueles que decorrem direta e imediatamente da inexecução obrigacional do devedor.

No que segue, tomando como ponto de partida os artigos mencionados, ressalta que a responsabilidade civil na perda de uma chance apresenta características bem peculiares que a diferenciam das outras situações que envolvem perdas e danos, que decorreria de não se saber qual seria realmente a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do advogado, deixou, para sempre, de examinar a pretensão do seu cliente.

Defende que as posições adotadas nos casos em que fogem da responsabilidade do advogado, por certeza do não acolhimento da decisão, ou da sua irresponsabilidade, nos casos de certeza de acolhimento da decisão, não atendem ao anseio de justiça, mas se o advogado que agiu com culpa deve ser responsabilizado pela sua omissão, sendo apreciado o nexo de causalidade e da extensão do dano, para que não seja obrigado a arcar com danos que não causou.

Na seara médica destacamos Grácia Cristina Moreira do Rosário, com a análise da perda de uma chance de cura, para a qual esta teoria deve ser utilizada para definir os contornos de um dano já sofrido e para adaptar a reparação ao grau de certeza deste, e não para permitir indenizar um prejuízo puramente eventual¹¹⁵.

Com o mesmo recorte, Miguel Kfoury Neto apresenta os contornos da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, partindo da constatação de que na França há um agravamento da responsabilidade civil do médico, com a presunção da culpa em alguns casos, e com a condenação do médico, mesmo quando o nexo de causa é incerto, por meio da aplicação da perda de uma chance de cura¹¹⁶.

Ao tratar do erro de diagnóstico no caso do câncer, conclui que o reconhecimento da chance perdida deve estar apoiado em dados fáticos e científicos claramente provados, os quais devem indicar que, caso a enfermidade tivesse sido diagnosticada com antecedência, levando em conta claros sintomas que o paciente apresentava, mas que foram desconsiderados pelo médico, o percentual de possibilidade de cura, indicado pela ciência médica aumentaria, tendo o comportamento contrário conduzido à perda dessa chance.

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

116 KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Defende a aplicação desta teoria levando em conta critérios, como dados fáticos e científicos claramente provados, desta forma a chance para ser reparada deve ser séria e real, e não hipotética ou eventual.

Contudo ainda se discute a aplicação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, por certo temor de ressarcimento ser imposto com base em dados abstratos¹¹⁷. A posição de Rui Stoco, que vê esta teoria como inaceitável por ser grave, admite que alguém seja responsabilizado por um resultado que não ocorreu, por ser um dano hipotético e não verificado ou demonstrado e sem concreção¹¹⁸. No mesmo sentido, Flávio Tartuce, que não concorda com a adoção desta teoria, por considerar tais danos hipotéticos ou eventuais¹¹⁹.

Uma aceitação desta teoria no direito brasileiro não é fruto apenas do trabalho da doutrina, como, também, da posição adotada pelos tribunais, como no caso dos Tribunais Estaduais, nos quais os julgados sobre o tema, que antes eram esparsos, hoje são cada vez mais corriqueiros, em especial nos Tribunais dos estados de Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Os Tribunais Regionais Federais também vêm enfrentado questões envolvendo tal teoria. O mesmo ocorre com os Tribunais Regionais do Trabalho, a exemplo do TRT da 5ª Região, em que foram encontrados nove julgados que analisam a aplicação desta teoria¹²⁰.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu pela primeira vez a procedência de reparação por perda de uma chance no REsp 788459/BA¹²¹, cujo Relator foi o Ministro

117 ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 10, n. 40, out./dez. 2009.

118 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

119 TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

120 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo 0000712-57.2010.5.05.0201 RecOrd, **ac. nº 077182/2011, Relator Desembargador JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, DJ 29/09/2011. Processo 0084200-18.2007.5.05.0005 RecOrd, ac. nº 073410/2011, Relator Desembargador CLÁUDIO BRANDÃO, 2ª. TURMA, DJ 15/08/2011. Processo 0000175-48.2010.5.05.0464 RecOrd, ac. nº 044962/2011, Relatora Desembargadora DALILA ANDRADE, 2ª. TURMA, DJ 25/01/2011. Processo 0027200-11.2009.5.05.0031 RecOrd, ac. nº 030907/2010, Relator Desembargador CLÁUDIO BRANDÃO, 2ª. TURMA, DJ 04/10/2010. Processo 0024800-07.2009.5.05.0651 RecOrd, ac. nº 027776/2010, Relatora Desembargadora LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 28/09/2010. Processo 0121300-61.2008.5.05.0008 RecOrd, ac. nº 029116/2009, Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 11/12/2009. Processo 0058100-92.2009.5.05.0122 RecOrd, ac. nº 034676/2009, Relator Desembargador CLÁUDIO BRANDÃO, 2ª. TURMA, DJ 11/12/2009. Processo 0123700-85.2007.5.05.0492 RecOrd, ac. nº 034805/2009, Relator Desembargador CLÁUDIO BRANDÃO, 2ª. TURMA, DJ 09/12/2009. Processo 0037400-89.2008.5.05.0006 RO, ac. nº 008835/2009, Relatora Desembargadora ELISA AMADO, 1ª. TURMA, DJ 06/05/2009.**

121 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL. **REsp 788459/BA**, Relator Min Fernando Gonçalves. Data do julgamento 08/03/2006, DJ 13/03/2006. EMENTA: INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos

Fernando Gonçalves, no caso que envolve um programa de televisão de perguntas e respostas, cuja última pergunta não apresentava solução correta, gerando, assim, a perda da oportunidade da participante de obter o prêmio final, que era de 1 milhão de reais em ouro.

A aplicação da perda de uma chance ao caso decorre da alegação de que não havia como afirmar que a recorrida iria responder corretamente a resposta final, pois há uma série de outros fatores em jogo, mas que, considerado o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que isso acontecesse.

Após este primeiro julgado, o STJ analisou este tema em outras dez outras oportunidades, sendo estes: Agrg no Ag nº 932446, de 06/12/2007; REsp nº 1079185, de 11/11/2008; AgRg no Ag nº 1222132, de 03/12/2009; REsp nº 1184128, de 08/06/2010; AgRg no Resp nº 1013024, de 05/08/2010; REsp nº 821004, de 19/08/2010; REsp nº 1190180, de 16/11/2010; REsp 1115687, julgado em 18/11/2010; REsp nº 1243022, de 02/06/2011 e, por fim, o AgRg no Resp 1220911¹²², de 12/03/2011.

Contudo a jurisprudência não firmou entendimento sobre o objeto da reparação no caso da perda de uma chance, pois ora esta é concedida a título de dano moral, ora a título de lucro cessante, ou, até mesmo, é correspondente à vantagem e não à perda da oportunidade de obter a vantagem, como o que se acaba por transformar o que era uma chance em realidade¹²³. E em outros casos não são os Tribunais que deixam de aplicar esta teoria, pois isto decorre da forma com que o pedido é formulado pela parte, pois, enquanto no caso concreto é a chance o que merece reparo, o que é pleiteado pela parte autora é o reparo do dano final.

Neste diapasão, Sérgio Savi destaca que o óbice à indenização no caso da perda de uma chance decorre da indevida qualificação dessa espécie de dano, pois a própria vítima do dano formular de forma inadequada a sua pretensão, em vez de buscar a indenização pela chance de obter uma vantagem que foi perdida, requer em razão da perda da própria vantagem

índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

122 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no Ag. 932446**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Decisão em 06/12/2007. Dje 18/12/2007. STJ. REsp. 1079185/ MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Decisão em 11/11/2008. Dje. 04/08/2009. STJ. AgRg no Ag. 1222132/RS. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Decisão em 03/12/2009. Dje. 15/12/2009. STJ. REsp. 1184128. Relator Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Decisão em 08/06/2010. Dje. 01/07/2010. STJ. AgRg no Resp. 1013024. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Decisão em 05/08/2010. Dje. 09/09/2010. STJ. REsp 821004/MG. Relator Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Decisão em 19/08/2010. Dje 24/09/2010. STJ. REsp 1190180/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Decisão em 16/11/2010. Dje 22/11/2010. STJ. REsp 1115687. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Decisão em 18/11/2010. Dje 02/02/2011. STJ REsp nº 1243022/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Decisão 02/06/2011. Dje 09/06/2011. STJ. AgRG no REsp nº 1220911. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Decisão 17/03/2011. Dje 25/03/2011.

123 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

e esbarrar no requisito da certeza dos danos, “tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos”¹²⁴. Como também tem o seu direito negado por impossibilidade de comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o dano final, já que outros fatores poderiam interferir na ocorrência deste resultado, e ainda, que na realidade o nexo de causalidade só poderia ser estabelecido entre a conduta e a destruição da chance.

O que pode ser observado na decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual o autor não formula de forma adequada o pedido, já que requer a reparação por lucros cessantes em vez da perda de uma chance¹²⁵:

Ademais, certo é que o autor formulou pedido de indenização por danos materiais consistentes em lucros cessantes, nada mencionando acerca da aplicação da mencionada teoria, fato que depende naturalmente de pedido. Conclui-se, desse modo, que o autor não formulou de forma adequada seu pedido, porquanto deveria requerer indenização em razão da perda da chance de restabelecimento de seu estado físico a habilitá-lo para o trabalho e não lucros cessantes decorrentes da sua licença, uma vez que tal pleito deveria ter sido deduzido em face do causador direto do dano, diante da impossibilidade de se determinar a certeza de êxito do procedimento. Observa-se, também, que o autor tampouco deduziu seus fundamentos jurídicos de modo a possibilitar ao réu formular sua defesa com base na tese jurídica aplicada, o que importa em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, tendo em vista a impossibilidade de condenação do réu ao pagamento dos danos materiais, deve ser mantida a sucumbência recíproca, na linha do que determina o art.21, do CPC, tendo em vista que a parte autora somente saiu vencedora do pedido dos danos morais.

Por fim, diante de todo o panorama apresentado da teoria da perda de uma chance, embora a doutrina e os tribunais tenham evoluído até a sua aceitação e na definição do seu contorno, ainda restam problemas quanto à definição do dano que decorre da perda de uma chance, referentes ao que merece reparo e de que forma deve acontecer, além da definição do valor da indenização. Pontos que serão objeto de estudo dos capítulos seguintes.

124 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.3.

125 BRASIL. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça Embargo de **Declaração nº 0025286-93.2008.8.19.0066**. Terceira Câmara Cível. Relator Renata Cotta. Julgamento em 10/08/2011.

3 O DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

A responsabilidade civil por perda de uma chance vem se consolidando no direito brasileiro, com a sua aceitação por maior parte da doutrina, como, também, pelo Judiciário. Com isso, ocorreu um deslocamento do problema central desta teoria, da sua aceitação para a delimitação do dano a ser reparado.

Afirma Geneviève Viney que embora existam objeções à teoria da perda de uma chance, um exame cuidadoso permite reconhecer que estas não são insuperáveis, e tendo em vista que esta seja uma lesão que ocorre com muita frequência, uma pergunta deve ser feita: Que dano é que pode dar lugar à indenização por perda de uma chance com base nos princípios da responsabilidade civil¹²⁶?

Neste questionamento é que centraremos este capítulo, apresentando as características do dano na responsabilidade civil pela perda de uma chance, em face da relevância para a definição do nosso objetivo principal, pois, embora outros elementos possam influenciar na quantificação da indenização, é com base neste que a reparação deve ser feita.

Com isso, dentre os pressupostos da responsabilidade civil, o dano será o objeto de análise, em especial com a definição, dentre as classificações existentes, que dividem os danos em danos emergentes e lucros cessantes, além de extrapatrimoniais e patrimoniais, em qual destas espécies se encaixa a lesão da perda de uma chance, ou se este inaugura uma nova espécie de dano. Além de objetivar, antes disso, estabelecer o que deve ser objeto de reparação nestes casos, o que passa pela definição da própria chance.

3.1 CONTORNOS GERAIS DO DANO

O dano deve ser considerado um requisito essencial para a configuração da responsabilidade civil, pois a principal finalidade desta está relacionada à reparação em face de lesão ao patrimônio jurídico, e, sem o dano, não há que se falar em reparação. Nesse sentido, José de Aguiar Dias¹²⁷:

126 VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité**: conditions. Paris: LGDJ, 1998.

127 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 2v. p. 782.

O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não há responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde não há o que reparar.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 186¹²⁸, relaciona o ato ilícito ao dano, estabelecendo que comete ato ilícito quem violar direito e causar dano a outrem, além disso dispõe, no artigo 927¹²⁹, que a obrigação de reparar decorre de dano causado em face de ato ilícito. Embora o dano figure como um elemento essencial da responsabilidade civil, o mesmo não pode ser dito quanto ao ato ilícito¹³⁰, pois resta o dever de reparar os danos causados, mesmo quando incide nas excludentes de ilicitude previstas no art. 188, II, sendo estas “a deterioração ou destruição de coisa alheia ou lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”, nos casos em que a pessoa lesada ou o dono da coisa não for culpado do perigo (art. 929).

Na Espanha o dano também figura como um pressuposto indeclinável para a responsabilidade civil, vista esta como qualquer classe de exigência nos âmbitos obrigacionais e extracontratuais, pois, segundo Luis Pascual Estevill, não é possível falar de ação ou omissão culpável ou em comportamento gerador de risco, como atos humanos atribuíveis a um ser desta natureza como sujeito de obrigação reparatória, se por via de consequência não foi produzida uma diminuição patrimonial ou extrapatrimonial na esfera do interesse da vítima, quer seja contratante ou não¹³¹.

Em Portugal, aponta Júlio Vieira Gomes que para a doutrina clássica o dano é um elemento que o autor deve provar, dando ênfase ao papel central do dano na responsabilidade civil, já que é pressuposto deste, e o ressarcimento do dano apresenta-se como o seu objetivo final¹³².

A essencialidade do dano para que se configure a responsabilidade civil decorre do objetivo principal deste instituto ser a reparação deste, seja por meio do retorno da situação

128 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

129 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

130 LOPEZ, Tereza Ancona. Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de e outros (Coord). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros Temas**. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. Nesse sentido “Com a separação entre o ato ilícito e a responsabilidade civil, fica claro que o dano é requisito fundamental da responsabilidade civil, tanto que a indenização, em princípio, mede-se pela extensão do dano (art. 944, caput), mas não do ato ilícito”. p.663

131 ESTEVILL, Luis Pascual. **La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual**. Tomo II, Volume 2. Parte Especial. Barcelona: Bosch, 1990.

132 GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano da perda de uma chance. **Revista Direito e Justiça**. Vol XIX, 2005, tomo II, Lisboa: Universidade Católica portuguesa, 2005.

da vítima ao estado anterior ao dano, ou, quando não possível, a indenização ou compensação. Com isso, não teria cabimento a imputação da responsabilidade civil se a vítima não sofreu qualquer tipo de dano, pois haveria um enriquecimento sem causa desta, já que não havia o que reparar.

3.1.1 Conceito de Dano

Para buscar a conceituação de dano temos que levar em conta que este consiste no que deve ser reparado por meio da responsabilidade civil, como também a existência de diversas fases quanto a sua dimensão, a começar pela sua limitação aos danos patrimoniais emergentes, seguindo para consagrar os lucros cessantes como componente do dano, até a sua expansão com os danos extrapatrimoniais.

Com a Constituição Federal de 1988 restou consolidada a mudança quanto à extensão da palavra dano, com a proteção dos interesses existenciais que compõem a dignidade da pessoa humana. Mas, antes disso, a doutrina e a jurisprudência já consideravam como danos juridicamente relevantes os relacionados a interesses vários situados no campo dos direitos da personalidade, como o dano à imagem, como, também, a reparação do dano moral enquanto dor e sofrimento vivenciados pela vítima.

Vaneska Donato de Araújo, para a qual o dano figura como um fato jurídico em razão do qual se atribui à vítima o direito de exigir uma reparação e ao ofensor a obrigação de repará-lo, define o dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado, seja ele material ou moral, ou a diminuição dos valores que dele provêm, causados por ação ou omissão de um agente¹³³.

Contudo existem diferenças entre ofensor e responsável, pois quem tem o dever de reparar os danos sofridos pela vítima é o segundo deles, que, em alguns casos, não se confunde com o causador dos mesmos, que é o ofensor, o que ressalta o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no que segue:

Em regra, a responsabilidade civil tem como sujeito ativo o causador do dano. No entanto, a lei estabelece exceções, prevendo casos em que alguém pode ser responsabilizado pela conduta de outrem. Nessa ordem de ideias, para que o

133 ARAÚJO, Vaneska Donato de. Generalidade sobre o dano. In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novais (Org.). **Responsabilidade civil. Direito civil**. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

empregador seja responsabilizado por atos de seus funcionários, o lesado deve provar que a conduta causadora do dano foi praticada por alguém que ostentava a qualidade de preposto, de forma culposa (ou dolosa) e no exercício do trabalho (ou em função deste)¹³⁴.

Ademais, responsáveis distintos dos ofensores restam previstos no Código Civil de 2002, nos incisos do artigo 932¹³⁵, nos quais os responsáveis pela reparação dos danos são os pais, os tutores ou curadores, o empregador ou comitente, os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, embora quem cometa os atos que venham a causar dano à vítima sejam, respectivamente, os filhos menores, os pupilos ou curatelados, os empregados, serviçais e prepostos, hóspedes, moradores e educandos, dentro das condições especificadas no mencionado dispositivo legal.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹³⁶ apresentam este como sendo a lesão a um interesse juridicamente tutelado, que pode ser patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator. Completa, ainda, que o prejuízo indenizável poderá ocorrer, não somente do patrimônio economicamente aferível, mas, também, da vulneração de direitos inatos à condição do homem, sem expressão pecuniária essencial.

Clayton Reis¹³⁷ afirma que o dano retrata um conceito mais complexo do que a mera redução do patrimônio do lesado ou simples perda do valor de um bem, resultando de uma agressão voluntária e antijurídica, e, desta forma, a definição de dano enquanto prejuízo involuntário de um determinado bem em decorrência da violação voluntária de um direito ou fato da natureza figurava como resultado de uma tradicional construção patrimonialista, não satisfazendo o conteúdo valorativo existente na palavra.

Desta forma, o dano pode ser conceituado como uma lesão a um bem juridicamente protegido, mas que não se limita à esfera patrimonial, incluindo os bens

134 BRASIL. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0009622-91.2002.8.19.0014**. Terceira Câmara Cível. Relatora Desembargadora Renata Cotta. Data do Julgamento dia 03/08/2011.

135 Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

136 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

137 REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 110.

tutelados pelos direitos da personalidade, entre outros bens que compõem a sua esfera extrapatrimonial.

3.1.2 Requisitos para a Configuração do Dano

Na responsabilidade civil, para que o dano reste configurado deve apresentar algumas características, além de estar inserido no conceito apresentado, como decorrente de violação de um bem juridicamente tutelado, quer seja patrimonial como extrapatrimonial. Desta forma, não é qualquer dano que pode ser objeto de reparação, mas apenas aqueles que ultrapassem algumas barreiras, compostos pelos requisitos apresentados pela doutrina e exigidos pela jurisprudência, o que pode ser observado no acórdão, cuja ementa segue¹³⁸:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS CARACTERIZADORES DO DANO INDENIZÁVEL – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Não há que se falar em indenização, seja na esfera patrimonial, seja extrapatrimonial, quando ausentes os requisitos caracterizadores do dano. 2. Apelação cível desprovida.

Quanto ao tema, Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, em sua obra dedicada aos pressupostos da responsabilidade civil, ao tratar sobre danos indenizáveis ressalta que nem todos os danos são atendíveis, mas somente aqueles que reúnem certos requisitos, que seriam o da alienabilidade, certeza, mínimo de gravidade e que sejam causados por atos ilícitos¹³⁹.

O último requisito elencado pelo autor não figura como uma característica essencial do dano, pois, como destacado, o dano pode decorrer de um ato lícito e, mesmo assim, gerar o dever de reparar decorrente da responsabilidade civil.

Quanto ao mínimo de gravidade, este é apresentado pelo autor como um requisito a ser analisado caso a caso pelo arbítrio do julgador, segundo o qual o dano irrisório não constitui pressuposto da responsabilidade civil, já que a exigência de reparação deste dano teria como único propósito o de “vexar” o lesado, o que não merecia tutela do direito¹⁴⁰. Contudo o mínimo de gravidade não figura como um dos requisitos para a configuração dos

138 BRASIL, Paraná, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 721.311-2**. 7ª Câmara Civil. Relator: Des. Guilherme Luiz Gomes.

139 JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaios sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 386.

140 *Idem*.

danos, uma vez que, no âmbito da responsabilidade civil, não existe um valor mínimo que torne o dano reparável.

Seguindo para a alienabilidade, esta consiste em inexistir confusão entre o responsável e a vítima, sendo necessário que os danos em análise sejam alheios, isto é, tenham sido suportados por pessoas diversas daquelas sobre a qual se pretende buscar a reparação¹⁴¹.

José de Aguiar Dias esclarece que a lesão que o indivíduo causa a si mesmo produz dano, em sentido vulgar, mas que tal dano não interessa ao direito. Acrescenta, quando trata da aplicação dessa ideia no direito privado, quanto a esta orientação, que a mesma é indiscutível quanto ao dano como fonte de reparação, o que decorre da ausência de interesse em se proceder à restituição ao estado anterior à lesão, e que na falta do interesse não há ação¹⁴².

A certeza dos danos, na doutrina brasileira, dentre os requisitos que são apresentados como essenciais para que o dano seja reparado, este figura entre os mais citados, estando relacionado não apenas à sua existência, quanto a sua efetividade, e deve estar presente no momento em que for ajuizada a demanda buscando a sua reparação¹⁴³. Quanto ao requisito de que o dano seja certo, conforme Antônio Jeová Santos, existe para impedir que ocorra indenização por algo fantástico e que só exista na imaginação do lesado¹⁴⁴.

Seguindo para além dos requisitos apresentados por Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, outro requisito é o da atualidade. Sendo essencial a conceituação do que venha a ser dano atual e futuro, sendo o primeiro deles o que resta configurado no momento da

141 Quanto a este requisito, afirma Pontes de Miranda. **Tratado de direito privado**. Parte especial. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966:

[...] em todos os casos de responsabilidade por culpa de outrem, o dano há de ser a terceiro. Portanto, não há invocabilidade da regra jurídica sobre dever de reparar se o dano foi a própria pessoa culpada, ou a quem poderia ser responsabilizado. O dano à pessoa que pratica o ato, positivo ou negativo, pode ser por culpa de quem tem o dever de vigilância; mas aí os princípios jurídicos são diferentes (e.g., o tutor ou o próprio titular do pátrio poder ou o curador pode ter de indenizar o dano que sofreu o incapaz, por falta de cuidado do tutor, pai ou curador). (p.128).

142 DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 2v.

No direito privado, prevalece a mesma orientação, pois não há nenhuma regra que proíba o sujeito de direitos de diminuir o seu patrimônio. Cabe observar, entretanto, que se, realmente, não há disposição de direito privado que proíba ao sujeito direito a diminuição do seu patrimônio, isso só é indiscutível quanto ao dano encarado como fonte de reparação, pela ausência de interesse em se proceder à restituição ao estado anterior à lesão, e sem interesse não há ação. Porque, fora disso, o dano infligido ao patrimônio é vedado, se não expressamente, pelo menos implicitamente, quando a lei declara que o patrimônio do devedor é garantia comum dos credores; quando estabelece que o autor da herança não pode dispor da porção legitimária etc. (p.795).

143 CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. Indenização por Danos Morais – Quantum. **Revista de Direito Privado**. Nº 17. ano 5. jan – mar. 2004.

144 SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

conduta lesiva, enquanto o futuro é aquele que não foi sofrido pela parte, mas que se dilata no tempo, existindo uma probabilidade quanto a este se produzir em um tempo posterior¹⁴⁵.

O dano futuro, como afirma Miguel Maria de Serpa Lopes¹⁴⁶, não se confunde com os eventuais, tendo em vista que no primeiro deles o prejuízo será concretizado, enquanto que no eventual a consumação dos danos permanece dependente de outras circunstâncias, sendo que estas não se realizaram, e sobre as quais não se pode assegurar que poderão ocorrer ou não. Embora existam diferenças entre eles, ambos devem reunir os requisitos de danos ressarcíveis, e só é admitida a indenização dos futuros quando não existam dúvidas do que ocorrerá, não sendo admitidos nos casos de mera eventualidade ou hipotéticos¹⁴⁷.

Desta forma, acerca do requisito da atualidade, deve restar claro que esta não é absoluta, pois a reparação dos danos futuros não encontra objeções, já que não se requer que o dano esteja inteiramente realizado, mas apenas que tenha certeza de que este se produzirá, ou que possa ser apreciado pelo Judiciário¹⁴⁸. O que não pode ser objeto de indenização continua a ser o dano meramente hipotético, eventual ou conjuntural, ou seja, aquele que não possa vir a concretizar-se, e não o dano futuro¹⁴⁹.

Paulo Roberto Ribeiro Nalin¹⁵⁰ destaca que no que tange ao dano ser atual, observa-se que, a princípio, todos os efeitos do ilícito devem implicar em materialização imediata dos prejuízos na esfera jurídica do lesado, contudo esta regra é bastante genérica, até mesmo por força dos lucros cessantes, que são legalmente reparáveis, e que autorizam a investigação dos danos para além do momento que o causou. Ressalva que nestes casos a dúvida não deve prevalecer, bastando como exigência inafastável que se tenha a certeza que o dano se produzirá e que ele possa ser especificado ao tempo da decisão judicial condenatória,

145 VARIZAT, Andrés F. **Daño pasado, daño futuro y principio de la reparación integral**: sus proyecciones practicas em un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Disponível em: www.taringa.net.

146 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 6. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas e Bastos, 1995.

147 GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano da perda de uma chance. *In* **Direito e justiça**. Vol. 19, t. 2, 2005: [...] tradicionalmente exige-se, para que o dano seja ressarcível, que o mesmo seja certo. Importam, no entanto, não confundir a certeza do dano, isto é, o ter-se verificado ou a existência de circunstâncias que o torna inevitável ou simplesmente provável, com o seu caráter imediato, conseqüentemente, devem distinguir-se os danos certos no futuro, dos simplesmente eventuais. O dano meramente eventual não é ressarcível, porque falta o requisito da certeza. E é evidente que esta certeza é uma certeza apenas relativa, não absoluta: o lucro cessante nunca existiu, e nunca chegará a existir. (p.11)

148 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

149 *Ibidem*.

150 NALIM, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil**: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 78.

concluindo que “o dano futuro é, assim, relevante juridicamente, passível de reparação, entretanto sua eventualidade, ou mera possibilidade, deve ser rejeitada”¹⁵¹.

Carlos Alberto Bittar afirma que os requisitos apresentados pela doutrina e jurisprudência, que são ser atual, certo e definido, pessoal e direto, admitem certos temperamentos. Quanto à atualidade, defende que, embora seja a regra, aceitam-se também o dano futuro e a perda de oportunidade como suscetíveis de reparação, desde que reflexos do fato lesivo¹⁵².

Concordamos com o autor mencionado quanto à existência de temperamentos aos requisitos exigidos para que o dano seja indenizável, sendo estes temperamentos reflexos da busca por maior garantia da vítima de que terá o seu prejuízo recomposto ou indenizado, já que os requisitos surgem como barreiras para a imposição da responsabilidade civil. Contudo o autor apresenta a perda de uma chance como um exemplo do temperamento tanto para o requisito da atualidade como para o da certeza, o que será melhor analisado nos itens que seguem, tanto se na responsabilidade civil por perda de uma chance o dano a ser reparado é futuro ou atual, e se o mesmo apresenta o requisito da certeza ou figura como uma exceção ao mesmo.

Por fim, três requisitos podem ser extraídos do que foi apresentado, sendo eles o da alienidade, além da certeza¹⁵³ e atualidade, dentre os quais os dois últimos são os que ganham maior destaque, a certeza por ser apontada como o requisito que impede a reparação de danos meramente hipotéticos, e a atualidade por não ser vista mais como a regra, por ser possível a reparação dos danos futuros¹⁵⁴.

151 *Ibidem*. p.78

152 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

153 Quanto ao requisito da certeza, destaca GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008:

[...] o requisito da “certeza” do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não ser concretizado. Tanto assim que, na apuração dos lucros cessantes, não basta a simples possibilidade de realização do lucro, embora seja indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas, como se infere do advérbio “razoavelmente”, colocado no art. 402 do Código Civil (“o que razoavelmente deixou de lucrar”). Tal advérbio não significa que se pagará aquilo que for razoavelmente (ideia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma do prejuízo). (p. 590).

154 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 2v.

O prejuízo deve ser certo, é regra essencial da reparação. Com isto se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação. Em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzam em relação ao futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima. Aí estão identificados o dano positivo

Assim, embora tenha ocorrido a ampliação dos danos que podem ser objeto de reparação por meio do instituto da responsabilidade civil, não deixa de ser necessário que estes danos estejam presentes no momento em que a parte pleiteie sua reparação, além de apresentar contornos bem definidos, cumprindo todos os requisitos acima apresentados.

3.2 O DANO INDENIZÁVEL NO CASO DA PERDA DE UMA CHANCE

A responsabilidade civil tem como regra que a reparação é do dano final experimentado pela vítima, desde que presentes os requisitos exigidos ao caso concreto – como a conduta, o nexo de causalidade, o dano com todos os contornos exigidos e a culpa, este último a depender da responsabilidade a ser imputada, se objetiva ou subjetiva –, quando da reparação da perda de uma chance todos estes requisitos também são exigidos, mas o que deve ser reparado consiste na chance que existia anteriormente.

Para que esta seja vista como um dano indenizável devem restar comprovados todos os requisitos exigidos para o dano, mas, quanto à chance, esta deve ser séria e real. Para definir os contornos da chance que pode ser objeto de reparação, seguiremos para a classificação desta como um dano atual, em sequência à existência de certeza quanto ao dano sofrido pela vítima, partindo para a definição de chance e finalizando com a classificação de perda de uma chance.

Todas as etapas são de grande importância para deixar claro o que deve ser indenizado no caso da perda de uma chance, pois esta teoria não pode ser ampliada de tal forma que passe a garantir que danos meramente hipotéticos sejam inseridos no campo dos danos indenizáveis, e nem restringida a ponto de tornar apenas inviável a reparação de perdas de chances que não se encontram na linha tênue que separa este tipo de dano dos demais.

ou *damnum emergens* e o lucro frustrado ou *lucrum cessans*. As duas modalidades do dano podem, todavia, coincidir, assim como podem ocorrer distinta e insuladamente, conforme o caso concreto. (p. 800).

3.2.1 O Requisito da Atualidade e a Perda de uma Chance

Conforme ficou claro, quando da definição dos requisitos do dano que pode ser objeto de reparação por meio do instituto da responsabilidade civil, o requisito da atualidade do dano sofreu certos temperamentos, já que passou a ser passível de reparação, além dos danos presentes, também os danos futuros, no qual se incluem os lucros cessantes.

Contudo restou o questionamento de se o dano, na perda de uma chance, figura, dentro dessa nova classificação, como atual ou futuro, o que irá influenciar na espécie de dano a que faz parte, além de, como consequência, na forma de reparação e de quantificação. Na doutrina brasileira e estrangeira encontramos defesas para ambos os lados, e o mesmo se faz presente na jurisprudência pátria.

Carlos Alberto Bittar¹⁵⁵ apresenta a perda de uma chance como futuro, pois, ao tratar dos temperamentos dos requisitos do dano, elenca a perda de oportunidade como uma exceção da regra da atualidade. No mesmo sentido, Miguel Kfoury Neto¹⁵⁶, que localiza este entre as hipóteses de danos futuros juridicamente considerados e aquelas em que é meramente eventual ou hipotético, ressalta que se esta possibilidade existe realmente e era séria, então, a chance parece entrar no domínio do dano ressarcível.

Porém devemos observar que no caso da perda de uma chance o que deve ser reparado não é o dano final, mas sim a própria chance que se fazia presente no momento da conduta lesiva, a probabilidade existente, e que foi destruída, de que o benefício fosse auferido ou de que o prejuízo não fosse vivenciado.

Com isso, partindo de uma visão correta do que vem a ser a perda de uma chance, e o que busca esta teoria tornar reparável, não restam dúvidas de que este se apresenta como dano presente ou atual, restando configurado no momento da conduta, já que é neste em que a chance é destruída.

Neste sentido, Grácia Cristina Moreira Rosário¹⁵⁷ afirma que este dano não é futuro, mas sim atual, pois o resultado que poderia ser almejado no futuro não mais existirá, em razão da perda de uma chance, e que o dano resulta do prejuízo provável. Como também

155 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

156 KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

157 ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira de. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. **Revista EMRJ**, v. 11, n. 43, 2008.

René A. Padilla¹⁵⁸, ao dispor que na chance o que se remete ao futuro é a lesão ou prejuízo, não o interesse que é protegido, o que é provável a sua ocorrência, haverá dano quando se prejudica tal alternativa.

A característica atual atribuída à perda de uma chance influencia na sua classificação dentre as espécies de dano indenizáveis, uma vez que, sendo um dano atual não pode ser inserido no campo dentre os lucros cessantes, discussão esta que retornaremos no item final deste capítulo.

3.2.2 A Perda de uma Chance como Dano Certo

Na teoria da perda de uma chance as dificuldades que devem ser superadas para a aceitação da reparabilidade deste tipo de dano não se limitam às inerentes a sua avaliação, uma vez que também ganha destaque a necessidade de determinar se neste tipo de dano resta configurado o requisito fundamental da certeza do dano¹⁵⁹. Requisito que figura como uma barreira que visa impedir que danos hipotéticos sejam objeto de reparação por meio da responsabilidade civil, pois o objetivo deste é impossibilitar a reparação de dano meramente hipotético, eventual ou conjuntural, ou seja, aquele que não pode vir a concretizar-se.

Este requisito da certeza é quanto à existência de uma chance que foi destruída, e não quanto ao dano final. Caso fosse possível estabelecer, sem restar dúvidas, de que o esperado seria bem-sucedido não existiria uma chance e estaria provada a certeza do dano final, e se, pelo contrário, pudesse demonstrar que não seria realizado, neste caso teria certeza da ausência de um dano indenizável.

Nos casos que envolvem a perda de uma chance, mesmo que não seja possível determinar qual seria o curso exato dos eventos dos quais depende a realização da chance, ainda assim poderíamos falar na certeza deste tipo de dano e da sua consequente reparabilidade¹⁶⁰. Além disso, conforme Jérôme Huet, na perda de uma chance são reparáveis danos que atendem a um requisito fundamental, ser um prejuízo certo¹⁶¹.

158 PADILLA, René A. **Sistema de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

159 BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile**, Ano XXX, p. 60, 1976.

160 BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. In **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile**, Ano XXX, p.60, 1976.

161 HUET, Jérôme. Responsabilité civile. **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris: Dalloz, v. 85, 1986.

A doutrina apresenta uma gama variada de entendimentos quanto ao preenchimento do requisito da certeza do dano no caso da perda de uma chance, que caminham da posição de que este requisito não é cumprido, de que é flexibilizado para que seja aceita a responsabilidade civil por perda de uma chance, até os que apresentam o mencionado dano como certo, que é a posição ora defendida.

No primeiro sentido, Eduardo Abreu Biondi¹⁶², entendendo que este requisito não é cumprido, mas que, embora não exista um dano certo e determinado, existe um prejuízo para a vítima, decorrente da legítima expectativa que possui em angariar um benefício ou evitar um prejuízo, e que para que exista a possibilidade de reparação civil das chances perdidas deve-se enquadrá-las como se dano fossem.

Aida Kemelmajer de Carlucci¹⁶³ afirma que a existência de uma incerteza neste tipo de dano, que ressalta que a teoria em análise gera dificuldade em torno do reconhecimento da certeza, mas que esse grau de incerteza existente não obsta a ressarcibilidade do dano em função de um razoável balanço de probabilidades objetivas tanto pró quanto contra.

Considera que do saldo destas probabilidades surge que a oportunidade implica uma vaga possibilidade, uma mera hipótese ou conjectura (dano eventual), mas sim uma proporção baseada em probabilidades suficientes de que o dano decorria efetivamente do comportamento atribuído ao agente, de modo que o dano ressarcível não é o total da perda sofrida ou renda deixada de receber¹⁶⁴. Desta forma, vê uma relação entre o que deve ser reparado e que seria fruto da chance perdida, e não a própria chance destruída como o que deve ser reparado.

Também quanto à relativa certeza, apresentando a perda de uma chance como um dano que não chega a ser certo, mas que tem um certo grau de certeza, Antônio Jeová Santos¹⁶⁵ que afirma:

Coloca-se de permeio ao dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, uma zona gris que vem sendo denominada de perda de chances. Trata-se de probabilidade. O fato danoso veio a tornar impossível o ganho provável. Não é mencionada mera possibilidade, porque o provável encerra um certo grau de certeza no tocante à consequência do dano. Sendo suficientemente fundada a perda de uma

162 BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/39/88/3988/>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

163 ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, ainda Kemelmajer. **Responsabilidade civil**. Buenos Aires: Hammurabi, 1993.

164 ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, ainda Kemelmajer. **Responsabilidade civil**. Buenos Aires: Hammurabi, 1993.

165 SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

chance, há o dever de indenizar. É tomando em consideração que filhos menores podem, no futuro, ajudar os pais, que os Tribunais acolhem a indenização em decorrência da perda de filhos em tenra idade. Um jogador de futebol que no início de carreira tem a perna amputada ou um estudante de Medicina, especializando-se em cirurgia e que perde o movimento de uma das mãos, tem comprometido o êxito em suas respectivas carreiras. O dano não é certo, mas o prejuízo não chega a ser eventual, nem impossível.

Grácia Cristina Moreira Rosário¹⁶⁶ entende que a perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro, mas que os danos são atuais e certos, já se inserindo dentro da terceira posição apresentada.

Caio Mário da Silva Pereira, quanto à perda de uma chance, afirma que nesta surge um problema, pois quando ocorre a privação de realizar um ganho ou evitar uma perda, que “figura-se o fato de uma situação que já é definitiva e que nada modificará; mas por um fato seu o defendente detém o desenvolvimento de uma série de acontecimentos que poderiam oferecer a chance de ganhar ou de perder”¹⁶⁷. Concluindo que se a ação se funda em mero dano hipotético, não cabe reparação, mas esta será devida se for considerada dentro da ideia de perda de uma oportunidade e puder situar-se na certeza do dano. Com isso, esta perda de uma chance que repousa em uma probabilidade, deve conter o requisito da certeza¹⁶⁸.

Ressaltamos, também, as considerações de Arnaldo Marmitt, no sentido de que dano certo é aquele que tem existência determinada, sendo o dano efetivo e materializado, mesmo que a sua apuração esteja vinculada a eventualidades futuras, como a probabilidade de lucros ou prêmios. Apresenta, ainda, o exemplo que segue¹⁶⁹:

É o caso do veículo preparado para uma corrida importante, com possibilidades de conseguir valioso troféu. As perdas e danos compreenderiam aí, além do valor normal do automóvel, a parcela extraordinária, relativa à chance de consagrar-se grande campeão, ou a láurea respectiva. As peculiaridades de cada situação apontarão a melhor maneira de obtenção do justo ressarcimento, com a inclusão de referida parcela.

Tratando deste tema de forma clara, Fernando Noronha¹⁷⁰ dispõe que os danos ligados às chances perdidas têm que ser certos, devendo estes não apenas serem consequências adequadas de um determinado fato antijurídico, como, também, objeto de prova suficiente para demonstrar a sua ocorrência quando danos presentes, ou a

166 ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira de. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. **Revista EMRJ**. V. 11, nº 43, 2008.

167 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

168 *Ibidem*

169 MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos**. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1997. p. 19.

170 NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de uma chance. **Revista de Direito Privado**. n. 23, ano 6, jul-set. 2005.

verossimilhança de que virão ocorrer, se danos futuros. E, para este ser reparável, ainda terá que ser certo, “embora consistindo somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo; mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tiver sido perdida, traria o benefício esperado”.¹⁷¹

Concordamos com o entendimento de que os danos ligados à perda de uma chance são certos, pois o que será objeto de reparação é a chance em si, cuja seriedade e realidade devem ser comprovadas, mas não o evento futuro, que poderia ou não ocorrer, já que estamos no campo das probabilidades.

Ademais, o caráter de certeza, que deve apresentar o dano reparável, deve ser exigido no caso da perda de uma chance, também visa impedir que um dano hipotético seja objeto de reparação a título desta espécie de dano. Desta forma, no caso perda de uma chance, para que a demanda seja digna de procedência a chance perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva, deve consistir em algo certo, que possa ser comprovado pela parte¹⁷².

Como exemplo, no caso da perda de uma chance que envolve a falta de interposição de recurso por parte de advogado constituído pela parte, esta certeza deve ser observada quanto à posição adotada por aquele Tribunal relativa ao tema da decisão, consistindo na própria existência de concreta chance daquela decisão ser reformada pelo Tribunal. Estaria comprovada a certeza da chance pela parte se esta demonstrar que o Tribunal estava se posicionando de modo favorável, mesmo que em parte, ao que era esperado na ação proposta, não sendo necessário comprovar a certeza quanto à revisão da decisão, mas sim que teria uma probabilidade considerável.

Não restaria presente a perda de uma chance se, dentro deste mesmo caso, restasse comprovada, por meio das provas, a inexistência do direito alegado, não existindo chance, uma vez que uma hipotética procedência deste pedido não passaria de um erro do Judiciário, que não faria parte do patrimônio do autor da demanda.

Desta forma, a certeza ora apontada é quanto à existência da chance, e não quanto aos acontecimentos futuros, pois estes poderiam levar, ou não, aos ganhos ou perdas por parte do titular desta chance. E, com isso, o requisito da certeza não figura como um obstáculo à reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance.

171 *Ibidem.* p. 29.

172 SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para a sua aplicação. In: DELGADO, Mário Luiz (Coord). **Novo Código Civil**. Questões Controvertidas. Série Grandes Temas de Direito Privado. Vol. 5. São Paulo: Método, 2006.

3.2.3 Definição de Chance

Após restar claro que a perda de uma chance consiste em um dano certo e atual, com a superação das últimas barreiras que faltavam para que este fosse visto como um dano que merece reparação por meio do instituto da responsabilidade civil, o próximo passo é a definição do que vem a ser esta chance.

A importância desta definição está em que quando configurada a responsabilidade civil por perda de uma chance, o que será imputado ao agente é obrigação de reparar a chance que foi destruída, a probabilidade que existia até o momento da conduta, e não o dano final, o que foi sofrido pela vítima em sua integralidade, pois poderá haver outros fatores que poderiam interferir no caminho entre a existência da chance e o benefício esperado ou o prejuízo a ser evitado, e, por tal motivo, não se estabelece um nexo causal que justifique tal reparação.

Judith Martins-Costa destaca que na responsabilidade civil por perda de uma chance o que é indenizável é justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certos benefícios. Chance esta que foi perdida pela vítima em razão de ato culposo do lesante, e que deve ser séria e real¹⁷³.

Como a perda da chance deve ser certa, não existe nenhum óbice à aplicação criteriosa da teoria, pois o que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido, que é a perda da probabilidade séria e real, configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar¹⁷⁴.

Observando o exposto pela autora, resta claro que para que a perda de uma chance possa ser objeto de reparação, deve apresentar algumas características específicas, devendo, além de ser certa e atual, conforme exposto no início deste item, também ser séria e real a chance.

A seriedade e realidade da chance são requisitos exigidos para restar claro que não pode ser reparada, a título de uma chance destruída, uma simples esperança subjetiva¹⁷⁵, nem

173 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil, v. V, Tomo II:** Do inadimplemento das obrigações. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Coord. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

174 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, v. V, Tomo II: Do inadimplemento das obrigações**, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

175 *Ibidem.* (p. 361).

As chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-se das simples esperanças subjetivas: um paciente, que sofreu de um câncer incurável, pode, mesmo

uma mera possibilidade, mas sim uma probabilidade efetiva e comprovada. Exigência que pode ser observada na jurisprudência do STJ, a exemplo do REsp 965.758/RS¹⁷⁶, cuja Relatora Ministra Nancy Andrighi ressalta em seu voto:

Ocorre que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dados, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas.

Assim, para o dano, que consiste na perda de uma chance, é exigida a sua certeza e atualidade, ou seja, que tenha realmente ocorrido a destruição de uma chance, restando concretizado o dano, como, também, que a chance envolvida seja séria e real.

O primeiro ponto que deve ser levado em conta na busca do conceito de chance é que deve existir uma situação real, na qual havia a probabilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo. Ou seja, é uma situação na qual necessariamente existia uma chance que foi frustrada, estando esta chance refletida em uma probabilidade que leva em conta os fatores internos e externos.

A exigência de tal requisito pode ser vista em recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE. 1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais

assim, manter suas esperanças de viver; cientificamente, porém, não existe qualquer chance apreciável de cura. Se, diferentemente, o câncer estava numa fase inicial, podendo ser tratado, mas o médico, por negligência, não realiza os exames, ou os interpreta equivocadamente, com certeza se estará diante da perda de uma chance de sobrevivida, cientificamente comprovável, sabendo-se que o período de "sobrevivida" para alcançar vários anos, ou mesmo o câncer em estágio inicial, ser totalmente extirpado.

176 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 965.758/RS**, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Dje 03/09/2008.

possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes. 3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida. 4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se deduz da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior. 5. Recurso especial não provido¹⁷⁷. (Grifos nossos).

No caso de uma doença não diagnosticada pelo médico, em face da sua atuação negligente, o dano fruto da perda de uma chance tem a sua configuração atrelada à existência de uma probabilidade de cura, e não apenas à conduta do médico, e, pela demonstração da existência desta probabilidade, estaria suprido o requisito da realidade.

Contudo, além de real, esta também deve ser séria, consistindo em um grau de probabilidade elevado, e analisado caso a caso, e não em meras possibilidades, o que é extraído do próprio requisito da certeza do dano, impedindo que um dano hipotético seja objeto de reparação a título de perda de uma chance. Destarte, para que exista chance, cuja perda seja passível de reparação, o seu conteúdo deve ser composto de uma probabilidade considerável.

Dentro do mesmo exemplo acima mencionado, para que além do requisito da realidade da chance o da seriedade também seja suprido, deve ser comprovado que esta probabilidade não é ínfima, o que a torna mera esperança e a insere dentro dos parâmetros da possibilidade, mas sim algo considerável.

Como exemplo do que não consiste na perda de uma chance por falta de seriedade da chance, vale citar o caso em que um bilhete de loteria é destruído, embora exista uma probabilidade de ser o ganhador do prêmio, esta é na razão de 1 em 50.063.860, para quem apostar em 6 números (quantidade mínima de números)¹⁷⁸, suprimindo, assim, o requisito da realidade, em face desta representar a probabilidade na porcentagem de aproximadamente 0,000002%, que, por ser esta ínfima não estaria presente o requisito da seriedade.

Quanto ao valor mínimo desta probabilidade para que a chance seja considerada séria e real, destacamos a posição de Sérgio Savi, para o qual a chance, para que seja

177 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp 993936 / RJ**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do julgamento: 27/03/2012. Data da publicação: 23/04/2012.

178 Probabilidades: probabilidade de ganhar na mega-sena. Disponível em: <http://www1.caixa.gov.br/loterias/loterias/megasena/probabilidades.asp>. Acesso em 02 jun. 2012.

considerada séria e real, e assim indenizável, deve ser composta por uma probabilidade de no mínimo de 50% (cinquenta por cento) de obter o resultado esperado, afirmando que:

Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente¹⁷⁹.

Contudo entendemos que não caberia aqui dizer qual seria este grau mínimo de probabilidade que deve ser considerado como uma chance séria e real, pois existe um número crescente de casos que envolvem a perda de uma chance, e estes requisitos devem ser analisados caso a caso, pois somente no caso concreto pode ser visto se aquela probabilidade é séria ou não pode ser considerada como uma chance.

Rafael Peteffi da Silva destaca que os requisitos da seriedade e realidade são os mais utilizados pelos tribunais para separar os danos que são realmente decorrentes da perda de uma chance, e, portanto, indenizáveis, dos puramente eventuais e dos hipotéticos, cuja possibilidade de reparação deve restar rechaçada¹⁸⁰.

O que pode ser observado no próprio Superior Tribunal de Justiça, que, em decisões sobre a perda de uma chance, vem se manifestando pela necessidade de que as chances sejam sérias e reais, não sendo uma “simples esperança subjetiva”, como visto no REsp nº1.079.185/MG¹⁸¹, e, em decisão seguinte, também estabelece, no REsp 1.190.180/RS¹⁸², que esta será reparada, desde que seja “razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética”.

179 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 67.

180 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

181 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1079185/MG**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, Data do julgamento 11/11/2008. Dje 04/08/2009. Ementa: PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. - (...) Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. (...). (Grifos nossos).

182 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1190.180/RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do Julgamento 16/11/2010. Data da Publicação 22/11/2010. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1.(...) Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e

Estes requisitos são levantados pelo STJ como motivo para a improcedência de pedidos de reanálise, a exemplo do REsp 1.104.665/RS¹⁸³, no qual denegou aplicação da teoria da perda de uma chance por se basear em mero juízo de possibilidade, ressaltando a necessidade de o dano ser certo e atual, dispondo que esta teoria aplica-se “aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável”.

Ademais, estes requisitos da realidade e seriedade da chance perdida são apresentados por Geneviève Viney como uma proteção muito eficaz contra eventuais abusos do conceito. Aos quais devem ser acrescentados a atualidade ou iminência da satisfação da chance de que o recorrente invoca desaparecida, ou seja, a proximidade de tempo em que a probabilidade desaparecida poderia ser realizada. Ademais, em alguns casos, esta poderia ser remota e até mesmo incapaz de alcançar, e sua destruição não merece reparo por meio da teoria da perda de uma chance¹⁸⁴.

Após destacados os seus requisitos, passamos à sua conceituação.

Adotando-se o critério da exclusão, cumpre dizer o que não pode ser considerado chance, já que esta, para ser considerada juridicamente relevante, não deve consistir em uma mera possibilidade de obter um resultado favorável, uma esperança, mas sim ser caracterizada por uma consistente probabilidade de sucesso. Deve ser considerada como a concreta probabilidade de obter uma vantagem ou evitar uma perda, e não uma mera e abstrata possibilidade¹⁸⁵.

Como explica Maurizio Bocchiola, o termo chance, em seu significado literal, é traduzido como fortuna, sorte, e, em geral, como possibilidade e probabilidade. Em seu significado mais antigo era absolutamente neutro, indicando o modo favorável e desfavorável segundo o qual se verifica um evento, e por meio de um processo de extensão passou a assumir o valor de resultado ou sorte favorável¹⁸⁶.

real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. (...).

183 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1104.665/RS**. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Data do julgamento: 09/06/2010. Data da publicação 22/11/2010.

184 VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité**: Conditions. Paris: LGDJ, 1998.

185 BONANNO, Cláudio. La perdita di chance nel diritto privato. Brevi riflessioni: alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali. Giutio. **Rivista di Diritto dell'Economia, di Transporte e dell'Ambiente**. Vol VII, anno 2009.

186 BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile**, Ano XXX, p. 60, 1976.

Quando o termo chance é utilizado no plural torna-se o equivalente de probabilidade, sendo que neste significado o seu uso jurídico, e mais especificamente para o de obter um ganho ou de evitar uma perda. Neste contexto, a diminuição de uma chance assume um valor econômico, a partir do qual se verifica que é patrimonial o seu conteúdo¹⁸⁷.

Assim, do conceito de chance faz parte a probabilidade, relativa a ganhar ou evitar uma perda, e o seu conteúdo patrimonial, o que será útil no momento da sua classificação.

Selma Marques apresenta a chance como uma propriedade anterior do sujeito, que por si só é passível de sofrer lesão, independente do sucesso na concretização das expectativas inicialmente existentes. Destacando, quanto à perda de uma chance, que “diz respeito a um estágio de latência anterior a determinado evento que se poderia produzir, sendo, contudo, interrompido no curso dos fatos, razão pela qual além do insucesso no resultado que era esperado e se dissipou, tal situação não é passível de demonstração”¹⁸⁸.

Ademais, é apresentada por Sérgio Savi como uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou a qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento¹⁸⁹.

Desta forma, a chance é relativa a algo que tem uma probabilidade de ocorrer, pois nesta interferem tanto as faculdades de atuação do sujeito como outros fatores, sejam estes passados ou futuros, necessários ou contingentes. No caso da perda de uma chance, a sua concretização resta frustrada em virtude de fato danoso, restando uma consequência atual e certa, onde se considera o dano ainda que possa resultar dificultoso estimar o seu alcance¹⁹⁰.

Com isso, o seu conteúdo é constituído pela probabilidade existente de que, caso os acontecimentos tivessem seguido o seu curso normal, seria obtido um benefício ou não sofrido uma perda por parte do seu titular, fazendo parte do patrimônio jurídico da pessoa que o detém, e tendo este valor patrimonial.

Na construção do conceito de chance nos termos apresentados, vamos tomar como exemplo o comportamento negligente de um médico, do qual decorre que um câncer¹⁹¹

187 *Ibidem*. p. 60.

188 BRASIL. Minas Gerais. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível de nº 1.0024.05.700546-4/001**. Relatora Desembargadora: Selma Marques.

189 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

190 GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840.

191 CASTRO JÚNIOR, Cláudio Galvão de. O que é câncer? Disponível em: <<http://www.ici-rs.org.br/sobre-a-doenca/o-que-e-cancer>>. Acesso em: 7 mai. 2012.

Quando as células crescem de maneira anormal, mas não perdem a identidade e função, temos o genericamente chamado tumor benigno. Dependendo de onde cresce este tumor as consequências podem ser drásticas. Quando tumores comprometem áreas nobres do cérebro os esmos podem ser potencialmente graves. Quando as

existente em um dos seus pacientes não fosse diagnosticado. Esta chance, que será a possibilidade de cura, vai depender do tipo de câncer, do local atingido, do estágio em que este poderia se encontrar no momento em que o paciente foi procurar o médico, da idade do paciente, o que pode ser observado no que segue:

Como toda doença, alguns tipos de câncer têm cura e outros não. Tudo depende essencialmente do tipo de tumor maligno e do estágio em que esse câncer se encontra. As possibilidades de cura estão diretamente relacionadas com tempo em que o tumor é detectado no paciente. Quanto mais cedo for feito o diagnóstico, mais chances de o tratamento dar certo. Se o diagnóstico for feito tardiamente, o índice de cura do câncer diminui e complicações podem aparecer mesmo depois de esse tumor ter sido tratado¹⁹².

No caso em que um advogado deixa de interpor recurso para revisão de decisão desfavorável ao seu cliente no prazo, o conteúdo da chance está relacionado à probabilidade do recurso ser julgado procedente, com a revisão da decisão em favor da parte, e para construir esta probabilidade deve ser levado em conta o posicionamento atual do Tribunal a quem caberia esta decisão nas causas que tivessem o mesmo objetivo, sendo esta chance composta pela relação entre o total de decisões favoráveis e o total de decisões com o mesmo objeto.

Desta forma, vários fatores devem ser levados em conta no momento em que o juiz for estabelecer o valor da indenização devida, pois estes constituem a chance existente e que foi perdida em decorrência de uma conduta de um terceiro, e que deve ser o objeto de reparação por parte da decisão judicial.

células, além do aumento anormal em número, perdem sua identidade e função temos o chamado tumor maligno. Este tipo de tumor é capaz de produzir metástases, ou seja, espalhar-se para outras partes do corpo. Alguns tumores dão origem a metástases no pulmão o que acaba por comprometer o funcionamento deste órgão. Outros podem originar metástases no fígado, cérebro, osso, entre outros órgãos. Resumidamente, o câncer ou tumor maligno, é uma doença onde as células do próprio indivíduo, perdem sua identidade e função e passam a crescer rapidamente, comprometendo as estruturas vizinhas e distantes, e "roubando" energia do restante do organismo. Sendo assim, ele não é uma doença transmissível e não há como "pegar" câncer de uma outra pessoa. (p. 1).

192 CÂNCER TEM CURA. Equipe Oncoguia. Disponível em: <<http://www.oncoguia.com.br/site/interna.php?cat=2&id=473&menu=2>>. Acesso em: 30 maio. 2012.

3.2.4 Modalidades de Perda de uma Chance

Neste ponto, já definido o que vem a ser a chance e as suas principais características, buscaremos fazer uma breve exposição das modalidades de perda de uma chance que podem ser encontradas diante do caso concreto, e que merecem a devida reparação quando presentes os requisitos da responsabilidade civil.

Patrice Jourdain classifica as modalidades de perda de uma chance como a perda da possibilidade de alcançar um benefício, a fim de evitar um dano, e a que decorre da falta de informação que poderia mudar a decisão final da vítima evitando o dano¹⁹³.

Dentre estas modalidades, para a mencionada autora, há pelo menos um caso em que é unanimemente admissível que esta é indenizável, que consiste no caso em que a vítima estava esperando um benefício futuro. Situação esta em que um risco existe, pois as chances são aleatórias, mas isso não figura como um obstáculo para a existência do dano, pois este consiste no desaparecimento das chances de ganhar e não deve ser confundido com a perda do benefício esperado, já que a incerteza proíbe que este se torne indenizável¹⁹⁴.

A segunda modalidade é a situação em que a pessoa está envolvida em um processo prejudicial, mas existe a probabilidade de evitar o dano que está se aproximando. O fato de um terceiro fazer com que perca a oportunidade que dispõe para evitar a realização de danos ao qual foi exposto. Destacando que as aplicações mais comuns desta espécie de perda de uma chance são encontradas no campo da medicina¹⁹⁵.

Para Patrice Jourdain, a falta de informação pode causar indenização por perda de uma chance quando referente a tomar uma decisão de certa natureza que tenha a capacidade de evitar um dano. Nestes casos, o ressarcimento integral seria negar que há uma incerteza sobre a decisão que teria ao final tomado a vítima se devidamente informado, e negar a reparação é ignorar o fato de que seu desconhecimento privou a chance que tinha de evitar o dano¹⁹⁶.

Fernando Noronha segue no mesmo caminho, sistematizando a perda de uma chance em três modalidades, que são formadas por duas grandes espécies, a de obter uma

193 JOURDAIN, Patrice. Responsabilité civile. *Revue Trimestrelle de Droit Civil*. Paris: Sirey, n. 1, 1992.

194 *Ibidem*.

195 *Ibidem*.

196 *Ibidem*.

vantagem futura e a de evitar um dano que aconteceu, sendo que esta última se divide em apenas evitar um dano e a decorrente da falta de informação¹⁹⁷.

Quanto à perda de uma chance de obter uma vantagem futura, também denominada de perda de uma chance clássica, que tem como exemplo os casos que envolvem a responsabilidade civil do advogado, seja pela perda do prazo para interposição de recurso, como não ajuizar uma ação gerando a prescrição do direito, destaca o autor que¹⁹⁸:

Nesta modalidade de perda de chance houve, em razão de um determinado fato antijurídico, interrupção de um processo que estava em curso e que poderia conduzir a um evento vantajoso; perdeu-se a oportunidade de obter uma vantagem futura, que podia consistir tanto em realizar um benefício em expectativa, como em evitar um prejuízo futuro. Com a interrupção, nunca mais se poderá saber se a vantagem tida em vista viria ou não a concretizar-se; por outras palavras, embora o lesado afirme que a interrupção lhe causou um dano futuro, nunca se poderá saber se o processo conduziria necessariamente a ele, porque se trata de ocorrência que era aleatória, em medida maior ou menor.

Quanto à perda da chance de evitar um prejuízo que aconteceu, uma das submodalidades da frustração da chance de evitar um dano que aconteceu, afirma Fernando Noronha que nesta o dano surge porque o processo em curso, sendo este danoso, não foi interrompido, quando poderia ter sido, e, se tivesse sido interrompido, haveria a possibilidade de o dano não se verificar, mas sem poder saber agora se realmente isto teria acontecido. Neste que se insere a perda de chance de cura¹⁹⁹, que é apresentado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²⁰⁰:

A perda de uma chance, teoria desenvolvida na França, configura um tipo especial de dano. Surge quando pela intervenção médica (ou não intervenção) o paciente perde a possibilidade de se curar ou de se ver livre de determinada enfermidade. Admite-se, portanto, a culpa do médico sempre que sua ação ou omissão compromete as chances de vida ou de integridade do paciente.

Seguindo para a segunda submodalidade, que consiste na perda de chance por falta de informação, esta ocorre quando o dano é experimentado pela parte por esta não ter tomado a melhor decisão, que estaria ao seu alcance se outra pessoa que teria o dever de informar ou aconselhar o tivesse cumprido.

197 NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chance. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 6, n. 23, jul./set. 2005.

198 NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chance. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 6, n. 23, jul./set. 2005. p. 33

199 *Ibidem*

200 BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70013783782**, Nona Câmara Cível, Relator: Odone Sanguiné. Julgado em 12/07/2006.

Como exemplo, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que segue:

RELAÇÃO DE CONSUMO. ÔNUS DA PROVA. DEVER DE INFORMAÇÃO. DANO MORAL. Todos os fornecedores que figurem na mesma cadeia de circulação de riquezas, e tenham tido relação com o consumidor na causação do dano, responderão sem que se impute a este o ônus de distinguir qual o verdadeiro causador. Quanto à entrega do contrato de alienação fiduciária, não há qualquer prova nos autos que documente o recibo do Apelado a expressar a desincumbência das recorrentes. E se de fato esse documento é prescindível para a regularização do veículo alienado, essa informação deveria ter sido passada ao Apelado, que também não foi informado quanto ao prazo de regularização do veículo, não havendo que se falar em escusas ao cumprimento de lei, mas sim vulnerabilidade jurídica quanto ao direito de ser informado. Configurada na espécie verdadeira perda de uma chance, na medida em que, por falta de informação, o Apelado perdeu a oportunidade de tomar uma decisão que pudesse impedir o dano que veio a experimentar. Quanto ao dano moral, a reprovabilidade e desproporcionalidade do desrespeito a que foi infligido o Apelado tende a reduzi-lo ao estado de coisa, alheio à sua condição humana, o que lhe confere direito à compensação. Presentes todos os filtros da responsabilidade civil, afigura-se razoável o valor de R\$ 15.000,00 fixados a título de danos morais. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso²⁰¹. (Grifos nossos).

Contudo existem casos que, mesmo que a informação não tenha sido prestada por quem tinha esta obrigação, não estão inseridos nesta modalidade de perda de uma chance. O que ocorre quando o dano é inevitável, assim, mesmo que a informação fosse prestada o dano ocorreria, o que decorreria desta informação se inútil. Também é o caso em que o dano realmente não ocorreria se a informação fosse prestada, envolvendo a certeza e não uma probabilidade.

Quanto a esta modalidade, destaca o autor²⁰²:

Nas hipóteses em que o risco de dano tivesse sido eliminado se a informação devida houvesse sido prestada, a responsabilidade da pessoa obrigada à informação será plena: ela incorrerá na obrigação de reparar todos os danos sofridos pelo lesado. Nestes casos, não se poderá falar propriamente em responsabilidade por perda de uma chance (ainda que eles também caibam dentro das hipóteses em que, em geral, se pode falar em frustração da chance de evitar um dano, devido à violação de um dever geral de informação). São os casos em que o problema da responsabilidade por perda de chance só surge nas hipóteses em que o ato que acabou causando o dano fosse evitável. Na verdade, quando o ato que acabou se revelando danoso fosse absolutamente inevitável, seria inútil a prestação de informação e, portanto, nunca poderia haver responsabilidade.

Desta forma, existem três modalidades de perda de uma chance, que não se limita a referente à destruição da probabilidade de obter um benefício, incluindo a de evitar um dano

201 BRASIL. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0006217-08.2006.8.19.0014**, 1ª Ementa. Rel. Desembargador Antônio Iloizio B. Bastos. Julgamento: 28/09/2010 – Décima Segunda Câmara Cível.

202 NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chance. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 6, n. 23, jul./set. 2005.

experimentado e a decorrente da falta de informação da qual pode resultar um prejuízo como impedir um benefício.

3.2.5 A Chance Diante do Caso Concreto

Levando em conta o exposto por Clóvis V. do Couto e Silva²⁰³, segundo o qual a proteção da chance é muito importante em matéria de responsabilidade profissional, responsabilidade contratual, sobretudo dos médicos, advogados, dentre outros, e que esta responsabilidade profissional não estava sendo aplicada com rigor pelos juízes no direito brasileiro, iremos iniciar a nossa análise com alguns casos que envolvem responsabilidade profissional para estabelecer qual era a chance existente e que foi perdida e a posição do Tribunal.

Começaremos o estudo pela responsabilidade civil dos advogados por atuação negligente que leve à perda de uma chance, seguindo para casos que envolvem a atividade médica, sendo estes divididos na perda de uma chance de cura e na perda de uma chance por falta de informação.

3.2.5.1 Responsabilidade Civil do Advogado por Perda de uma Chance

Na responsabilidade civil do advogado no caso da perda de uma chance, como no exemplo da perda de prazo para interposição de recurso em decorrência de negligência grave, o que deve ser reparado à vítima é a chance existente de que o processo, ao ser apreciado por uma instância superior, fosse revisado ao seu favor. Não cabendo a reparação, a título de perda de uma chance, a mera e subjetiva esperança de vencer a causa, nem o caso de ter perdido esta²⁰⁴.

Dentre as modalidades de perda de uma chance apresentadas, os casos que envolvem a responsabilidade civil do advogado se inserem na frustração da chance de obter

203 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, 667/07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

204 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, v. V, Tomo II: do inadimplemento das obrigações**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

uma vantagem futura, e nestes, o que leva a configuração da chance está em não existir uma total certeza quanto à posição a ser adotada por tribunais, pois diversos outros fatores influenciam nesta decisão, não apenas o que vai ser apresentado pela parte, ou o que a jurisprudência entende no momento, mas também o que pode ser acrescentado pela outra parte, as particularidades do caso e as próprias convicções de quem iria julgar o caso.

Considerando todos estes fatores, quando não interposto recurso cabível, observando que não existe 100% de certeza quanto ao seu provimento, assim como em outros casos de negligência profissional, o que deve ser reparado não é o dano final experimentado pela parte, mas sim a chance existente, uma probabilidade que foi perdida e deve ser reparada.

Além disso, quanto à análise da chance envolvida, esta deve apresentar os contornos bem definidos, conforme defendido neste trabalho, não sendo possível a reparação a título de perda de uma chance apenas uma mera possibilidade de reforma da decisão, algo que se aproxime a uma simples esperança, mas sim quando esta seja séria e real, existindo uma probabilidade significativa de que a decisão poderia ser reformada pelo Tribunal caso o recurso fosse proposto dentro do prazo e cumprindo os requisitos de admissibilidade.

Nestes termos, ressaltamos a decisão do STJ, proferida no REsp de nº 1.190.180-RS, na qual consta de forma expressa na ementa a necessidade de ponderação acerca da probabilidade existente no caso concreto, sendo esta conclusão retirada do voto do Ministro Felipe Salomão, conforme o que segue²⁰⁵:

Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da “perda de uma chance” devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é só o fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja a sua automática responsabilidade civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade – que se supõe real – que a parte teria de sagrar vitoriosa.

Destacando a necessidade de levar em conta, para que seja aplicada a teoria da perda de uma chance ao caso concreto, as reais possibilidades de êxito no processo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios entendeu que:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ADVOCACIA. PERDA DE PRAZO PARA RECORRER. TEORIA

205 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. Nº 1.190.180-RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data de julgamento 16 de novembro de 2010. DJE de 22 de novembro de 2010.

DA PERDA DE UMA CHANCE. O só fato do advogado ter perdido o prazo para recorrer da sentença que fora desfavorável ao seu cliente não enseja a sua automática responsabilização civil, por danos materiais e morais, com fulcro na teoria da perda de uma chance. No caso dos profissionais da advocacia, as demandas que invocam essa teoria devem ser analisadas tendo em conta as reais possibilidades de êxito no processo, eventualmente perdidas em razão da negligência do causídico. Recurso de apelação conhecido e provido. Unânime²⁰⁶. (Grifos nossos).

Além disso, é relevante destacar que a definição da probabilidade que existia e compõe a chance que foi perdida é analisada levando em conta, principalmente, as decisões proferidas pelo próprio Tribunal a quem caberia julgar o recurso, sendo as que envolvam o mesmo tema discutido na ação que poderia ser objeto de recurso.

Ademais, levando em conta que tal responsabilidade é subjetiva, como determina o art. 14, §4º do CDC, não apenas a conduta deste juntamente com o dano, que no caso é a perda da chance, e o nexo de causalidade estabelecido entre eles devem ser analisados, como também deve restar comprovada a culpa do profissional naquela atuação para que seja possível a responsabilização.

Esta análise tem início pela decisão proferida em 17 de março de 2011 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível de nº 70039581475, que trata da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance por atuação negligente em diversas ações na qual foi patrono, conforme ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. ADVOGADO. EXERCÍCIO DO MANDATO. DANOS MORAIS. PERDA DE UMA CHANCE. NEGLIGÊNCIA. VERIFICADA EM RELAÇÃO A ALGUNS DOS PROCESSOS ELENCADOS NA INICIAL. A perda de uma chance leva a caracterização da responsabilidade civil do causídico não quando há mera probabilidade de reforma de uma decisão lançada no processo, porém quando a alteração dessa vai além da eventualidade, tangenciando a certeza. Ainda, a responsabilidade civil do patrono é subjetiva, sendo necessária a comprovação de culpa ou dolo (art. 14, § 4º e art. 32 do CPDC). A advocacia trata-se de atividade de meios e não de resultados, em tese não podendo o profissional ser responsabilizado tão-somente pelo insucesso no certame. Comprovação de exercício profissional adequado dos advogados contratados no exercício do mandato outorgado. Outrossim, não está o advogado sempre obrigado a se manifestar de toda e qualquer decisão ou despacho lançada no processo. Caso em que restou verificada a responsabilidade pela perda de uma chance em relação a parte dos processos elencados na inicial e nos quais atuou a parte ré como patrocinadora da parte autora. Não se verificando lesão à honra objetiva da pessoa jurídica autora, não há falar em condenação da parte-ré ao pagamento de indenização por dano moral. APELO DA PARTE AUTORA PROVIDO EM PARTE. APELO DA PARTE RÉ PREJUDICADO. (Apelação Cível Nº 70039581475, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 17/03/2011).

206 BRASIL. Brasília, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Processo nº 20060110426123APC**, Relator Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior, 2ª Apelação Cível Turma Cível, julgado em 01/06/2011, DJ 14/06/2011 p. 46.

Nesta ação o que se discutia é a reparação pelos danos sofridos em face de atuação negligente de escritório de advocacia em 21 ações na qual figurou como patrono. A parte autora buscou a reparação, tanto por danos morais quanto materiais, em face do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, referente a todas as ações na qual perdeu a chance de ser provido o seu pleito em face do comportamento negligente do escritório contratado.

Após ter sido negado provimento em primeira instância, foi interposto recurso de Apelação Cível, sendo que neste a decisão do Tribunal foi pelo provimento parcial da apelação, condenando o réu da ação pela perda de uma chance referente a algumas das ações na qual atuou, mas negando tal condenação em outras.

Quanto à análise da decisão em si, nesta resta claro que a chance pode ser objeto de reparação, sendo esta uma situação que certamente ou muito provavelmente poderia ser modificada²⁰⁷. Quanto à responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, é ressaltado que não basta a possibilidade de reforma de decisão para que esteja presente a chance, mas sim que a situação seja clara, séria, quase concreta, devendo esta ser considerável e não meramente eventual, conforme voto do Desembargador Paulo Sérgio Scarparo.

Buscando constatar a existência da chance alegada, as ações em que o réu agiu com negligência foram divididas em três grupos e dentro de cada tema foi analisado o entendimento que estava sendo seguido pelo Tribunal e também pelo STJ, a começar pelas relativas ao vale-alimentação e abono salarial, a seguinte trata dos expurgos inflacionários sobre a reserva de poupança, finalizando com o grupo das ações de revisão de aposentadoria e reclamatória trabalhista.

No primeiro grupo, quanto ao vale-alimentação, destaca que é uníssono na jurisprudência do próprio Tribunal ao reconhecer que este, nos casos em que envolve a fundação autora, não é extensível aos inativos, apresentando jurisprudências nesse sentido, restando, com isso, configurada a perda de uma chance da parte autora, pois se os procuradores tivessem recorrido da sentença se teria muito possivelmente alcançado decisão favorável neste ponto.

207 BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70039581475**, Décima Sexta Câmara Cível, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 17/03/2011.

Ocorre que não basta a mera existência de uma probabilidade de ser modificada a decisão. A probabilidade, em si, não é capaz de configurar qualquer responsabilidade pelo patrono no seu não-agir. Contudo, se deparados estivermos perante uma situação que, certamente, ou muito provavelmente poderia ser modificada, daí sim, estaríamos diante de conduta (não-conduta) suscetível de reprimenda pois, efetivamente, estaríamos diante de perda de uma chance. (p. 5).

Contudo, quanto ao segundo ponto deste primeiro grupo de ações, sendo este o que trata do abono, o entendimento do Tribunal foi de que não restou caracterizada a perda de uma chance alegada, isto porque se tivesse interposto recurso contra a decisão quanto a este ponto a probabilidade de nada mudar se mostra substancial, o que decorreria de nas jurisprudências citadas para o primeiro ponto havia o reconhecimento de que existe direito a este benefício, sendo no mesmo sentido das decisões ora contestadas. Desta forma, não existia possibilidade, e muito menos probabilidade, de que esta decisão negativa aos interesses da parte pudesse ser objeto de revisão por parte do Tribunal, já que em casos semelhantes foi negado o provimento, sendo no mesmo sentido da decisão de primeiro grau.

Quanto ao segundo grupo de ações, afirma que nestes a parte autora também tinha uma chance que foi perdida, pois a interposição de recurso às Instâncias Superiores acarretaria uma diminuição dos prejuízos sofridos pela parte autora, o que decorre do Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal de Justiça ter entendimento consolidado no sentido de que a cobrança de expurgos inflacionários, em virtude da reserva de poupança pleiteada pelos participantes, prescreve em cinco anos, sendo este prazo a contar da data em que foi recebido o valor inferior ao devido, elencando diversas jurisprudências neste sentido, o que era favorável ao autor.

Seguindo para o terceiro grupo de ações, ressalta o não cabimento de indenização por perda de uma chance por não existir “qualquer elemento nos autos que autoriza a convicção de que eventual processamento dos feitos na forma em que referida pela parte autora alteraria a interpretação dada pelo Judiciário ao conjunto probatório”.

Concluindo, levando em conta que restou demonstrada a conduta culposa da parte ré que deixou de prestar os serviços na forma em que contratada, pelo dever de indenizar a parte autora pelos danos materiais no que diz respeito aos feitos que tratavam de vale-alimentação e expurgos inflacionários incidentes sobre a reserva de poupança, pois nestes casos o Tribunal considerou a existência da chance.

Desta forma, esta decisão está de acordo com o que visa a teoria da perda de uma chance os meios utilizados para constatar se existe ou não uma chance séria e real de que fosse alcançada uma decisão favorável nas ações em que o réu agiu de forma negligente foi feito da melhor forma possível, sendo esta levando em conta a real possibilidade de que as decisões das ações apontadas fossem no sentido esperado pelo autor da demanda. Sendo negada a reparação a título de perda de uma chance nos casos em que o Tribunal já tem consolidada decisão em sentido contrário ao que buscava o autor, pois, mesmo que o réu tivesse atuado

dentro da diligência esperada, não existia uma chance que pudesse ser considerada a título de reparação de que esta resposta do Tribunal fosse no sentido buscado.

Partindo para a decisão proferida pelo Tribunal Estadual de São Paulo, a jurisprudência destacada foi a Apelação de nº 9079100-41.2006.8.26.0000, que trata da responsabilidade civil do advogado por não ter interposto reclamação trabalhista, cuja emenda segue:

Emenda: Mandato. Rescisória de Contrato, cumulada com pedido de indenização por danos morais, perda da chance. Procedência decretada em 1º grau. 1. A chance que se alega perdida por suposta desídia de advogado contratado para propositura de reclamatória trabalhista deve ser fundada, ao menos com mínima demonstração de efetivo interesse de agir perante aquela sede. 2. Afirmando o réu haver alertado a autora sobre inexistência de direito a ser reclamado perante a justiça obreira, à autora cabia, a teor do artigo 333, I, do CPC, demonstrar o fato constitutivo de seu direito. 3. Recurso de todos os réus providos, decretada a improcedência da ação.

Enquanto a primeira decisão tratava da atuação negligente do advogado nas ações em que figurava como patrono do autor da demanda, nesta o que se busca é a reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance em face dos advogados, que figuram como réus da demanda e apelantes, por não terem ajuizado reclamação trabalhista permitindo, assim, escoar o prazo prescricional para que esta fosse proposta.

Esta foi procedente em primeiro grau, restando a condenação no pagamento de indenização por danos morais no valor de 50 salários mínimos. E o recurso de apelação interposto pelos réus apresentou como principal argumento que a demanda trabalhista não foi proposta em favor da autora por não ter estes direitos a esse título no momento em que procurou os serviços dos réus. Sendo a apelação julgada procedente.

Quanto à decisão proferida em segundo grau, o que merece destaque é a ressaltada necessidade de que as chances sejam comprovadas por quem as alega, entendendo o Tribunal que não havia nos autos prova do direito trabalhista que a autora alega ter perdido, e que não se pode responsabilizar por perda de direito que jamais existiu ou que não restou comprovado. Destacamos, nestes termos, trecho do voto do Desembargador Vanderci Álvares: “Cabia à autora demonstrar que suas chances de sucesso perante a Justiça obreira era fundada, real, de modo que restasse evidenciado um mínimo de interesse de agir para a propositura da demanda trabalhista”.

A terceira jurisprudência destacada, sendo esta do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, trata da responsabilidade civil do advogado por perda do prazo recursal, conforme ementa que segue:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - SENTENÇA OMISSA - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 515, § 3º, DO CPC - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL INTEGRAR O JULGAMENTO - ADVOGADO - MANDATO JUDICIAL - OBRIGAÇÃO DE MEIO - PERDA DE PRAZO RECURSAL - ERRO CRASSO - MANIFESTA VONTADE DA PARTE REPRESENTADA DE RECORRER - RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO - JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA - DATA DE INCIDÊNCIA. - A lógica do § 3º do art. 515 do CPC é a prevalência, em alguns casos, do princípio da economia processual sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, motivo pelo qual é possível que o tribunal, diante de uma sentença omissa, integre o julgamento, desde que a causa esteja em condições de imediato julgamento, conforme interpretação extensiva do mencionado § 3º. Assim, em se verificando que houve omissão da sentença em relação a uma das condutas danosas imputada ao réu, cabe ao tribunal apreciar tal questão, a fim de suprir a omissão da decisão. - A obrigação do advogado é de meio, pelo que lhe incumbe, no exercício do mandato judicial, cumprir as condutas a que se comprometeu, sem, contudo, vincular-se à concretização do resultado perseguido pelo mandante. - A perda de prazo para recorrer, quando restar demonstrado que a parte representada manifestou inconformismo contra a decisão, constitui erro crasso do advogado, que se omitiu quanto às precauções necessárias ao exercício do seu mandato. Por tal razão, deve-se responsabilizá-lo pelos danos ocasionados à parte representada, em decorrência da perda da chance de recorrer. - Em se tratando de indenização por danos morais, a incidência da correção monetária e dos juros moratórios inicia-se da data da prolação da sentença, uma vez que, a partir daí, o valor da condenação torna-se líquido.

Neste julgado observamos a utilização inadequada da teoria da perda de uma chance, pois, ao tratar do ponto que foi objeto de apelação referente a não-interposição de recurso em prazo legal, é destacado que “no caso dos autos, não há controvérsia sobre a manifestação da segunda apelada no sentido de que desejava recorrer da sentença proferida na ação reivindicatória, pelo que não cumpre perquirir se havia probabilidade ou não de reformar da sentença”. Partindo deste entendimento, conclui que estão diante de danos resultantes da perda de uma oportunidade, que seria a chance de modificar a sentença desfavorável por meio de recurso.

Embora a não interposição de recurso por advogado quando haja manifestação do cliente no sentido de que deseja recorrer possa gerar algum tipo de dano ao segundo, só resta configurada a perda de chance por parte do cliente se existe, perante o Tribunal ao qual caberia o recurso em questão, uma probabilidade de que a decisão seja modificada em seu favor. O que não foi observado neste caso.

3.2.5.2 Responsabilidade Civil do Médico por Perda de uma Chance

A responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance se divide em perda de uma chance de cura, em que a conduta culposa do profissional retira do paciente a chance de continuar vivo ou de não ter sequelas dentro de um tratamento, e na decorrente da falta de informação.

Quanto ao tema, ressaltamos afirmação do desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, conforme extraído de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Com efeito, a teoria da perda de uma chance, originária do direito francês e de utilização ainda tímida no ordenamento jurídico pátrio, tem aplicabilidade mais expressiva na responsabilidade civil decorrente de erro médico, quando a prova, que invariavelmente envolve análise técnica e científica, torna difícil a identificação do nexa causal entre o ato danoso e o resultado. Assim, sua pertinência é valiosa porque não questiona o liame causal, mas apenas responsabiliza pela sonegação ao paciente de uma chance que lhe foi subtraída caso o dever médico tivesse sido observado independentemente do resultado. A doutrina sobre o tema conclui que a perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a chance poderia ser concretizada; é certo que a vantagem esperada está perdida – e disso resulta m dano indenizável.

Conforme Grácia Cristina Moreira do Rosário²⁰⁸, em princípio, a vítima só poderia obter a indenização integral de seu prejuízo se provar que o erro médico é realmente a causa de todo o seu dano, o que foi atenuado pela jurisprudência quando elaborou a teoria da perda de uma chance, apresentando como primeiro caso o da sentença da 1ª Câmara Cível do Tribunal, de 25 de março de 1968, determinou que o atraso provado por um médico ao proceder aos exames, não permitindo, desta maneira, ao paciente de se beneficiar de cuidados especiais, justificou que fosse reconhecida a perda de chance de cura.

A atividade do médico é caracterizada como uma obrigação que, de um modo geral, de meio e não de fim, exceto os caso relativos a cirurgia plástica embelezadora²⁰⁹, pois

208 ROSÁRIO, Grácia Moreira Cristina do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171.

209 BRANCO, Gerson Luis Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. **Revista dos Tribunais**, 733, p. 64-68, 1996.

Porém, se por um lado a beleza é importante, muito mais é a saúde do corpo, motivo pelo qual ao pesar os bens em questão deve o médico esteticista aumentar sua vigilância e seus cuidados para não provocar danos ou criar demasiados riscos onde não existem. Se os riscos forem maiores do que o bem em questão, deverá o médico recusar-se a operar. Se numa cirurgia para prolongamento da vida ou melhoramento da saúde vale a pena suportar certos riscos, no caso da cirurgia estética estes riscos devem ser menores, pois o bem almejado não é a cura ou a vida, mas sim a aparência. (p. 57).

nestes o resultado da operação é a própria razão de ser do contrato firmado entre o médico e o paciente²¹⁰, conforme Delton Croce e Delton Croce Júnior²¹¹:

Urge, todavia, advertir ser diversa a situação dos cirurgiões plásticos (e dos anesthesiologistas) no que pertine à responsabilidade civil, para a qual a obrigação desses especialistas é de resultado, não de meio, considerando que as pacientes que buscam corrigir um defeito estético qualquer em sua silhueta – que consideram desagradável, ou como fator de desajuste psíquico, por afeá-las – não estão acometidas de enfermidades, pelo que se após a intervenção cirúrgica não se atingir o resultado pactuado cabe o direito de pleitear indenização sobre todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, lucros cessantes, bem como o montante em dinheiro necessário para novos tratamentos protéticos, estéticos e/ou cirúrgicos.

Com isso, não há no geral um comprometimento do médico com o interesse específico do paciente, pois isto levaria à situação de que na ausência da cura da enfermidade ou da morte do paciente estaria caracterizado o inadimplemento²¹².

Contudo à obrigação assumida pelo profissional está atrelado o dever amplo e genérico de cuidado com o paciente, o que se deve traduzir por uma série de comportamentos concretos e objetivos do profissional, estando relacionados aos deveres de informação e de segurança²¹³.

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, seguindo o disposto no Art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, no qual se lê: “a responsabilidade pessoal do profissional liberal será apurada mediante a verificação de culpa”²¹⁴, deve ser comprovada a culpa, o nexo de causalidade e o dano. Quanto ao tema, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²¹⁵:

210 CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

211 *Ibidem* p. 30.

212 MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n. 63, 2007.

213 *Ibidem*.

214 MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n.63, 2007.

[...] a responsabilidade civil médica, em nosso sistema, vem exigindo tradicionalmente a presença da culpa para sua configuração, ou seja, a demonstração de uma falta do profissional em relação aos deveres decorrentes da obrigação de prestação de serviços médicos, que denote o dolo, a negligência, a imprudência ou a imperícia no cumprimento desta obrigação. Trata-se, pois a responsabilidade do profissional médico, de uma responsabilidade por ato ilícito, fundada no art. 186, combinado com o art. 927, caput do CC/2002 e, referindo-se a obrigação médica em uma relação de consumo entre fornecedor de serviços (o profissional médico) e o consumidor (destinatário final do serviço), a mesma responsabilidade subjetiva por ato ilícito, entretanto com fundamento no art. 14, §14º do CDC. (p. 55).

215 BRASIL, Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70013783782**, Nona Câmara Cível, Relator: Odone Sanguiné. Julgado em 12/07/2006.

A responsabilidade do médico é, efetivamente, subjetiva, conforme artigo 14, §4º, CDC, avaliada de acordo com o artigo 159 do CCB/1916 e seus princípios tradicionais, uma vez que sua obrigação, de regra, não é de resultado, mas de meio. Então, além da prova do dano e do nexo de causalidade, em tal espécie de responsabilidade é necessário que reste demonstrado que o serviço foi culposamente mal prestado. Convém salientar, no entanto, que a obrigação contratual assumida pelo médico não é de resultado, mas de meios ou de prudência e diligência. Não constitui objeto da obrigação a cura do paciente, mas a prestação de cuidados atentos e conscienciosos, mediante o emprego do tratamento adequado, é dizer, aquele conforme as *lex artis*.

A imputação de responsabilidade objetiva aos médicos significaria a inviabilidade do exercício desta profissão, pois são chamados para intervir em situações duvidosas e arriscadas, e a incerteza do resultado da sua atuação é sempre existente, igualmente com os riscos desta²¹⁶.

Embora a possibilidade de o profissional da saúde ser responsabilizado pela perda de uma chance esteja relacionada aos casos que envolvem a perda de chance de cura ou pela falha na informação, outros casos de perda de uma chance podem resultar na responsabilização civil do médico, como no caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação de nº 0055748-73.2004.8.19.0001, no qual erro ocorreu a supressão de chance séria e real de ser, o autor da demanda, aprovado em processo seletivo para vaga de emprego em uma empresa, em decorrência de laudo médico equivocado no qual consta enfermidade que depois foi comprovada inexistente:

RESPONSABILIDADE CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS PARTICIPAÇÃO DO AUTOR EM PROCESSO SELETIVO PARA VAGA DE AJUDANTE DE CAMINHÃO EM EMPRESA DE GRANDE PORTE - SOLICITAÇÃO DE EXAMES CARDÍACOS E ORTOPÉDICOS A SEREM ELABORADOS PELA RÉ - LAUDO RADIOLÓGICO EQUIVOCADO ATESTANDO ENFERMIDADE INEXISTENTE - EXCLUSÃO DO AUTOR DO PROCESSO SELETIVO - PROVA PERICIAL MÉDICA CONCLUSIVA NO SENTIDO DA INEXISTÊNCIA DA ENFERMIDADE ATESTADA DANO MORAL CONFIGURADO - DANOS MATERIAIS- APLICAÇÃO DA TEORIA DA **PERDA DE UMA CHANCE** -- EXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO À SÉRIA E REAL POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO - FIXAÇÃO DO DANO MATERIAL NO VALOR EQUIVALENTE A DOZE MESES DO SALÁRIO QUE PERCEBERIA O AUTOR SE TIVESSE SIDO CONTRATADO- APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - CORREÇÃO MONETÁRIA DA VERBA INDENIZATÓRIA PELO DANO MORAL - EXEGESE DA SÚMULA 97 DESTA TRIBUNAL - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. 1. Ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de elaboração de laudo médico equivocado, o que teria acarretado a exclusão do autor em processo seletivo para obtenção de emprego em empresa de grande porte. 2. Sentença de procedência parcial, fundamentada, essencialmente, no laudo médico do perito do juízo, condenando à ré ao pagamento de indenização, por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), como também de danos

216 BRANCO, Gerson Luis Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. **Revista dos Tribunais**, 733, p. 64-68, 1996.

materiais, a serem apurados em liquidação de sentença. 3. Laudo pericial conclusivo no sentido de que não existe a enfermidade apontada no laudo emitido pela ré. 4. Dano moral. Sentença recorrida que fixou o dano moral em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que se mostra razoável e proporcional às angústias e danos sofridos pelo apelado, levando-se em conta o caráter punitivo-pedagógico da condenação, e sem permitir que a mesma gere um enriquecimento indevido. 5. Ocorrência do dano material. Teoria da **perda** de uma **chance** aplicável ao presente caso, servindo de arrimo para a condenação por danos materiais, fixados no valor equivalente a 12 (doze) meses do salário que auferiria o autor se tivesse sido contratado, quantum que deverá ser apurado em liquidação de sentença. 6. Existência de prova quanto à séria e real possibilidade de contratação do autor, incidente, à hipótese, o princípio da carga dinâmica da prova, sendo certo que a ré não se desincumbiu de comprovar que a causa exclusiva e adequada da preterição do autor/recorrido, no processo seletivo, tenha sido sua desqualificação profissional. 7. Incidência da correção monetária que deve ser fixada a partir da sentença, em conformidade com a Súmula 97 do TJRJ. In iliquidis non fit in mora. 8. Sentença que se reforma parcialmente. DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (Grifos nossos).

Quanto à perda da chance de cura, deve ser observado que as fases da intervenção do profissional médico são divididas em diagnóstico e tratamento das doenças e enfermidades.

O diagnóstico consiste no momento que informa ao paciente a doença ou mal que lhe afeta, após buscar as informações necessárias para tanto, este “talvez seja o momento mais importante da intervenção médica, pois um erro neste momento poderá comprometer não só a possibilidade de cura, como também poderá trazer danos não previsíveis para aquela situação”. O tratamento é uma fase posterior, na qual o médico utiliza diversos meios na busca de conservar a vida, ou melhorar a saúde, ou até mesmo aliviar a dor²¹⁷.

O erro de diagnóstico tem duas fases, a primeira é a não identificação de doença que, caso fosse tratada em sua origem, seria curável, mas depois de um tempo não, eliminando a possibilidade, a chance da não-doença. A segunda é o diagnóstico de doença evidentemente inexistente ou distinta, causando danos diretos ao paciente.

No erro no tratamento estão inseridos os casos de erro na execução de cirurgia, o descuido com elementos secundários que podem trazer prejuízo – como exemplo o esquecimento de equipamento dentro do corpo humano –, a infecção hospitalar, medicamento sem cuidado de perquirir de possíveis alergias do paciente e a formulação de receita ilegível que leve à aquisição de medicação incorreta.

A perda de uma chance de cura pode estar inserida no momento do diagnóstico e tratamento realizado pelo médico, mas para que reste configurada deve existir uma chance concreta, sendo esta séria e real, e não apenas uma mera possibilidade, o que pode ser visto na decisão do STJ que trata da responsabilidade do médico por morte de paciente decorrente de

217 BRANCO, Gerson Luis Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. **Revista dos Tribunais**, 733, p. 64-68, 1996.

complicação cirúrgica, sendo que nesta a Corte concluiu que não existia uma chance, mas apenas uma mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, por este motivo, a responsabilização do médico com base na aplicação desta teoria²¹⁸.

Ainda quanto à perda de chance de cura, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível Nº 70042147207, decidiu que:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. NEGLIGÊNCIA DO PREPOSTO DA DEMANDADA AO PRESCREVER À PACIENTE A PERMANÊNCIA EM DOMICÍLIO PARA REPOUSO. DIAGNÓSTICO DE ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL ISQUÊMICO TRANSITÓRIO. CASO QUE DEMANDAVA IMEDIATA REMOÇÃO PARA HOSPITAL. **PERDA DE UMA CHANCE**. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO. 1. Pedido de indenização por danos morais decorrentes de negligência no atendimento **médico** de urgência à parte autora, diagnosticada com quadro de AVC Isquêmico Transitório, sem que fosse removida para um Hospital para observação e realização de exames. Prescrição médica de repouso em domicílio que se mostrou totalmente inadequada para o caso, evidenciado a negligência do atendimento. Ocorrência de sequelas. 3. A responsabilidade do estabelecimento hospitalar, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do **médico**. Ou seja, mesmo que se desconsidere a atuação culposa da pessoa jurídica, a responsabilização desta depende da atuação culposa do **médico**, sob pena de não haver o dito erro **médico** indenizável. 4. Caso concreto em que o diagnóstico de AVC Isquêmico Transitório não autorizava a prescrição de repouso em domicílio da paciente, sendo necessária sua remoção para Hospital para observação de seu quadro e realização de para exames que pudessem confirmar o diagnóstico. Subtraiu-se da parte autora a **chance** de obter tratamento imediato e adequado à sua enfermidade, o que por certo reduziria as chances de seqüelas. 5. O quantum da indenização por danos morais é fixado pelo juiz, mediante a soma das circunstâncias que possa extrair dos autos. Valor da indenização majorado para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) diante das lesões aos direitos personalíssimos da parte autora conforme as particularidades do caso concreto 6. Juros de mora e correção monetária a contar da

218 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1104665 / RS**. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Data do Julgamento 09/06/2009. Dje 04/08/2009. Ementa: RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido.

data do acórdão, momento em que delimitado o valor da indenização. APELO DA RÉ DESPROVIDO. APELO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME²¹⁹. (Grifos nossos).

O caso envolve o pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais em face de negligência por parte do médico. Neste, de acordo com o apresentado pela parte autora, o paciente buscou atendimento de urgência em face de sofrer um mal súbito, com fortes dores de cabeça, dificuldades para falar e fraqueza nas pernas, contudo, quanto ao seu atendido, o médico o examinou e prescreveu a sua permanência em domicílio para repouso, o que foi seguido pelo paciente.

Após algum tempo, a situação desta piorou, o que levou os seus familiares encaminharem-na a um hospital, onde foi diagnosticado estar sofrendo Acidente Vascular Cerebral, o que gerou sequelas. Em face disto, busca “imputar à deficiência no atendimento médico prestado pelo demandado a responsabilidade nas sequelas sofridas, as quais poderiam ter sido minoradas ou mesmo evitadas caso tivesse sido imediatamente removido para um hospital”.

Ocorrendo a procedência em primeiro grau do pedido formulado, com a condenação da empresa na qual foi feito o atendimento, ao pagamento, a título de danos morais, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Havendo recursos de ambas as partes, tanto buscando a majoração do valor, quanto, da outra parte, da improcedência, alegando a inexistência da negligência apontada.

Em decisão de segundo grau, o Tribunal decidiu pela procedência do pedido da parte autora, majorando o valor da indenização por entender restar configurada a perda de uma chance, e neste sentido o voto da Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, para a qual não poderia afirmar que a omissão médica que causou diretamente o mal à parte autora, já que era possível que não se pudesse interromper o processo de acidente vascular cerebral, mas que, contudo, a omissão, que é caracterizada pelo não encaminhamento da autora para um hospital, privou o paciente, ao menos, da possibilidade de detectar o quadro da doença que acabou se instalando, o que ocasionou as sequelas permanentes, e que estas poderiam ser evitadas, pois é sabido que, nestes casos, o tratamento adequado e o monitoramento técnico das condições do paciente são fundamentais à sua recuperação.

Em face destas considerações, conclui pela negligência do médico por prescrever a permanência da parte autora em sua residência mesmo diante do diagnóstico de AVC

219BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70042147207**, Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 25/05/2011.

transitório Isquêmico, quando deveria ter removido a paciente para um hospital para observação e realização de exames, procedimento que, caso realizado, poderia ter evitado as sequelas sofridas ou minorada.

Desta forma, restou configurada a perda de uma chance, sendo que a chance é constituída pela probabilidade existente de o paciente restar sem sequelas da doença se o atendimento fosse feito de maneira correta, já que não existe uma certeza de que não iriam restar sequelas, mas sim uma probabilidade real e séria que merece reparação.

Outro caso de perda de chance de cura que destacamos foi analisado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 0132233-75.2008.0.19.0001, na qual a responsabilidade civil por esta modalidade de perda de uma chance decorre de erro de diagnóstico, como segue:

ACÇÃO CÍVEL. ACÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIVERGÊNCIA NO RESULTADO DE EXAMES DE MAMOGRAFIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DA AUTORA. ERRO NO DIAGNÓSTICO CAUSADO EXCLUSIVAMENTE PELO DEFEITO NO EXAME CLÍNICO REALIZADO PELA CLÍNICA RÉ. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICA-SE AO PRESENTE CASO A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE UMA VEZ QUE O ATENDIMENTO PRESTADO À AUTORA FORA INEFICIENTE, EIS QUE A MESMA SÓ DESCOBRIRA SUA ENFERMIDADE APÓS REALIZAR O EXAME EM OUTRA CLÍNICA, A QUAL CHEGOU AO CORRETO DIAGNÓSTICO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO PARA CONDENAR A RÉ NO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, NO VALOR DE R\$20.000,00 (VINTE MIL REAIS) COM JUROS DE MORA A CONTAR DA CITAÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA, A CONTAR DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO E NAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, DE 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO²²⁰. (Grifos nossos).

Neste, embora tenha sido pela improcedência a decisão em primeiro grau, esta foi revisada em grau de recurso por ter restado comprovado o erro no resultado do exame de mamografia da parte autora por parte da empresa que a realizou, só sendo possível descobrir a enfermidade daquela após realizado exame em outra clínica, que chegou ao correto diagnóstico.

A perda de chance de cura está relacionada não apenas ao resultado morte ou alguma lesão em face do atendimento médico, mas, também, ao erro por meio do qual é retirado da parte a chance de ter uma recuperação mais rápida e plena, como neste caso, em que o erro de diagnóstico retirou da parte a chance de ter a sua enfermidade um diagnóstico precoce e um conseqüente tratamento mais brando e eficiente, estando, assim, a perda de uma

220 BRASIL. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0132233-75.2008.8.19.0001**. Sétima Câmara Cível. Relator Des. André Ribeiro. Data do julgamento 17 de agosto de 2011.

chance relacionada ao retardo do diagnóstico, que só foi possível por meio de exames realizados em outra empresa.

Quanto à perda de uma chance por falha na informação, ressalta Grácia Cristina Moreira do Rosário que decorre da obrigação de informar o paciente, que se faz cada vez mais presente, já que cabe ao médico a obrigação de informação sobre os riscos dos atos médicos diagnósticos já que o médico não pode omitir informações ao doente quando o seu silêncio puder acarretar consequências sobre a saúde, ou quando a sua abstenção privar o paciente de uma possibilidade de escolha sobre o tratamento ou a operação²²¹.

O dever de informação encontra positividade no ordenamento jurídico não apenas no Código Civil vigente, como também no Código de Defesa do Consumidor quando está relacionado às relações de consumo, encontrando guarida nos artigos 6º, 31, 46 e 51, o que é aplicável à relação médico paciente, uma vez que esta é uma relação de consumo, mesmo nos casos em que é uma obrigação de meio, que é a regra geral, e não de resultado²²².

Este resulta do princípio da boa-fé objetiva, que encontra previsão nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002, que ao incidir nas relações obrigacionais, tem como um dos seus efeitos o surgimento de deveres anexos à obrigação principal, dentre os quais os deveres de colaboração, lealdade e respeito às perspectivas legítimas da outra parte, dos quais decorre o dever de informação do médico e da instituição hospitalar²²³.

De uma forma geral, a obrigação de informação faz referência aos riscos dos atos médicos, diagnósticos ou terapêuticos, que cabem ao médico, juntamente com a comprovação de que a informação foi bem passada, pois esta deve ser exaustiva, incluindo o conjunto de riscos, qualquer que seja a sua frequência, desde o momento em que se torne risco grave²²⁴.

Podem ser classificadas como informação-lealdade e informação-colaboração. A primeira espécie diz respeito ao dever que o médico tem de esclarecer ao paciente de todos os riscos do tratamento e do procedimento ao qual este será submetido, apresentando, desta forma, as implicações possíveis, efeitos colaterais, assim como o seu respectivo custo financeiro, quando este for o caso²²⁵.

221 ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. A perda de cura na responsabilidade médica. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v.11, n°43º, 2008.

222 MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n.63, 2007.

223 MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n.63, 2007.

224 ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira, A perda de cura na responsabilidade médica, **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v.11, n°43º, 2008.

225 MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n.63, 2007.

O dever de informação-colaboração está relacionado com as informações a serem prestadas visando o restabelecimento do paciente, as providências a serem tomadas durante o tratamento para que seja obtido o melhor resultado possível, os cuidados pós-operatórios, dentre outras informações relevantes²²⁶.

O conteúdo do dever de informação do médico compreende todas as informações necessárias e suficientes para o pleno esclarecimento do paciente quanto aos aspectos relevantes para formação de sua decisão de submeter-se ao procedimento, assim como sobre seus riscos, e as consequências do tratamento ou do procedimento a ser realizado, o que inclui o momento posterior a estes²²⁷.

Na aplicação da teoria da perda de uma chance na modalidade que decorre da falta de informação o que deve ser observado é se a informação que foi omitida levaria a escolha diversa da que foi tomada, e que desta nova escolha resultaria um resultado favorável, sendo diverso do que foi experimentado pela parte. Somente nestes casos deve ser imputado o dever de reparar por perda de uma chance.

3.3 CLASSIFICAÇÃO DO DANO

Até o momento restou definido o que vem a ser a chance, e que a perda desta apresenta os contornos necessários para ser visto como um dano que pode ser objeto de reparação por meio da responsabilidade civil, mas para determinar o modo como deve ocorrer essa reparação as definições que foram feitas não bastam, pois a classificação deste dano como dano emergente ou lucros cessantes e dano patrimonial e extrapatrimonial em muito influencia na forma em que deve ocorrer este dano.

Para concluir a definição da perda de uma chance teremos que apresentar algumas das classificações de dano, quais sejam, a dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais e de danos em emergente e lucros cessantes.

Ressaltamos que embora parte significativa da doutrina, conforme restará demonstrado, apresente a divisão do dano em emergente e lucro cessante como uma exclusividade do campo dos danos patrimoniais, esta também pode existir no caso do dano

226 *Ibidem.*

227 *Ibidem.*

extrapatrimonial, sendo por tal motivo que esta será apresentada como uma classificação geral²²⁸.

3.3.1 Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais

A classificação dos danos quanto a patrimoniais e extrapatrimoniais encontra na doutrina diversas denominações, como no caso do primeiro deles como danos materiais, e dos extrapatrimoniais como danos morais, não-patrimoniais ou dano imateriais.

Esta leva em conta não apenas o bem jurídico tutelado lesionado, que consiste no que busca reparação por meio da responsabilidade civil – se diante de um bem auferível pecuniariamente ou se outros bens que não apresentam esta característica, como os direitos da personalidade – mas sim as consequências dessa lesão, como esta é experimentada pela vítima.

José de Aguiar Dias afirma que a distinção existente entre o dano moral e patrimonial não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas sim do efeito desta lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. Sendo possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material, e que a inestimabilidade do bem lesado, mesmo que constitua em regra a essência do bem moral, não é critério definitivo para a distinção entre estas duas espécies de dano²²⁹.

Maria Helena Diniz afirma que na distinção entre o dano patrimonial e extrapatrimonial o critério não poderá ser o da natureza ou índole do direito subjetivo atingido, dispondo²³⁰:

228 SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

[...] dano emergente e lucro cessante – aplicado no campo do dano patrimonial, mas que pode existir no dano puramente moral, diz-se que o dano é emergente quando o prejuízo, efetivamente aconteceu. É a diminuição, do ponto de vista econômico, do patrimônio do sujeito. Lucro cessante, segundo entendimento aceito, é aquilo que o sujeito deixou de ganhar. É o ganho que a vítima deixou de perceber em razão do dano. (p. 79).

229 A mesma ressalva é apresentada por JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, no sentido de que deve observar-se que a ofensa de bens de personalidade pode provocar também danos patrimoniais e, por isso, não é possível distinguir entre estes e os danos morais apenas em função dos direitos ofendidos.

230 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88.

Logo, nada obsta a coexistência de ambos os interesses como pressupostos de um mesmo direito, portanto o dano poderá lesar interesse patrimonial ou extrapatrimonial. Deveras, o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois do prejuízo causado a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material. Realmente, poderá até mesmo suceder que, da violação de determinado direito, resultem ao mesmo tempo lesões de natureza moral e patrimonial.

A importância desta classificação decorre das diferenças existentes entre eles influenciar até na forma como é reparado, se por meio natural, por indenização ou compensação.

Por fim, a análise das espécies de danos existentes é necessária para, a partir das características apresentadas para cada uma delas, tornar possível o enquadramento do dano da perda de uma chance como uma espécie de dano patrimonial ou como dano extrapatrimonial, ou concluir que esta inaugura uma nova espécie de dano com características próprias.

3.3.1.1 Danos Patrimoniais

Dentro da classificação dos danos enquanto patrimoniais e extrapatrimoniais, o patrimonial foi o primeiro deles a ter assegurada a sua reparação, o que decorre de sua principal característica ser a sua avaliação em dinheiro.

Paulo Roberto Ribeiro Nalin diz que os bens jurídicos tutelados que vêm a sofrer o dano têm possibilidade de avaliação direta, por moeda, sendo este o sinal inafastável de sua patrimonialidade e conseqüente localização dentro da espécie de dano material, sendo interno ao dano patrimonial a suscetibilidade de avaliação econômica ou material, pela violação de sua essência ou privação de uso, com vedação de sua exploração econômica²³¹.

Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério de distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter se sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem material, ou em dano patrimonial indireto, que decorre do evento que lesa direito extrapatrimonial, como, p. ex., direito à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial, como incapacidade para o trabalho, despesas com tratamento.

231 NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial**. Curitiba: Juruá, 1996.

Quanto ao que é perdido pela vítima, Marcelo Silva Brito²³² apresenta o dano patrimonial como aquele que consiste na lesão causada ao patrimônio da vítima, que acarreta na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertenciam, sendo suscetível de qualificação pecuniária e de indenização pelo responsável. Sérgio Severo²³³ o apresenta como o que repercute, direta ou indiretamente, sobre o patrimônio da vítima, reduzindo-o de forma determinável, gerando uma menos-valia, que deve ser indenizado para que se reconduza o patrimônio ao status quo ante, seja por meio de uma reposição in natura ou por equivalência pecuniária.

Ademais, levando em conta que destes podem decorrer tanto dano emergente como lucros cessantes, o dano patrimonial é composto pelo que foi efetivamente perdido pela vítima, como um bem que foi destruído, gastos hospitalares, juntamente com o que a parte lesionada deixou de ganhar, como pro labore que não é auferido.

O dano patrimonial implica uma diminuição de patrimônio²³⁴, que deve ser considerado como a pluralidade concreta de bens economicamente valiosos, o que significa que o patrimônio de alguém foi efetivamente prejudicado, o que pode ocorrer de duas formas, quais sejam: “a) sofrendo efetiva diminuição (dano positivo ou *damnum emergens*); ou b) provindo-o de valores que seriam incorporados se a ação de outrem não houvesse criado o obstáculo ao ganho (dano negativo ou lucro cessante)”²³⁵.

Desta forma, tendo em vista que a classificação do dano em patrimonial e extrapatrimonial decorre da forma como o dano é experimentado pela vítima, no caso dos

232 BRITO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Novos nomes do direito civil**. Vol. 1, Salvador, 2004.

233 SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

234 NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil: Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial**. Curitiba: Juruá, 1996.

[...] na diminuição patrimonial obrigatória para se caracterizar o dano patrimonial extrai-se o princípio segundo o qual o dano só tem relevância jurídica como fato consumado, isto é, como resultado final de um processo cujas circunstâncias benéficas (atenuantes) ou prejudiciais (agravante) foram levados em conta. Essa ideia corresponde exatamente à expressão *compensatio lucri cum damno* (compensação do lucro com o dano), que é usado em matéria de responsabilidade civil, quando o autor do dano pretende diminuir a indenização que tem de pagar, sob a alegação de que o fato trouxe, por sua vez, a oportunidade, para a vítima ou a família, de obter a vantagem pecuniária que não ocorreria sem o evento. Em outras palavras, a expressão *compensation lucri cum damno* refere-se ao instituto da compensação de vantagens que é aplicado quando por um dano ficaria em situações, pelo reparo, do que antes que ele ocorresse. Nestas condições, deve compensar a vantagem que resulta diretamente do dano, com a indenização que lhe é devida, e que não constitui proveito para o responsável por ele (p. 33).

235 SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

danos patrimoniais esta reflete no patrimônio, não apenas com a sua diminuição, mas sim com a retirada da possibilidade do seu acréscimo.

3.3.1.2 Danos Extrapatrimoniais

Juntamente com o dano patrimonial está inserida nesta classificação outra espécie de dano que é o extrapatrimonial, que, embora a doutrina e jurisprudência pátria tenham passado por fases em que negavam a sua reparação, usando, para isso, diversas alegações, dentre as quais inclui a própria imoralidade de tal forma de reparação, hoje resta pacificado o entendimento de que esta espécie de dano deve ser reparada de forma integral, sendo, ainda, cumulável com outras espécies de dano²³⁶.

Na busca da definição da espécie de dano ao qual pertencem os danos decorrentes da perda de uma chance, passaremos pela análise de alguns pontos acerca desta espécie de dano, sendo este o caminho percorrido até a sua aceitação, levando em conta que as mesmas dificuldades são, em certo ponto, vivenciadas pela teoria da perda de uma chance, além do bem jurídico tutelado que é lesionado no caso dos danos extrapatrimoniais, para saber se dentre estes não se inclui a chance.

3.3.1.2.1 Da Irreparabilidade até a sua Plena Aceitação

Durante um longo tempo se questionou sobre a possibilidade da reparação dos danos morais por intermédio da responsabilidade civil, e muitos doutrinadores apresentavam diversos motivos para basear a sua irreparabilidade, sendo que estas formas de oposição podem ser divididas em três grupos, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira²³⁷.

A primeira das formas de oposição é composta pelos que combatiam qualquer tipo de reparação desta espécie de dano, apresentando como argumento para a defesa deste

236 Tal entendimento resta consolidado no Superior Tribunal de Justiça, conforme estabelecido na Súmula de nº 37, onde se lê “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, e de nº387, que prevê: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

237 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

entendimento que o sofrimento não pode ser indenizado, sob pena de estabelecer o pagamento da dor, o que seria imoral.

A segunda espécie de oposição é composta pelos que somente aceitavam a reparação desta espécie de dano quando repercutia no patrimônio do lesado, o que seria a própria negação da sua reparação. Enquanto que a terceira delas é a dos que admitiam a reparação dos danos morais, mas apenas em tese, pois negavam o seu amparo efetivo sobre a alegação de falta de um princípio geral que desse acolhida a esta espécie de dano²³⁸.

Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge²³⁹ apresenta os quatro principais argumentos que eram levantados pela doutrina portuguesa contra a reparação deste tipo de dano juntamente com os contra-argumentos, o que se aplica perfeitamente ao direito brasileiro.

O primeiro deles é que seria imoral reparar com uma pretensão pecuniária a frustração de bens da personalidade, que nada pode pagar. Contra este se alegava que a invocada imoralidade não existe, sendo mais imoral não proporcionar ao lesado esta compensação quando da lesão adviessem danos morais ou estes fossem de muito mais intensidade do que os patrimoniais.

O segundo argumento seria que esta espécie de dano, por definição, é insusceptível de avaliação pecuniária, pelo que é impossível determinar-lhe o valor e, conseqüentemente, calcular a indenização, sendo até impossível determinar quem tem direito a tal indenização. Contra este o autor ressalta que a impossibilidade de determinar o valor da reparação não é obstáculo intransponível, pois o juiz irá fixar segundo o seu prudente arbítrio.

Quanto ao exposto, vale destacar a posição de Wilson Melo da Silva, de que mesmo na hipótese do no dano moral a reparação se torne um tanto quanto dificultosa, não poderíamos negar-lhe reparação por tal motivo. Alegando, ainda, que seria ilógico, absurdo e até mesmo antijurídico que uma dificuldade de ordem material contribuísse para uma injustiça²⁴⁰.

O terceiro argumento leva em conta as considerações anteriormente apresentadas contra a reparação dos danos morais para concluir que esta pretensa reparação a admitir-se nunca poderia integrar-se na função da responsabilidade civil, pois traduzia, na realidade, na aplicação de uma pena privada. O que é rebatido pela afirmação de que diversos diplomas

238 *Idem*.

239 JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: livraria Almedina, 1999.

240 SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

legais posteriores vieram a estabelecer amplamente o ressarcimento dos danos morais, destacando, no caso português, o previsto na Constituição Portuguesa, no nº 17 do Artigo 8º.

Flaviana Rampazzo Soares²⁴¹, quanto aos obstáculos enfrentados para o reconhecimento da possibilidade de indenização por danos imateriais, destaca que estes decorreriam de algumas premissas, a primeira delas é a dificuldade de comprovação desta espécie de dano, seguida por tais danos já serem sancionados na esfera de direito público, mas precisamente pelo direito penal, através da iniciativa do Estado.

A terceira delas é que não se imaginava que os danos constituídos, por exemplo, pela “dor”, pudessem ser avaliados pecuniariamente e protegidos na esfera civil pelo Estado, e, por fim, porque o arquétipo econômico (renda e patrimônio material) sempre norteou as normas jurídicas, então vigentes, o que criava obstáculos para uma interpretação que contemplasse a proteção aos danos não patrimoniais, nestes termos enquanto “as ofensas a bens materiais, sendo estas com expressão econômica imediata, poderiam gerar indenização, consubstanciada, em última análise, por dinheiro, que é a concretização de uma expressão econômica”; já as “ofensas a bens imateriais, sem expressão econômica imediata, poderiam gerar uma consequência de natureza penal, também sem expressão econômica imediata”²⁴².

No direito brasileiro, muito antes de qualquer dispositivo legal que garantisse a reparação dos danos morais, uma parte da doutrina já apresentavam argumentos sólidos na defesa deste posicionamento, a exemplo de Pontes de Miranda²⁴³, que afirma:

Hemos de afirmar a ressarcibilidade do dano não-patrimonial, a despeito de haver opiniões que reputam repugnantes à razão, ou ao sentimento, ressarcir-se em dinheiro o que consistiu em dano à honra, ou à integridade física. Nada obsta a que se transfira ao lesado, como algum dano não-patrimonial, a propriedade de bem patrimonial, para que se cubra com utilidade econômica o que se lesou na dimensão moral (=não-patrimonial). Se se nega a estimabilidade patrimonial do dano não-patrimonial cai-se no absurdo da não indenizabilidade do dano não-patrimonial; portanto, deixar-se-ia ressarcível o que precisaria ser indenizado. Mais contra a razão ou sentimento seria ter-se como ressarcível o que tão fundo feriu o ser humano, que há de considerar o interesse moral e intelectual acima do interesse econômico, porque se trata de ser humana. A reparação pecuniária é um caminho; se não se tomou esse caminho, pré-elimina-se a tutela dos interesses mais relevantes. Não só no campo de direito penal se deve reagir a ofensa à honra, à integridade física e moral, a reputação e a tranquilidade psíquica²⁴⁴.

241 SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

242 *Ibidem*

243 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. PARTE ESPECIAL. TOMO LIII 3. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1966.

244 Neste sentido, vale apresentar as considerações de LYRA, Afranio. **Responsabilidade civil**. Bahia, 1977.

E outras coisas não fazem os moralistas de gabinete, quando se opõem à ressarcibilidade do dano moral, senão exacerbar a significação do dano em benefício do danador. Essa exacerbação é feita sob o fundamento de que seria imoral

A Constituição Federal de 1988 foi o que realmente pôs fim a tal discussão²⁴⁵ ao prever de forma expressa a possibilidade de reparação dos danos morais no Artigo 5º, tanto no inciso V quanto no X, o que foi seguido pelo Código Civil, que, no artigo 186, estabelece que o dano provocado pelo ato ilícito pode ser o exclusivamente moral.

Desta forma, foi longo o caminho até restar consolidada a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, a começar pela total negação deste tipo de dano, passando pela fase em que a doutrina começou a tender para a aceitação deste dano e, embora alguns argumentos contra este ainda existissem, dentre os quais a imoralidade de sua reparação, até a sua plena aceitação, com a Constituição Federal, por meio da qual restou consolidado o posicionamento crescente de plena reparação do dano extrapatrimonial.

Estas mudanças de perspectivas estão inseridas dentre os reflexos da mudança dos papéis do lesado e do lesante no sistema de responsabilidade civil, com a proteção do primeiro deles, que, já em meados do século XX, passou a desempenhar a função de protagonista da relação jurídica que se instaurava por conta do evento danoso²⁴⁶.

3.3.2.2.2 O Que Merece Reparação nos Danos Extrapatrimoniais

Parte da doutrina considera como dano moral a dor experimentada pela vítima, dentre outros sentimentos negativos, a exemplo de José de Aguiar Dias²⁴⁷, que, ao apresentar a diferença entre o dano patrimonial e moral, a identifica no conteúdo do dano moral, que não seria nem o dinheiro nem coisa comercialmente reduzível em dinheiro, como acontece no caso

compensar a dor com dinheiro. Não seria imoral, segundo o raciocínio de tais moralistas, premiar o causador do dano com a exoneração que põe a salvo o seu patrimônio. Não cremos, sinceramente não cremos que possa haver moralidade numa tese que se põe nestes termos: o dano é grande demais e, por isso, a reparação é impossível; sendo impossível a reparação, deixamos o causador do dano livre da responsabilidade – exoneremo-lo da obrigação de indenizar. (p.120).

245 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

A Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. A oposição, baseada na ausência de um princípio geral, desaparece. Não importa que a enumeração constitucional seja casuística. O que se deve entender é que é meramente exemplificativa. Cabe à lei ordinária, bem como à jurisprudência, na sua interpretação constitucional, ampliar o seu contexto, e estender a sua abrangência aonde a levar, no seu entendimento. Obrigatório para legislador e para o juiz, o princípio da reparação do dano moral já é uma conquista definitiva do direito civil, no fim do século. (p.128).

246 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Dano à pessoa humana – uma Leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

247 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. Vol I.

dos danos patrimoniais, mas sim sentimentos negativos experimentados pela vítima, como a dor, o espanto, a vergonha, a injúria física ou moral²⁴⁸.

No mesmo sentido, Luís Ricardo Fernandes de Carvalho define os danos morais como toda e qualquer aflição sofrida pelo espírito humano, ou seja, todo tormento, agonia, desassossego, inquietação, entre outros. Consistindo, para o autor, “qualquer alteração no estado de espírito que cause um sofrimento de perda do bem-estar, da dignidade”²⁴⁹.

Parte da doutrina apresenta a distinção entre os danos e as espécies de dano em destaque, como a decorrente do bem jurídico lesado, limitando a definição de danos morais àqueles que decorrem da violação dos direitos da personalidade²⁵⁰ ou dos interesses sem expressão econômica²⁵¹.

A definição desta espécie de dano como violação dos direitos da personalidade não se demonstra completa, já que em muitos casos o que é reparado é o próprio resultado da conduta lesiva, que consiste na dor, não estando presente a violação a qualquer dos direitos da personalidade, como no caso de reparação de dano extrapatrimonial em face da dor morte de um filho. Como no caso do Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual foi mantida decisão que concedeu reparação por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em decorrência da dor e sofrimento do pai que perdeu um filho, conforme ementa²⁵²:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - HOMICÍDIO DE FILHO NAS DEPENDÊNCIAS DE CLUBE - BRIGA E AGRESSÃO - ANTECEDENTES - DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO DE SEGURANÇA E DE VIGILÂNCIA - RESPONSABILIDADE CIVIL - CONFIGURAÇÃO - ARBITRAMENTO DE VALOR - CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, PROPORÇÃO E RAZOABILIDADE - REDUÇÃO - NÃO CABIMENTO - RECURSO NÃO PROVIDO. - A morte de filho por homicídio decorrente de briga nas dependências de clube recreativo enseja grande dor e sofrimento ao pai e obriga o ofensor a pagar indenização por danos morais. - O clube recreativo tem o dever de propiciar segurança e vigilância suficientes aos seus associados e convidados, cuja ineficiência gera responsabilidade civil de indenizar. - Comprovadas as agressões sofridas pela vítima que culminaram com sua morte e a ineficiência do serviço de segurança prestado pelo clube réu, evidente sua culpa, por omissão e negligência e a responsabilidade civil de indenizar pelo evento danoso. - Levando em conta as

248 No mesmo sentido ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.127: “Para nós, o conceito de dano moral está nos sentimentos, nos sofrimentos, oriundos da dor, que causa sulcos profundos na alma e no corpo, detectáveis por perícias e outras provas coadjuvantes, para que se apontem os derivativos, cujos custos são de obrigação do ofensor, condenado a pagá-los”.

249 CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. Indenização por danos morais- quantum. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, n.17, jan./mar., 2004.

250 A exemplo de MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos**. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1997; ASSIS, Araken. **Liquidação dos danos**. **Revista dos Tribunais** 759. ano 88. Jan., 1999.

251 Nesse sentido SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

252 BRASIL. Minas Gerais. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível. 1.0194.07.074914-9/001 (1)**. Relator Des. Márcio de Paoli Balbino. Data do julgamento: 04/11/2010. Data do julgamento: 01/12/2010.

circunstâncias do caso e ainda a concorrência de culpa da vítima, também agressora, o valor arbitrado, de 50 salários mínimos, não comporta nova redução já que está reduzido à metade do que comumente os Tribunais arbitram para os casos de óbito. - Recurso conhecido e não provido. (Grifos nossos).

Contudo não é sempre que o resultado da lesão se demonstra por meio de sentimentos negativos, como a dor²⁵³, destacando Sílvio de Salvo Venosa²⁵⁴ que não há como identificar o dano moral exclusivamente como a dor física ou psíquica, pois a atuação deste é também, e principalmente, dentro dos direitos da personalidade em geral, a exemplo do direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo, além de identificar como sendo o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Desta forma, não exclui a possibilidade de o dano moral decorrer de sentimentos negativos experimentados pela vítima, mas inclui a lesão aos direitos da personalidade.

Miguel Reale define espécie de dano como o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, no qual figuram a dor e sofrimento, que denomina de danos morais subjetivos, juntamente com aquele que “atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo a sua imagem”, que denomina de dano moral objetivo²⁵⁵.

Finalizando a nossa busca desta definição, ressaltamos o exposto por Maria Celina Bondin de Moraes, de que, no momento atual, a doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independente de prejuízo material, fere direito personalíssimo, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, a exemplo da liberdade, da honra, a atividade profissional, a reputação, entre outros. Mas que ainda será considerado moral o dano quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhações à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas²⁵⁶.

253 Nesse sentido BUAB, José D'Amico. A ação individual de responsabilidade e a reparação de danos patrimoniais e morais. In Bittar, Carlos Alberto (Coord). **Responsabilidade civil por danos a consumidores**. São Paulo: Saraiva, 1992:

Outro aspecto que deve ser mais bem analisado é o concernente à dor. Para muitos autores, a dor, seja ela física ou moral, é elemento conceitual de caráter essencial, imprescindível. Daí defluiria a conclusão de que, se não há dor, não se configura o dano moral. Data *maxima venia*, tal assertiva não pode prosperar. Não consideramos o sofrimento, físico ou moral, elemento conceitual impreterível do dano moral. Quando muito, é elemento circunstancial ou acidental só exigível no que se refere à pessoa física. (p. 82).

254 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil. Responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

255 REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: **"Temas de Direito Positivo"**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

256 MORAES, Maria Celina Bondin de. **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

O motivo pela escolha da expressão “dano extrapatrimonial”, embora a expressão prevista na legislação e utilizada por meio parte da doutrina e jurisprudência seja a de “dano moral”, e além encontrar na doutrina entendimento no sentido de que teriam o mesmo sentido as expressões dano moral, não patrimonial e extrapatrimonial, a exemplo R. Limongi França²⁵⁷, resulta de reconhecer que esta espécie de dano está relacionada não apenas à dor ou outro sentimento negativo experimentado pela vítima, como, também, à violação a sua personalidade, dentre outros, seguindo o entendimento de Judith Martins-Costa²⁵⁸:

Entendo efetivamente que, sendo mais ampla, a expressão “danos extrapatrimoniais” inclui, como subespécies, os danos à pessoa, ou à personalidade, constituídos pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou dano à integridade psicofísica, inclusos os “danos ao projeto de vida”, e ao “livre desenvolvimento da personalidade, os danos à vida de relação, inclusive o “prejuízo de afeição” e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais²⁵⁹.

Desta forma, conforme exposto por Paulo Roberto Ribeiro Nalin²⁶⁰, a terminologia dano moral, mesmo sendo a consagrada pela doutrina e jurisprudência, não tem a mesma abrangência da expressão dano extrapatrimonial, sendo mais adequada a utilização desta última por englobar não somente os bens de ordem moral, enquadrando-se em seu conteúdo os bens da incolumidade física e psíquica, a produção intelectual, dentre outros.

Por fim, devemos levar em conta que dentro dessa visão de danos extrapatrimoniais, como a que inclui na reparação o sofrimento experimentado pela vítima, não é toda a aflição humana que pode ser considerada como essa espécie de dano, mas apenas quando o sentimento experimentado seja tal que cause à vítima dissabor, além daqueles

257 FRANÇA, R. Limongi. Reparação do dano moral. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v.77, n.631, 1988.

258 MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *In: A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 426-427.

259 id. **Comentários ao novo Código Civil, v. V, Tomo II: Do inadimplemento das obrigações**, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Nesta obra, ao comentar o artigo 186 do Código Civil de 2002, destacando que foi infelizmente mantida a denominação “dano moral” nesta cláusula geral, dispõe em nota que: “Afirmamos que “infelizmente” a designação “dano moral” foi mantida, ao invés de adotar-se a mais ampla expressão “danos extrapatrimoniais”, porque a locução pode se prestar a enganos, confundindo o dano com eventual “dor”, além de aplasmar, num mesmo molde, numerosíssima tipologia, dificultando a visualização da multiplicidade de aspectos que o dano à esfera existencial pode acarretar. A tipologia danos à pessoa, ou à personalidade, por sua vez, deve discernir entre aqueles constituídos pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, os danos à integridade psicofísica (danos físicos, psíquicos, estéticos), inclusos os “danos ao projeto de vida”, e ao “livre desenvolvimento da personalidade”, os danos à vida de relação, inclusive o “prejuízo de afeição” e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais”.

260 NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil: Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 97.

ordinariamente sofridos pelo homem. Devendo ser levado em conta que os indivíduos que vivem em sociedade estão sujeitos a diversos dissabores que fazem parte da convivência humana e que, mesmo que lhe tragam incômodo, não podem ser tidos como indenizáveis²⁶¹, sendo inserido como dano extrapatrimonial quando supera essa barreira do mero aborrecimento. Destacando Salomão Resedá²⁶² que:

Para a configuração do dano moral não é preciso que seja comprovada a lesão, mas a simples situação na qual esteja envolvida a vítima já é suficiente para configurar a sua existência. Em contrapartida, na sua análise, também deve ser observada a distinção entre o dano propriamente dito e o mero aborrecimento. Somente com a reunião destes dois requisitos é que será esculpida diante do julgador a figura da agressão a direitos não-patrimoniais, ensejando, por sua vez, o direito à respectiva prestação pecuniária devida.

Como afirma Maria Celina Bondin de Moraes, os tribunais, “já de algum tempo, vêm tentando impedir que meros aborrecimentos do cotidiano passem a ser catalogados como geradores de dano moral, principalmente quando facilmente contornáveis por vias patrimoniais”, a exemplo de decisão do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, que data de 1955, na qual este buscava afastar a hipótese de indenizar, a título de danos morais, o proprietário de veículo por uma simples avaria²⁶³. O que pode ser visto na decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - INEXISTÊNCIA - MERO ABORRECIMENTO - EXISTÊNCIA - OBRIGAÇÃO DE PAGAR A INDENIZAÇÃO. - Não configura dano moral mero aborrecimento decorrente do descumprimento contratual, sendo necessário, para que surja o direito à compensação, que haja intenso abalo psicológico ou à imagem, capaz de agredir a honra e o conceito profissional do apelante. - Mero dissabor não é objeto de tutela pela ordem jurídica. Do contrário, estaríamos diante da banalização do instituto da reparabilidade do dano extrapatrimonial, que teria como resultado prático uma corrida desenfreada ao Poder Judiciário, impulsionada pela possibilidade de locupletamento à custa de aborrecimentos do cotidiano. - Aborrecimentos entre condôminos são inerentes à vida em sociedade e se situam dentro dos limites do razoável, do tolerável pelo homem médio. (Grifo nosso). (**Apelação Cível nº**

261 CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. Indenização por danos morais - quantum. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, n.17, jan./mar., 2004.

262 RESEDÁ, Salomão. Nem tudo que reluz é ouro: do mero aborrecimento ao dano moral. *In*: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; Castro, Celso Luiz Braga de; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Novas perspectivas do direito privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 327-347.

263 MORAES, Maria Celina Bondin de. **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Quanto à jurisprudência citada pelo autor, é da 3ª Câmara, Ap. Cív. 5.340/95, Rel Des. Dauro Ignacio da Silva Julgado em 27/11/1995, data de publicação 03/03/1996. E trecho citado: “colisão de veículos. Dano Moral. Inocorrência. Diária de Locomoção. Pedido de reparação por alegado dano moral que, sem dúvida, incorreu, já que um mero amassamento na saia traseira de um automóvel jamais poderia representar uma reparação consistente em 4 (quatro) salários mínimos, diários, em favor do autor, em período contado desde dia “anterior” ao acidente até o trânsito em julgador da sentença, como expressamente postulado pelo autor”.

1.0313.04.131146-2/001(1) - Comarca de Ipatinga - 13ª Câmara Cível do TJMG - Relator Des. Elpídio Domizetti - Data do julgamento: 05/10/2006). (Grifos nossos).

Nesta resta clara a impossibilidade de serem reparados, a título de danos extrapatrimoniais, os meros dessabores experimentados pela vítima, entendimento este que também se encontra presente em outros julgados do mesmo Tribunal, a exemplo do Agravo de Instrumento nº 1.0439.05.039643-1/001, Apelação Cível nº 2.0000.00.480156-9/000(1), Apelação Cível nº 2.0000.00.495205-0/000(1) e Apelação Cível nº 2.0000.00.460168-3/000(1).

Do mesmo entendimento é a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme ementa que segue, além de outros julgados, a exemplo das Apelações 0007662-16.2009.8.26.0223, 0001304-85.2009.8.26.0562, 9095857.47.2009.8.26.0000 e 0167799-16.2010.8.26.0100:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Matéria de fato demonstrada por meio de prova documental - Julgamento antecipado cabível - Nulidade da sentença inexistente - Preliminar rejeitada. INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - Responsabilidade Civil - Cheque compensado por valor superior ao constante da cártula - Restituição, pelo banco, da diferença a maior e das taxas cobradas indevidamente - Inocorrência de abalo de crédito e tampouco de lesão à honra objetiva e subjetiva do correntista - Inexistência de dano moral indenizável em razão de transtornos, perturbações ou aborrecimentos que as pessoas sofrem no seu dia a dia, frequentes na vida de qualquer indivíduo - Ação improcedente - Recurso não provido. (**Apelação Cível nº 9107267-68.2006.8.26.000** - Comarca de Marília - 24ª Câmara de Direito Privado do TJSP - Relator Des. Plínio Novaes de Andrade Júnior - Data do Julgamento: 04/08/2011). (Grifos nossos).

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul também encontramos decisão em tal sentido, valendo ressaltar o voto do Desembargado Romeu Marques Ribeiro Filho na Apelação Cível de nº 70038084646²⁶⁴, cujas considerações refletem bem tal necessidade:

Para a caracterização do dano moral, impõe-se seja a vítima do ilícito abalroada por uma situação tal que impinja verdadeira dor e sofrimento, sentimento esses capazes de incutir-lhe transtornos psicológicos de grau relevante ou, no mínimo, abalo que exceda a normalidade. O vexame, humilhação ou frustração devem interferir de forma intensa no âmago do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Desta forma, visando não banalizar a reparação por danos extrapatrimoniais de uma forma geral, tais considerações devem ser levadas em conta, devendo existir um dano que

²⁶⁴ BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70038084646**. Quinta Câmara Cível. Comarca de Santa Rosa. Relator Des. Romeu Marques Ribeiro Filho. Data do julgamento 29/09/2010.

supere os aborrecimentos normais do dia a dia, daqueles que são um das consequências normais da convivência em sociedade, para que o mesmo possa ser reparado a título de danos extrapatrimoniais.

3.3.2 Danos Emergentes e Lucros Cessantes

A segunda classificação do dano é a que leva em conta os efeitos que a lesão provocou no patrimônio da vítima, e desta decorre a sua divisão em danos emergentes e lucros cessantes, como expõe Judith Martins-Costa:

O teor do art. 402, as perdas e danos abrangem, além do que o credor efetivamente perdeu, o que ele razoavelmente deixou de ganhar. Estas duas facetas do dano são traduzidas pelas expressões “dano emergente” e “lucro cessante”. É que, constituindo uma diminuição do patrimônio e efetiva lesão a interesse jurídico, o dano provoca no patrimônio de quem o sofre uma dupla ordem de efeitos²⁶⁵.

As distinções existentes entre duas espécies, além de encontrar previsão no artigo 402 do Código Civil de 2002 quando este estabelece que as perdas e danos compreendem não apenas o que foi efetivamente perdido, como o que razoavelmente deixou de lucrar, também encontrava previsão no Código Civil de 1916, sendo esta no artigo 1059.

Quanto ao dano emergente, nos dizeres de Sílvio de Salvo Venosa, é o que mais se realça à primeira vista, e se traduz em uma diminuição do patrimônio, uma perda por parte da vítima, sendo, geralmente, na prática, o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos²⁶⁶.

Quanto aos lucros cessantes, este destaca, partindo da previsão legal de “o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar”, que se trata de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada, e que, nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. Ressalta, ainda, que o termo razoável posto na lei lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro²⁶⁷.

265 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, v. V, Tomo II:** do inadimplemento das obrigações. Teixeira, Sílvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 325.

266 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

267 *Ibidem*.

Para Judith Martins-Costa, o dano emergente não se limita à perda ocasionada no patrimônio do lesado, na diminuição do ativo, sendo também o aumento do passivo, “a ausência de ganhos da qual se ressente o lesado pelo efeito do dano injusto”. Concluindo a autora que integram a ideia de dano emergente tanto a diminuição do ativo como o aumento do passivo²⁶⁸. Quanto ao lucro cessante, afirma que representa aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, sendo a diminuição potencial do patrimônio causada pelo inadimplemento da contraparte. Extraíndo do artigo 1127 do Código Civil francês a definição de lucros cessantes como “ganhos de que o credor ficou privado”²⁶⁹.

Uma importante distinção entre os danos emergentes e os lucros cessantes é que enquanto no primeiro este tipo de dano é classificado como atual, já que a sua configuração se dá no momento da conduta lesiva, enquanto os lucros cessantes são classificados como futuros, pois estes ainda não foram verificados, sendo uma projeção dos ganhos futuros, cuja aferição por parte do lesado foi impedida em decorrência da conduta.

O que pode ser visto no exposto por Daniela Luiz do Nascimento França, que dispõe que a doutrina moderna divide o dano material em dano emergente e lucro cessante, sendo que o primeiro deles é aquele de imediata aferição, decorrente de conduta do agente, que pode ser culposa ou não, e que a qualificação desta será, via de regra, a diferença verificada no patrimônio da vítima. Enquanto o lucro cessante decorre quando o ato praticado pelo agente afeta também um bem ou interesse futuro, que ainda não pertence à vítima²⁷⁰.

Destacamos, ainda, as distinções entre essas duas espécies apresentada por Ludovica Coda²⁷¹, sendo a primeira destas que enquanto o dano emergente se subtrai, destrói ou reduz bem ou utilidade já existente no patrimônio da vítima, no caso dos lucros cessantes reste inalterado o patrimônio desta, mas lhe impede de conseguir a utilidade que certamente haveria conseguido caso ausente o evento danoso. Já a outra distinção apresentada é quanto à natureza do bem que restou atingido, pois no caso do dano emergente este é presente, no lucro cessante ele é futuro.

268 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, v. V, Tomo II:** do inadimplemento das obrigações. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 325.

269 *Ibidem*, p. 328.

270 FRANÇA, Daniel Luiz do Nascimento. Dano moral – necessidade da prova do prejuízo para configuração da responsabilidade civil. **Revista de Direito Privado**. Ano 05, n.19, jul/set de 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais.

271 CODA, Ludovica. **La perdita di chance com particolare riguardo alla responsabilità professionale dell'avvocato**. Disponível em: <www.tesisonline.com>. Acesso em: 30 nov. 2011.

Quanto aos lucros cessantes, podemos encontrar uma definição dos limites deste em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1110417²⁷², cuja relatora foi a Ministra Maria Isabel Gallotti, no qual se discute a decisão que homologou os cálculos referentes aos lucros cessantes em face de decisão transitada em julgado que condenou a empresa responsável por um caminhão tanque, no qual foi iniciado incêndio que destruiu todas as instalações de um posto, ao pagamento para a empresa responsável por este posto pelos danos emergentes e lucros cessantes sofridos.

A decisão que homologou os cálculos foi contestada em face de dois motivos, tendo como primeiro deles que neste consta, a título de lucros cessantes, o período que compreende desde a ocorrência do dano até a data da elaboração do laudo, embora tenha ficado comprovado que a empresa responsável pelo posto não retornou às suas atividades após o incêndio, tendo alienado o terreno no qual este funcionava para uma sociedade totalmente distinta. Já o segundo é por não ter sido excluído deste valor deferido a título de lucros cessantes as despesas operacionais e tributos.

Quanto ao primeiro ponto elencado, a Ministra Maria Isabel Gallotti apresenta em seu voto as seguintes considerações quanto aos limites dos lucros cessantes no caso em análise:

Lucros cessantes consistem naquilo que a parte deixou razoavelmente de lucrar, conforme estipulado no art. 402 do Código Civil. São, pois, devidos por um período certo, qual seja aquele em que a parte ficou impossibilitada de auferir lucros em decorrência do evento danoso, no caso, o período necessário para as obras de reconstrução do posto.

O entendimento do acórdão recorrido no sentido de que os lucros cessantes devem englobar período superior àquele em que o posto ficou sem utilização econômica em decorrência do incêndio e da imprescindível obra de reconstrução, estendendo-se por mais de uma década até a data da perícia, ofende o art. 402 do Código Civil.

272 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1110417/MA**, Rel Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (1145), órgão Julgador Quarta Turma, data do julgamento: 04/07/2011, Dje 28/04/2011. Ementa: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CÁLCULO DOS LUCROS CESSANTES. DESPESAS OPERACIONAIS. DEDUZIDAS. TERMO FINAL. ALIENAÇÃO DO BEM. 1. Para o atendimento do requisito do prequestionamento, não se faz necessária a menção literal dos dispositivos tidos por violados no acórdão recorrido, sendo suficiente que a questão federal tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem. Ausência de violação do art. 535, do CPC. 2. Lucros cessantes consistem naquilo que o lesado deixou razoavelmente de lucrar como consequência direta do evento danoso (Código Civil, art. 402). No caso de incêndio de estabelecimento comercial (posto de gasolina), são devidos pelo período de tempo necessário para as obras de reconstrução. A circunstância de a empresa ter optado por vender o imóvel onde funcionava o empreendimento, deixando de dedicar-se àquela atividade econômica, não justifica a extensão do período de cálculo dos lucros cessantes até a data da perícia. 3. A apuração dos lucros cessantes deve ser feita com a dedução de todas as despesas operacionais da empresa, inclusive tributos. 4. Recurso especial provido.

Quanto ao segundo motivo apresentado no recurso, a relatora afirma em seu voto que: “assiste razão também à recorrente quando alega que a apuração dos lucros cessantes deve ser feita deduzindo-se todas as despesas operacionais da empresa recorrida, inclusive tributos”.

Em face destes motivos, a decisão do STJ foi pelo provimento do recurso, anulando, assim, a decisão que homologou os cálculos e determinando o retorno dos autos à origem, devendo a nova perícia ser feita levando em conta para a delimitação dos lucros cessantes o período de tempo necessário para a reconstrução do posto e considerando apenas os lucros líquidos, com a dedução de todos os custos operacionais e tributários.

Destacamos a necessidade de uma comprovação cabal para a condenação em lucros cessantes, sendo esta relativa à comprovação dos valores que seriam auferidos caso não tivesse ocorrido o dano, como previsto no acórdão do Recurso Civil de nº 71002694438²⁷³, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁷⁴, em que estabelece o Desembargador Heleno Tregnago Saraiva:

É sabido que para o conhecimento de lucros cessantes é necessária a produção de prova cabal. Somente elementos objetivos, concretos, ou indícios veementes, dariam conformação à situação determinada, conferindo-lhe certeza, a partir da qual, então, se poderia tentar quantificar os danos infringidos.

A classificação apresentada dos danos em danos emergente e lucros cessantes não é exclusiva do direito brasileiro. Para ilustrar tal realidade, no que segue apresentamos tanto posição da doutrina quanto previsão legislativa encontradas na Espanha, Argentina e Itália.

Na Espanha o dano também vem tradicionalmente dividido entre dano emergente e lucro cessante, que são a reparação integral dos danos sofridos e dos ganhos deixados de obter pelo prejudicando. Esta fórmula ampla de reparação vem reconhecida pelo artigo 1106

273 BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado nº 71002694438**. Primeira Turma Recursal Cível. Comarca de Frederico Westphalen. Data do julgamento 30 de setembro de 2010.

274 Deste mesmo Tribunal vale também citar outra jurisprudência no mesmo sentido, seguindo a ementa: BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Recurso Cível nº71001291004. Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Des. Clovis Moacyr Mattana Ramos, Julgados em 23/05/2007. EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS (LUCROS CESSANTES) EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRELIMINAR DE DESERÇÃO AFASTADA. LUCROS CESSANTES. Ausência de prova cabal. para a condenação em lucros cessantes é necessária a comprovação; por meio de elementos indubitáveis, dos valores que a parte deixou de auferir durante o tempo em que o veículo ficou sem condições de ser utilizado. O que não ocorreu no presente caso. Litigância de má-fé não configurada. Sentença mantida pelos seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (Grifos nossos).

do Código Civil espanhol²⁷⁵, cuja aplicação tem lugar tanto em sede de responsabilidade contratual como na esfera extracontratual²⁷⁶.

Quanto aos lucros cessantes, afirma que este tem um significado claramente econômico, tratando da reparação das perdas de ganhos desejados de ser percebidos (presentes, potenciais e futuros).

Apresentamos a distinção destas, apresentada por Luis Pascual Estevill, que dispõe²⁷⁷:

A noção e diferenciação do dano positivo e lucros perdidos se extrai contemplação do evento prejudicial, em vez dos efeitos produzidos. Se desse evento subtrai da esfera do prejudicado os bens ou direitos que este possuía se fala produzido um caso de dano emergente. Enquanto aquele impeça que novos elementos ou novas utilidades sejam adquiridos ou desfrutados pelo prejudicado estará diante de uma situação de lucro cessante. A virtualidade jurídica de um e outro prejuízo é a que configura como obrigação legal do devedor de ressarcir ao credor os danos que a ele tenha causado, cujo dever é garantido pelo seu patrimônio e responde pela sua conduta. A extensão ou alcance é estabelecido pelo próprio artigo 1106 do Ordenamento Civil nosso, em concordância com os preceitos respectivos dos demais Códigos Continentais e da doutrina jurisprudencial, em sentenças, entre outras, de 6 de julho de 1903, 4 de julho de 1955 e 7 de outubro de 1966²⁷⁸.

No direito argentino o dano também é dividido em danos emergentes e lucros cessantes, sendo estas categorias recepcionadas desde a redação original do Código Civil argentino, tanto quanto faz referência, no campo contratual, a “*perdida que haya sufrido*” e a “*utilidad*” que se deseja perceber, conforme artigo 519²⁷⁹, e no campo extracontratual, quando

275 Artículo 1106. La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.

276 DOHRMANN, Klaus Albiez. *El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo*. **Revista de Derecho Privado**. Mayo de 1988. Madrid: Editoriales de Derechos Reunidas, 1988.

277 ESTEVILL, Luis Pascual. **La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual**. Tomo II, Volume 2. Parte Especial. Barcelona: Bosch, 1990.

278 No original: “*La noción y diferenciación del daño positivo e ganancias perdidas se extrae de la contemplación del evento perjudicial, a la vez que de los efectos que produce. Se dicho suceso sustrae de la esfera del perjudicado los bienes o derechos que éste poseo se habrá producido un caso de daño emergente. Em cuanto aquél impida que nuevos elementos o nuevas utilidades se adquieran y disfruten por el perjudicado se estará ante una situación de lucro cesante. La virtualidad jurídica de uno y outro perjuicio es la que se configura como obligación legal del deudor de resarcir al acreedor los daños que se le haya causado, cuyo deber lo garantiza su patrimonio y responde de su realización. La extensión o alcance la establece el propio artículo 1106 del Ordenamiento civil nuestro, em concordancia con los preceptos respectivos de los demás Códigos continentales, y de la doutrina jurisprudencial, em sentencias, entre outras, de 6 de julio de 1903, 4 de julio de 1955 y 7 de octubre de 1966*”.

279 “Art. 519. Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inexecución de ésta a debido tiempo”.

dispõe do “*prejuicio efectivamente sufrido*” e das “*ganancias*” da qual foi privada a vítima, previsto no artigo 1069²⁸⁰ da citada legislação²⁸¹.

Por fim, quanto ao direito italiano, esta divisão em duas espécies pode ser extraída dos artigos 1223²⁸², que estabelece que o ressarcimento do dano deve compreender tanto a perda súbita do crédito como o ganho perdido, e 2056²⁸³, que estabelece sobre os critérios para o ressarcimento dos danos.

3.4 PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO PATRIMONIAL E EMERGENTE. DESCONSTRUINDO PARA DEPOIS CONSTRUIR

Após apresentar as características principais dos danos que podem ser reparados por meio da responsabilidade civil, chegou o momento de determinar em qual delas se insere a perda de uma chance, com objetivo final de justificar a nossa visão de perda de uma chance como um dano emergente e, também, como patrimonial.

Sendo a perda de uma chance inserida em uma situação na qual se mede o comportamento que interfere no curso normal dos acontecimentos, de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não os ganhos, se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impediria de ter a oportunidade de participar na definição dessa probabilidade²⁸⁴. Consistindo a chance na própria probabilidade destruída.

Tratando-se de um dano que pode se manifestar em um duplo sentido, sendo estes a privação da probabilidade séria e real de uma ocasião favorável ou de evitar uma situação prejudicial, consistindo na lesão de um bem, juridicamente relevante, presente no patrimônio do sujeito e instrumentalmente orientado a fazer surgir uma oportunidade vantajosa ao sujeito ou que não ocorra algo negativo.

280 Art. 1.069. *El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras "pérdidas e intereses.*

281 VARIZAT, Andrés f. **Daño pasado, daño futuro y principio de la reparación integral**: sus proyecciones practicas em un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Disponível em: www.taringa.net.

282 Art. 1223 **Risarcimento del danno** *Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (1382, 1479, 2056 e seguenti).*

283 Art. 2056 **Valutazione dei danni** *Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223,1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso.*

284 GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 94, v. 840, outubro, 2005.

Ressaltamos que tanto na doutrina como na jurisprudência brasileira encontramos explicação no sentido de que da perda de uma chance decorrem tanto danos extrapatrimoniais como patrimoniais, além de várias classificações para a perda de uma chance no sentido de inserir nas formas de danos já existentes, quanto pela criação de novas espécies de danos patrimoniais, que, para alguns, estariam inseridas entre os danos emergentes e os lucros cessantes, ou até mesmo, para outros, entre os lucros cessantes os danos hipotéticos (não indenizáveis).

Além destas, também encontramos a definição de perda de uma chance como uma nova espécie de dano indenizável, seguindo esta visão a tendência de expansão dos danos ressarcíveis pela criação de novas espécies além das já existentes.

Em face desta realidade, o nosso ponto de partida é apontando os diversos entendimentos que podem ser encontrados, tendo como ponto de partida jurisprudência pátria, em que foram selecionadas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Minas Gerais e Distrito Federal, e seguindo por posições diversas extraídas da doutrina nacional.

Após apresentar os diversos entendimentos e buscando construir a ideia de que a perda de uma chance constitui um dano emergente e patrimonial, tomaremos como ponto de partida a afirmação de Júlio Vieira Gomes, que, após afirmar que os autores que defendem a existência da perda de uma chance como dano emergente, dispõe: “este ponto merece uma consideração mais atenta, já que é tudo menos óbvio que a perda de uma chance deve ser considerada uma modalidade de dano emergente”²⁸⁵.

Desta forma, a nossa tarefa não se limita a apresentar apenas os motivos existentes para esta de uma forma positiva, qual seja o que leva à perda de uma chance como um dano, que, mesmo sendo autônomo com relação ao dano final experimentado pela parte, na classificação dos danos está inserida nesta espécie de dano patrimonial e também como emergente, como também apresentar os motivos existentes para que a perda de uma chance não possa ser classificada como dano extrapatrimonial e nem como lucros cessantes.

Para tanto, o início a esta desconstrução das outras formas de ver a perda de uma chance, quanto a sua classificação dentre as espécies de danos apresentadas, é com a deste como dano extrapatrimonial, para depois seguir para a de lucros cessantes, onde terão

285 GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano da perda de uma chance. **Revista Direito e Justiça**. Vol. XIX, tomo II, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2005.

destaque as distinções apresentadas por Maurizio Bocchiola²⁸⁶ entre perda de uma chance e lucros cessantes.

Em seguida, após desconstruir as outras classificações de perda de uma chance, seguiremos para a construção da ideia de perda de uma chance como um dano emergente, apresentando, ainda, as consequências da classificação que está sendo adotada neste trabalho.

Ademais, vale ressaltar que nada impede que da mesma conduta da qual resultou a destruição de uma chance séria e real também possam decorrer outras espécies de dano, sejam estas moral, material, tanto danos emergentes como lucros cessantes.

3.4.1 A Posição da Jurisprudência e da Doutrina

Embora os tribunais já venham enfrentando há alguns anos questões que envolvam a aplicação da teoria da perda de uma chance, não existe, ainda, posição pacífica quanto a que espécie de dano deva ser ressarcida quando o que está em jogo é a frustração da probabilidade de obter um benefício futuro ou de ter evitado um prejuízo, pois existe decisão em vários sentidos.

Tal realidade pode ser observada não apenas nos tribunais estaduais como no próprio Superior Tribunal de Justiça, no qual o primeiro julgado em que se aplicou de forma expressa a responsabilidade civil por perda de uma chance data de novembro de 2005, sendo que neste foi estabelecido, pelo Ministro Fernando Gonçalves, em seu voto, que o ressarcimento a ser feito era “do quantum perdido ou que razoavelmente haja deixado de lucrar”, o que caracteriza reparação por dano patrimonial, mas sem definir se por dano emergente ou lucro cessante²⁸⁷.

Em acórdão proferido no REsp nº 1.079.185/MG, de em novembro de 2008, pelo STJ, tratando da perda de prazo do advogado para apelação, embora não tenha conhecido do Recurso Especial, a Ministra Nancy Andrighi ressalta em seu voto que “a probabilidade perdida pode ter contornos materiais bem definidos”, o que foi motivado por que a sentença, “nesse ponto mantido pelo Tribunal de origem, posicionou-se na tese de que a aplicação da teoria da perda da chance só pode levar ao ressarcimento por danos morais”.

286 BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Ano XXX, p. 60, 1976.

287 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 788.459-BA**. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 04/11/2008. Dje 13/03/2006.

Em face destas considerações, restou firmado na Ementa do citado REsp a possibilidade de aplicação da perda da chance “tanto aos danos materiais quanto aos morais”, como se observa no que segue:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. - (...) - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. (REsp nº 1.079.185. Relator Ministro Nancy Andrighi. Data do Julgamento 11/11/2008. Dje 04/08/2009). (Grifos nossos).

No REsp de nº 1.115.687/SP, que data de 18/11/2010, também de relatoria e voto da Ministra Nancy Andrighi, podemos observar o dano da perda de uma chance considerado como uma espécie de dano moral, e sendo nesta destacada a necessidade de que a oportunidade perdida tenha como características, além de ser real, que seja plausível e séria para que possa gerar o dever de reparar, o que se extrai da leitura da ementa que segue:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. LEILÃO EXTRAJUDICIAL DE IMÓVEL REALIZADO NOS MOLDES DO DL 70/66. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS DEVEDORES. PERDA DA OPORTUNIDADE DE PURGAR A MORA. IMPROBABILIDADE DO PAGAMENTO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1. É indispensável a intimação pessoal dos devedores acerca da data designada para o leilão do imóvel hipotecado em processo de execução extrajudicial realizado nos termos do DL 70/66. Precedentes. 2. Somente a perda de uma oportunidade real, plausível e séria justifica a compensação por danos morais. Na hipótese dos autos, a chance de que fosse purgada a mora após a intimação pessoal dos devedores era remota e inexpressiva. 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e provido. (REsp 1.115.687/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento 18/11/2010. Dje 18/11/2010). (Grifos nossos).

Ainda no âmbito dos acórdãos do STJ, partindo para o REsp de nº 1.190.180, neste restou definido que o dano decorrente da perda de uma chance é um dano material, contudo que este não se encaixaria nos danos emergentes nem nos lucros cessantes, sendo algo intermediário a um e outro, desta forma inaugurando uma espécie nova de danos materiais, como se observa da leitura de trecho da ementa que segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA

PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. (...) 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp. nº 1.190.180/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento 16/11/2010. Dje 22/11/2010). (Grifos nossos).

Conforme já destacado, não é apenas no STJ que encontramos posições distintas quanto à classificação da perda de uma chance, o que também pode ser observado nos Tribunais de Justiça Estaduais, dentre os quais daremos destaque aos tribunais do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e do Distrito Federal.

A começar pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com a definição de perda de uma chance como um agregador da indenização por danos morais, vale citar a decisão da Apelação Cível de nº 70003008695, sendo esta de 26 de junho de 2002, que trata da reparação pela perda de uma chance de promoção na carreira de juiz de direito em face de anotações irregulares na ficha funcional. Seguindo ementa:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. MANUTENÇÃO DE GRAVAME NA FICHA FUNCIONAL DA AUTORA MESMO APÓS DECISÃO DESCONSTITUTIVA. PERDA DA CHANCE. COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DO QUANTUM. SUCUMBÊNCIA. I - O não cumprimento da decisão que desconstituiu a pena administrativa imposta à autora, consubstanciada na permanência do gravame na ficha funcional da magistrada, já enseja o dever indenizatório do Estado pela culpa no seu proceder. Após exaustivo litígio promovido pela demandante, no intuito de não ver maculada sua carreira na magistratura, verifica-se que o embate administrativo nada adiantou, porque mesmo após obtida decisão favorável, permaneceu nos registros da Corregedoria-Geral da Justiça a penalidade imposta ilegalmente. II - O valor a ser arbitrado deverá atender à extensão da responsabilidade do réu e a participação do autor no evento danoso. Indenização mantida mesmo levando em conta para a fixação do montante a já referida perda da chance por parte da autora. III - Caso seja atribuído valor certo e determinado para a dor moral, este servirá apenas como teto para a indenização e como parâmetro para o recolhimento das custas judiciais. Assim, ainda que a indenização seja fixada em valor inferior ao postulado, a ação é procedente na íntegra, uma vez que o direito reclamado, qual seja, a indenização por danos morais, restou acolhido. Apelo do Estado desprovido. Apelo da autora provido. Reexame necessário prejudicado. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70003008695, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 26/06/2002). (Grifos nossos).

Também encontramos decisão no sentido de que a perda de uma chance gera reparação por dano material, como se observa no Recurso Inominado de nº 71002583656²⁸⁸, no qual o Desembargador Jerson Moacir Gubert, em seu voto, denega o reconhecimento da perda de uma chance, e sua conseqüente reparação material, no caso apresentado, porque “o cálculo não se mostra possível, pois se baseia em suposições calcadas em mera expectativa de direito”.

Na decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento de nº 70037519295, no qual se discute a quantificação do pedido a título de perda de uma chance e o valor da causa, o Tribunal se manifestou no sentido de que nem sempre a perda de uma chance enseja indenização por dano material, podendo, também, ser moral²⁸⁹.

Neste caso, o Desembargado Paulo Roberto Félix, ao tratar do dano que decorre da perda de uma chance, dispõe que prepondera o entendimento de que, além de dano moral, pode em determinados casos ensejar indenização por danos materiais, mas que seu entendimento é de que “trata de uma hipótese peculiar, que não pode ser caracterizada plenamente como um dano moral ou material, e sim talvez uma mescla desses, já que envolve probabilidades”²⁹⁰.

Vale, por fim, citar uma decisão bem recente, de 25 de agosto de 2011, proferida pela Terceira Turma Recursal Cível do TJRS, no Recurso Inominado nº 71002970986, foi mantido o determinado na sentença, no sentido de conceder a perda de uma chance como dano autônomo, sendo esta cumulada com danos morais e materiais, conforme ementa:

Ementa: AÇÃO DE REPARAÇÃO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E PERDA DE UMA CHANCE. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 1. Dever de indenizar os prejuízos materiais verificados. 2. Danos morais caracterizados. Situação que ultrapassa a seara do mero aborrecimento, configurando efetiva lesão à personalidade. 3. Perda de uma chance configurada, na hipótese, tendo em vista que o autor já havia sido selecionado em uma primeira fase de concurso junto à Petrobrás, tendo sido convocado para comprovação de requisitos e biopsicossocial. Desta etapa não pôde participar, em decorrência do extravio da sua mala com todos os documentos necessários para a entrevista. 4. Manutenção do "quantum" fixado no Juízo de origem. Sentença

288 BRASIL. Rio Grande do sul. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado nº 71002583656**. Terceira Turma Recursal Cível. Comarca de Santa Maria. Relator Des. Jerson Moacir Gubert. Data de julgamento 10/06/2010.

289 BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70037519295**, Décima Quinta Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Felix. Julgado em 21/07/2010. **Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. QUANTIFICAÇÃO DO PEDIDO A TÍTULO DE PERDA DE UMA CHANCE E VALOR DA CAUSA. Além de nem sempre a "perda de uma chance" ensejar indenização por dano material, no caso há dificuldade na quantificação. Ainda que a estimativa da autora também interesse à ré, não deve se refletir no valor da causa. Recurso parcialmente provido. (grifos nossos)

290 BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70037519295**. Comarca de Porto Alegre. Décima Quinta Câmara Cível. Relator Paulo Roberto Fenix. Data do Julgamento 21/07/2010.

mantida. RECURSO DESPROVIDO. (**Recurso Cível Nº 71002970986**, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 25/08/2011). (Grifos nossos).

Neste caso o autor da demanda, em uma viagem realizada com o objetivo de participar de concurso da Petrobras, no qual já havia sido selecionado em uma primeira fase, teve a sua bagagem, onde estavam todos os seus pertences e documentos, extraviada. Sendo este indenizado pela perda de uma chance de participar da etapa seguinte do concurso, juntamente com dano moral, por restar configurada lesão à personalidade, e material, pela viagem perdida e o que estava no notebook que estava no interior da mala.

Seguindo para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no acórdão da Apelação Cível de nº 1.0105.06.194710-4/0001, que trata da Responsabilidade Civil do Advogado por não ter proposto ação judicial, este se manifestou no sentido de que a perda de uma chance configura uma nova modalidade de dano, conforme ementa que segue:

Ementa: Ação de Indenização. Dano Materiais. Danos Morais. Advogado Contratado para Propor Ação. Propositura da ação. Demora. Prescrição do Direito Decretado. Dano. Não configuração. A perda de uma chance, nova modalidade de dano, é caracterizada quando o seu titular possuía a chance real, objetiva e séria de obter um benefício ou um ganho patrimonial. Estes, por esta teoria francesa, somente não foram obtidos em razão de tal oportunidade ter sido frustrado, por culpa de terceiro. Apelação principal provida e apelação adesiva julgada prejudicada. (**Apelação Cível nº 1010506194710-4/001**. Comarca de Governador Valadares. Relator Des. Pereira da Silva. Data do Julgamento 25/05/2010). (Grifos nossos).

Enquanto no Acórdão da Apelação de nº 10145.08.503179-0/001(1), o mesmo Tribunal, mas julgando a responsabilidade civil de empresa lotérica por defeito na prestação de serviço que resultou em que a inscrição da autora para participação em concurso público não se efetivasse, se manifestou pela reparação por danos morais e materiais em face da perda de uma chance, conforme ementa que segue:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO - ERRO DA LOTÉRICA - PERDA DE UMA CHANCE - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - VALOR - FIXAÇÃO. - Para que se condene alguém ao pagamento de indenização, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente ou o risco, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. - Restando comprovado o defeito na prestação do serviço da lotérica, ora ré, no ato da inscrição para participação da autora em concurso público, impedindo que a aludida inscrição se concretizasse, resta caracterizada a perda de uma chance de ocupar um cargo mediante concurso público e, por conseguinte, a responsabilidade civil da requerida ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. (TJMG. **Apelação Cível nº 1.0145.08.503179-0/001 (1)**. Relator Des. Lucas Pereira. Data do Julgamento: 13/01/2011. Data da Publicação: 01/02/2011.). (Grifos nossos)

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal destacamos a jurisprudência relativa à Apelação Cível de nº 20040111230184, o qual, ao tratar da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, afirma que, por meio desta teoria, são elásticos os contornos do lucro cessante, conforme ementa que segue:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. ADVOGADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO. AÇÃO JUDICIAL JULGADA IMPROCEDENTE. INEXISTÊNCIA DE CULPA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. (...) V. à luz da "teoria da perda de uma chance", que elastece os contornos dos lucros cessantes, o atendimento do pleito indenizatório está adstrito não apenas à comprovação de que os serviços advocatícios deixaram de ser prestados segundo parâmetros razoáveis de qualidade, exige também a comprovação de que o autor da demanda efetivamente titularizava os direitos pleiteados e que a repulsa judicial derivou das faltas técnicas atribuídas aos serviços advocatícios. vi. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DFT. Ap. Cív. 20040111230184. Rel. Des. Jaime Eduardo Oliveira. Publ. Em 26/07/2007).

Este mesmo Tribunal, em decisão do dia primeiro de junho de 2011, no processo de nº 2006.01.1.042612-3, ao tratar da responsabilidade civil do advogado por perda de prazo para recorrer, manifestou entendimento de que da perda de uma chance decorrem tanto danos morais quanto materiais²⁹¹.

Desta forma, diante das decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos três Tribunais Estaduais, podemos observar que existem decisões em sentidos diversos em um mesmo Tribunal. Valendo, ainda, ressaltar que estes também se manifestam no sentido da perda de uma chance como dano emergente, mas estes serão apresentados quando da defesa desta forma de classificação como a correta.

Contudo não é apenas na jurisprudência que encontramos entendimento para todos os sentidos, o mesmo se faz presente na doutrina que trata da teoria da perda de uma chance, pois apresentam que desta pode decorrer dano moral, outros que tanto moral como material, e os que defendem como apenas danos materiais, existem em diversos sentidos, como lucros cessantes, danos emergentes ou até mesmo como uma terceira espécie de dano material, além de ter defesa no sentido de ser uma nova espécie de dano.

Antônio Jeová Santos²⁹² apresenta a perda de uma chance como um agregador de dano moral, enquanto Grácia Cristina Moreira do Rosário²⁹³, que ao tratar da perda da chance

291 BRASIL. Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Processo nº 2006.01.1.04.2612-3.** Órgão julgador 2ª Turma Civil, Relator Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior. Dje. 14/06/2011.

292 SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável.** 3. ed. rev., ampl. E atual de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

de cura, afirma que o dano que deste decorre é de natureza moral, mesmo que, apesar da impossibilidade de quantificação do dano material, ou de estabelecer a probabilidade de sua ocorrência, tenham entendimento no sentido de dano emergente, em razão da atual possibilidade de cura que restou frustrada, ou de lucro cessante.

Sérgio Cavalieri Filho e Roberto Abreu e Silva entendem que a perda de uma chance pode consistir tanto em um dano material como imaterial. Destacando o primeiro deles que é preciso verificar em cada caso se resultado seria favorável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória, que da chance perdida deverá caracterizar um dano material e imaterial resultante de fato consumado, não hipotético²⁹⁴. Para Roberto Abreu e Silva, a chance perdida reparável configura um prejuízo material ou material resultante de um fato já consumado, não hipotético, sendo este “causado a pessoa inocente (que não deu causa ao fato), por conduta comissiva ou omissiva do agente (falta de diligência ou prudência) violadora de interesse juridicamente protegido no direito positivo (CRFB/88, art. 5º, x, Código Civil, Código do Consumidor etc.)”²⁹⁵.

Cristiano Chaves de Farias²⁹⁶ classifica este como uma modalidade autônoma e específica de dano, que seria caracterizado pela “indenizabilidade decorrente da subtração da oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo”. Para o autor, a aceitação desta categoria autônoma de dano que seria a perda de uma chance implicaria na redefinição dos quadrantes da responsabilidade civil, com a flexibilização do conceito de nexo de causalidade – o que implicaria na mitigação da dureza do artigo 403 da Lei Civil – juntamente com a renovação da conceituação de dano indenizável²⁹⁷.

294 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. Rev e Ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

295 SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. **Revista da EMRJ**. v. 9, nº 36, 2006. p. 38.

296 *Idem*. O autor afirma na defesa deste entendimento:

Ora, sem dúvida a preocupação constitucional com a proteção avançada da pessoa humana e com a plena e integral reparabilidade dos danos serve como fonte justificadora da tese da perda de uma chance, embasando a sua admissibilidade, através da mitigação da dureza do nexo de causalidade e da redefinição do conceito de dano. (...).

Essa Captação de valores constitucionais, através da perda de uma chance, é a comprovação definitiva de que as situações subjetivas do direito privado devem ser analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como ocorria antes da constituição da República de 1988. É que a citada teoria serve como fundamentação suficiente para explicar a ocorrência de um dano injusto, digno de reparação civil, pela confluência da dignidade humana e da solidariedade social.

297 Glenda Gonçalves Gondim também se manifesta no sentido de que a teoria da perda de uma chance traz novos dimensionamentos para o nexo causal e o dano. GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 94, v. 840, outubro de 2005.

Encontramos, também, doutrinadores que apresentam a perda de uma chance como uma espécie de dano patrimonial, só que estando este inserido dentre os que são classificados como lucro cessante, dentre os quais podemos destacar tanto Maria Helena Diniz²⁹⁸ como Klaus Jochen Albiez Dohrmann²⁹⁹.

Dentre os que criam uma espécie nova de dano patrimonial para inserir a perda de uma chance, Raimundo Simão de Melo³⁰⁰ afirma que esta se dá, pois “se a perda de uma chance for enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, terá o autor da ação que comprovar de forma inequívoca que, não fosse a existência do ato danoso, o resultado teria se consumado, com a obtenção da chance pretendida, o que é impossível”, e apresenta esta como intermediária ao dano emergente e o lucro cessante. Já Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum afirma que este se encontra em uma espécie que é inserida entre os lucros cessantes e os lucros hipotéticos.

Em face da existência das mais variadas posições quanto à classificação dos danos decorrentes da perda de uma chance, passamos a analisar cada uma das posições apontadas para, assim, poder concluir que a perda de uma chance consiste em um dano patrimonial e emergente.

3.4.2 Diferenças Existentes entre a Perda de uma Chance e os Danos Extrapatrimoniais

Embora alguns doutrinadores apresentem a perda de uma chance como uma espécie de dano extrapatrimonial, e até mesmo os Tribunais tenham decisões neste sentido,

298 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

299 DOHRMANN, Klaus Albiez. El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo. **Revista de Derecho Privado**. Mayo de 1988. Madrid: Editoriales de Derechos Reunidas, 1988. Que afirma quanto ao tema:

[...] hasta ahora hemos aludido a las ganancias perdidas. Pero la víctima puede acreditar también que de no haberse producido el accidente hubiera mejorado en su posición laboral, profesional o empresarial (un inminente ascenso, una mejora salarial, un encargo profesional extraordinario). Siempre que el criterio de razoabilidad o probabilidad lo permita, debería resarcirse la pérdida de oportunidades. La actual normativa parece que no contempla estos prejuicios al referirse expresamente a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, es decir, los obtenidos efectivamente hasta el momento en que tuvo lugar el accidente. Pero siguiendo el criterio de la interpretación más favorable del perjudicado, se debería incluir también la pérdida de oportunidades si son evaluables económicamente. p. 382-383.

300 MELO, Raimundo Simão de. **Indenização pela perda de uma chance**. p. 2. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010. p. 2.

conforme exemplos apresentados, neste trabalho defendemos que perda de uma chance não pode ser classificada como dano extrapatrimonial.

O principal motivo para o entendimento defendido decorre, primeiramente, de, dentre as formas de dano que são classificadas como extrapatrimoniais, não estar inserida a perda da chance em si, já que naquela espécie de dano o que deve ser reparado está relacionado aos sentimentos negativos vivenciados pela parte em face da conduta lesiva de outrem, como a dor, a vergonha, dentre outros.

No mesmo caminho o entendimento de Lais Machado Lucas, que destaca que a perda de uma chance difere do dano moral por ter caráter material, em que não está avaliada a dor suportada pela vítima na ocorrência de um evento danoso, mas sim que a vítima deixou de auferir riqueza em virtude da perda de uma chance³⁰¹.

Contudo os danos extrapatrimoniais também estão relacionados à violação dos direitos da personalidade quando esta reflete na própria parte, e não em seu patrimônio. Quanto a este ponto, deve ser levado em conta que o motivo para a classificação do dano experimentado pela vítima como extrapatrimonial está relacionado à forma como este reflete na vítima, já que da violação de direitos da personalidade também pode decorrer diminuição do patrimônio, e, com isso, merecendo reparo na forma de dano patrimonial, como também que a destruição de um bem auferível economicamente pode ter como consequência dano extrapatrimonial, o que pode decorrer, como exemplo, deste bem ter valor afetivo muito superior ao financeiro, por ser este herdado ao longo de gerações, merecendo reparo o valor afetivo, além do econômico.

Ademais, um segundo ponto que diferencia a perda de uma chance dos danos extrapatrimoniais é que naquele o que figura como objeto que sofre a violação é a própria chance que foi perdida pela parte, que consiste na probabilidade séria e real de obter um benefício futuro ou de ter evitado um prejuízo, que não está inserido no rol de direitos da personalidade protegidos, mas sim faz parte do patrimônio da vítima. Com isso, em face do seu conteúdo patrimonial, decorre a sua classificação como dano patrimonial, e não como extrapatrimonial.

Após apresentarmos os motivos para que a perda de uma chance não seja reparada a título de dano moral, ou seja, por meio de compensação dos danos, destacamos o

301 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 e Pós-Graduação PUCRS**, 2009.

entendimento de Sérgio Savi, quando da análise da jurisprudência pátria que apresenta a perda de uma chance apenas como um agregador do dano moral³⁰².

Este destaca que em certos casos, além de causar um dano material, a perda de uma chance poderá, também, ser considerada um agregador de dano moral, o que não poderia acontecer e esse dano ser considerado como exclusivamente moral, já que “a frustração de uma oportunidade séria e real de incremento no patrimônio pode causar danos de natureza patrimonial, que se enquadram na subespécie de dano emergente”³⁰³.

Ressalta, ainda, que existem casos em que o julgador não poderá indenizar o dano material decorrente da perda de uma chance, por não estar diante de chance séria e real, mas que, por outro lado, esta pode ser considerada como apta para gerar dano moral, apresentando como exemplo o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da apelação Cível nº 179.6754/6. Apresentando, ao fim, a seguinte conclusão:

Em conclusão, haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda de uma chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente³⁰⁴.

Realmente, embora da perda de uma chance em si resulte um dano que deve ser classificado como patrimonial, nada impede que no mesmo caso a vítima também seja reparada pelos danos extrapatrimoniais experimentados em decorrência da mesma conduta, sendo estes perfeitamente cumuláveis. Ademais, da mesma conduta podem decorrer outras formas de danos patrimoniais juntamente com a decorrente da perda de uma chance, e a reparação de uma destas formas não exclui a outra, pois os danos devem ser integralmente reparados pelo responsável.

Neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível de nº 00555748-79.2004.8.19.0001, cuja ementa segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR **DANOS MORAIS** E MATERIAIS PARTICIPAÇÃO DO AUTOR EM PROCESSO SELETIVO PARA VAGA DE AJUDANTE DE CAMINHÃO EM EMPRESA DE GRANDE PORTE - SOLICITAÇÃO DE

302 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

303 *Ibidem*. p. 57.

304 *Ibidem*. p. 60.

EXAMES CARDÍACOS E ORTOPÉDICOS A SEREM ELABORADOS PELA RÉ - LAUDO RADIOLÓGICO EQUIVOCADO ATESTANDO ENFERMIDADE INEXISTENTE - EXCLUSÃO DO AUTOR DO PROCESSO SELETIVO - PROVA PERICIAL MÉDICA CONCLUSIVA NO SENTIDO DA INEXISTÊNCIA DA ENFERMIDADE ATESTADA **DANO MORAL** CONFIGURADO - **DANOS MATERIAIS**- APLICAÇÃO DA TEORIA DA **PERDA** DE UMA **CHANCE** - EXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO À SÉRIA E REAL POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO - FIXAÇÃO DO **DANO** MATERIAL NO VALOR EQUIVALENTE A DOZE MESES DO SALÁRIO QUE PERCEBERIA O AUTOR SE TIVESSE SIDO CONTRATADO - APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - CORREÇÃO MONETÁRIA DA VERBA INDENIZATÓRIA PELO **DANO MORAL** - EXÉGESE DA SÚMULA 97 DESTE TRIBUNAL - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA³⁰⁵.

No caso em destaque o que se buscava era a reparação dos danos, tanto morais como materiais, decorrentes de elaboração de laudo médico equivocado – no qual constatava doença, sendo que depois foi comprovada a sua inexistência por meio de outro exame – que teria acarretado a exclusão do autor de processo seletivo para obtenção de emprego em empresa de grande porte.

Na sentença recorrida houve a condenação por danos morais juntamente com danos materiais, só que os últimos a título de lucros cessantes. Embora a decisão do segundo grau seja pela reforma parcial da sentença, a condenação por danos morais e materiais foi mantida pelo Tribunal de Justiça, em especial quanto ao primeiro deles, sendo destacado no acórdão:

A sentença recorrida que fixou o dano moral em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que se mostra razoável e proporcional às angústias e danos sofridos pelo apelado, levando-se em conta o caráter punitivo-pedagógico da condenação, e sem permitir que a mesma gere um enriquecimento indevido.

A alteração que gerou a reforma parcial da decisão é quanto aos danos materiais, que, embora mantida a condenação, na sentença ficou estabelecido que a quantificação desta seria no momento da liquidação, enquanto o Tribunal definiu como o referente a doze salários mínimos. Mas a principal alteração resulta da decisão recorrida ter estabelecido a reparação dos danos materiais a título de lucros cessantes, enquanto o Tribunal ressaltou que esta condenação decorreria da teoria da perda de uma chance mostrar-se aplicável ao caso, diante da prova da existência de possibilidade, séria e real, de contratação do autor.

Com isso, na jurisprudência apresentada, embora tenha restado configurada a responsabilidade civil, tanto por dano moral como material, em decorrência da mesma

305 BRASIL. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0055748-73.2004.8.19.0001**. Quarta Câmara. Relator Desembargador Marcelo Lima Buhatem. Data do julgamento: 06/09/2011.

conduta, resta claro que a reparação por dano material decorre da perda de uma chance, enquanto a por dano moral dos sentimentos negativos experimentados pela vítima.

Quando resta comprovada a perda de uma chance, e que a chance apresenta os requisitos da certeza e realidade, a reparação deve levar em conta o conteúdo desta probabilidade destruída, e que fazia parte do patrimônio jurídico de quem sofreu a lesão, e não os fatores que são levados em conta na reparação a título de danos extrapatrimoniais e que busca a compensação pelo dano e não a indenização deste. Ademais, na perda de uma chance pode ocorrer, em alguns casos, a recomposição da chance perdida, como em um concurso público com irregularidades, que pode ser refeito restituindo a chance de aprovação, o que não poderia ser considerado se este fosse visto inserido na classificação de extrapatrimonial.

3.4.3 Diferenças Existentes entre a Perda de uma Chance e Lucro Cessante

Tendo em vista que quando a responsabilidade civil é pela perda de uma chance o dano sofrido pela vítima por estar relacionado à destruição da chance em si, que tem caráter patrimonial, restou claro a sua classificação como dano patrimonial.

Contudo, seguindo para a classificação dos danos como emergentes e lucros cessantes, a posição adotada neste trabalho é de que a perda de uma chance deve ser vista como dano emergente. Na defesa deste entendimento devemos apresentar os motivos não apenas para tal classificação, como, também, o que diferencia a perda de uma chance dos lucros cessantes. Assim, seguindo a nossa proposta de primeiro apresentar os motivos para não classificar a perda de uma chance nas outras classes existentes, é que centraremos neste último ponto destacado.

Maurizio Bocchiola trouxe como um dos principais objetivos do seu trabalho sobre a perda de uma chance diferenciar esta dos lucros cessantes, para concluir que a perda de uma chance deve ser classificada como um dano emergente³⁰⁶.

Para este, levando em conta que quando se fala da perda de uma chance se está se referindo ao desaparecimento, como consequência de um determinado evento, da possibilidade de obter um certo resultado útil, parece claro que chance e lucros cessantes apresentam algumas características comuns. Apresentando como exemplo dessas semelhanças

306 BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Ano XXX, p. 60, 1976.

que, em ambos os casos, o evento danoso não subtrai do que a vítima tinha no momento em que o fato danoso é verificado, mas impede que sejam adquiridos novos itens e ganhos e de obter ulterior utilidade patrimonial e que nestes são encontradas dificuldades quanto ao ônus da prova, sendo necessário provar a existência de um prejuízo real.

O autor deixa claro que a diferença terminológica assumida entre a perda de uma chance e o lucro cessante tem consequentemente um real conteúdo, porque serve para distinguir duas hipóteses em antítese, sendo uma situação de fato de um lado, e a de direito no outro. Destacando que se deve indicar como lucros cessantes somente nos casos em que se torna realidade a perda de uma possibilidade favorável, que seria de um determinado sujeito alcançar algo com uma probabilidade que beira a certeza. No caso da perda de uma chance o alcançar o resultado útil é por definição indemonstrável.

Desta forma, o autor, ao tratar da diferença entre perda de uma chance e lucros cessantes, apresenta uma relação muito forte entre elas, mas deixa de lado uma característica marcante da perda de uma chance, que é: a reparação se dá não pelo que deixou de acontecer no futuro ou o prejuízo experimentado, mas sim pela probabilidade que existia no momento da conduta danosa, sendo a própria chance o que deve ser reparado.

Ludovica Coda também busca apresentar que a perda de uma chance não constitui uma espécie de lucro cessante, destacando que, levando em conta que em caso do lucro cessante este é ressarcível se presente a condição de que a vítima prove que, na ausência do evento danoso, existia uma possibilidade verossímil de aquisição da utilidade futura. Sendo a perda de uma chance vista como um lucro cessante esta prova teria que ser fornecida pela vítima, o que seria extremamente difícil, se não impossível, já que a perda de uma chance é por definição não perda da coisa, mas a perda da esperança de algo³⁰⁷.

Ressalta, ainda, que ao colocar a chance no gênero de lucro cessante conduz a ideia de que estes se diferenciam apenas pela maior incerteza acerca da verificação do prejuízo, quando, na realidade, se for observada a chance do ponto de vista do lucro cessante, esta não poderia mais ser ressarcida, pois não somente não é mais possível a demonstração de que a utilidade seria obtida, nem estariam certas as condições para alcançá-la.

Tal entendimento encontra adeptos no direito brasileiro, a exemplo de Gilberto Andreassa Júnior, destacando este que a chance perdida jamais poderá ser confundida com os lucros cessantes, “haja vista que estes somente se concretizam no momento dos fatos,

307 CODA, Ludovica. **La perdita di chance com particolare riguardo alla responsabilità professionale dell'avvocato**. Disponível em: <www.thesisonline.com>. Acesso em: 30 nov. 2011.

enquanto que a chance preexiste”³⁰⁸. No mesmo sentido, destaca Cristiano Chaves de Farias que:

É preciso cuidado, porém, para não confundir a perda de uma chance com os lucros cessantes (espécies de dano patrimonial, consistente na perda e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular). É que o dano patrimonial é a subtração objetiva de um bem jurídico materialmente apreciável. A outro giro, a perda de uma chance é uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraído uma oportunidade. De mais a mais, a perda de uma chance pode estar correlacionada a um dano não auferível patrimonialmente, diversamente dos lucros cessantes, cuja certeza da frustração de uma vantagem patrimonial futura deflui da leitura do comando 403 do Codex³⁰⁹.

Paula Lemos apresenta as diferenças entre a perda de uma chance e lucros cessantes, afirmando que enquanto o primeiro decorre da violação de um mero interesse de fato, o segundo de um direito subjetivo. Pois, no caso da perda de uma chance, ocorre em situações em que um processo em andamento que propicia a chance de obter o resultado almejado, e que é rompido quer seja pela ação ou omissão do agente, com isso, se não fosse o ofensor, a vítima teria a chance séria e real de conseguir o resultado esperado, e não o próprio resultado³¹⁰. Assim, nos lucros cessantes existe a certeza de que a vítima realmente iria adquirir o benefício, enquanto no segundo não, ou seja, a diferença entre eles é que nos lucros cessantes há certeza de um dano, do que deixou de ganhar, podendo ser este valor apurado e determinado³¹¹.

Quanto às diferenças existentes entre a perda de uma chance e as formas de lucros cessantes, a primeira delas é que a perda de uma chance consiste em um dano atual, composta pelo que efetivamente perdeu, que é a probabilidade que é o conteúdo da chance, enquanto isso, os lucros cessantes são danos futuros, pois retratam a projeção dos ganhos futuros marcados pelo que razoavelmente deixou de ganhar.

Também quanto ao nexos de causalidade são visíveis as diferenças entre a perda de uma chance e os lucros cessantes, pois no primeiro caso esta relação é estabelecida entre a conduta e a chance que existia naquele momento e foi destruída por ela, já no caso dos lucros cessantes o nexos de causalidade é firmando entre a conduta e o que não será obtido pela parte enquanto um dano final.

308 ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, nº 40, ano 10, out-dez 2009.

309 FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família**: utilizar com moderação. 2009, p. 4

310 LEMOS, Paulo M. F. Ato ilícito e reparação por dano. **Vox Juris**, ano 2, v.2, 2008, p. 41-84.

311 *Ibidem*, p. 41-84.

Assim, a principal diferença entre a perda de uma chance e os lucros cessantes é que no último existe uma certeza quanto ao que a vítima iria auferir, enquanto na perda de uma chance não se sabe efetivamente se a vítima iria adquirir o benefício. Além disso, nos lucros cessantes deve haver a comprovação da relação existente (nexo de causalidade) entre a conduta e a perda de um benefício futuro, do lucro que seria auferido pela parte. Algo que não é possível no caso da perda de uma chance, e que se fosse exigido tornaria impossível a reparação dessa espécie de dano.

3.4.4 O Dano Decorrente da Perda de uma Chance como Dano Emergente

Após apresentar os motivos para que a perda de uma chance não possa ser vista como um dano extrapatrimonial, e já na sua classificação como dano patrimonial como lucros cessantes, chegamos ao momento de destacar esta espécie de dano como inserido na espécie dano emergente, visão esta construída na Itália e que vem angariando adeptos na doutrina brasileira, a exemplo de Sérgio Savi³¹², que destaca: “a frustração de uma oportunidade séria e real de incremento no patrimônio pode causar danos de natureza patrimonial, que se enquadra como uma subespécie de dano emergente”³¹³.

Dentre os autores italianos que enquadram a perda de uma chance como uma espécie de dano emergente vale destacar Adriano de Cupis, sendo este o responsável pelo início da correta compreensão da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito italiano, pois conseguiu visualizar um dano independente do resultado final, além de enquadrar a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante³¹⁴. Valendo destacar trecho que segue³¹⁵:

A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor buscou garantir, já existe, talvez em proporções reduzidas, no momento em que se verifica o fato pelo efeito do qual resta excluída: assim se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da frustração de possibilidade atual de vitória³¹⁶.

312 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

313 *Ibidem*, p. 57.

314 *Ibidem*.

315 DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. 2. ed. V. II. Milano: Giuffrè, 1970. p. 264.

316 No original: “la vittoria è assolutamente incerta, ma la possibilità di vittoria, che il creditore ha inteso garantirsi, già esiste, magari in proporzioni ridotte, al momento in cui si verifica il fatto per effetto del quale

Como já destacado, Maurizio Bocchiola também defende classificação da perda de uma chance como dano emergente, sendo esta a sua conclusão após apresentar as diferenças entre a perda de uma chance e o lucro cessante, dispondo que³¹⁷:

Em conclusão, a perda de uma chance, dentro dos limites mencionados podem concretizar danos certos, e por tal motivo ressarcível. Deve ser ressarcido como dano emergente e não como lucro cessante. A certeza deste dano emergente deve ser valorada segundo um cálculo de probabilidade; probabilidade que não é certeza absoluta, mas constitui nada menos que a base de grande parte da solução do direito³¹⁸.

Tal classificação decorre de quando se verifica o dano emergente, o evento danoso atinge algo que a vítima tinha em sua esfera patrimonial, enquanto no lucro cessante, ao contrário, não existe uma entidade patrimonial da qual já era titular no momento do fato danoso, e pela qual se procura ressarcimento, mas apenas elementos que figuram como pressupostos necessários para a realização do lucro esperado³¹⁹.

Tal posição também é a adotada pela jurisprudência italiana, e, neste sentido, de que o dano da perda de uma chance consiste em um dano emergente, é tanto a decisão de 1988 do Tribunal de Roma, como também a decisão no Tribunal de Cassação, conforme Cass. III, set. 21.07.2003. nº 11322, em que se vê previsto:

A perda de possibilidade de conseguir um resultado útil (chance) configura uma lesão ao direito à integridade do próprio patrimônio, cuja ressarcibilidade é

resta esclusa: cosicchè si è in presenza non già di un danno lucro cessante in rigione dell'impedita futura vittoria, ma di un dano emergente in ragione della frustrata attuale possibilità di vittoria". (Tradução do autor).

317 BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile**, Ano XXX, 1976. p. 102.

318 No original: "In conclusione, la perdita di una chance, nei limiti ricordati può concretare un danno certo e, quindi, sotto tale profilo risarcibile. Sarà comunque risarcibile come danno emergente e non come lucro cessante. La certezza di tale danno emergente deve essere valutata secundo un calcolo di probabilità; probabilità che non è certezza assoluta, mas costituisce non di meno la base di gran parte delle soluzioni del diritto". p. 102. (Tradução do Autor).

319 BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile**, Ano XXX, p. 60, 1976.

Quando si fa riferimento ad un danno per lucro mancato si deve, allora, intendere che si è verificato un evento il quale há provocato il venir meno di uno di quegli elemento che sono necessari allarealizzazione del lucro. La domanda fondamentale che si pone in questo caso, a differenza dell'ipotesi di danno emergente, è se questo evento produce effettivamente un danno. Si deve, cioè, cercar di stabilire se l'aspettativa favorevole si sarebbe certamente attuata ove quell'elemento non fosse venuto meno. Va da sé che se il lucro non avesse potuto ugualmente realizzarsi, non si può certo sostenere che quel determinato evento há provocato un danno. Solo se venga accertato che gli altri presupposti necessari, ma ormai non più sufficienti, si sarebbero verificati ugualmente si può, invero, affermare che l'evento dannoso, facendo venir meno il presupposto già esistente, há impedito il realizzarsi del lucro, cioè há causato un danno. (p. 75).

consequência de verificar um dano emergente da perda de uma possibilidade atual e não um futuro resultado útil. Este dano será liquidado assumindo como parâmetro de valoração a utilidade econômica total realizada pelo dano diminuída de um coeficiente de redução proporcional ao grau de possibilidade de consegui-la, ou, se este critério for de difícil aplicação, deve recorrer ao critério equitativo do art. 1226 c.c. (...).³²⁰

Além desta, segue outra decisão, sendo esta proferida no ano de 2011 pelo Tribunale di Piacenza Civile:

Perda de uma chance – noção – dano futuro – distinção – demonstração de efetiva obtenção de uma vantagem – irrelevante – mera possibilidade – suficiente – valoração equitativa do dano.

A chance é uma forma de dano que pode ser definida como oportunidade favorável de conseguir um resultado vantajoso, em termos do aumento da sua utilidade ou da sua não diminuição, diferente da mera expectativa de fato. A aplicação da perda de uma chance é diferente da do dano futuro, pois a primeira diz respeito à perda da possibilidade de alcançar o esperado e diz respeito ao dano emergente, enquanto a segunda diz respeito ao fracasso na realização de um resultado e diz respeito ao lucro cessante. A perda de uma chance é ressarcível independentemente da demonstração do concreto uso da chance seria presumidamente ou provavelmente determinante para a realização da vantagem, sendo suficiente demonstrar apenas a possibilidade de tal consequência: a adequação da chance para determinar presumivelmente ou provavelmente ou somente possivelmente a dita consequência é, vice-versa, relevante somente na finalidade de concreta individualização e quantificação do dano, a realizar-se eventualmente em via de equidade, ex art. 1226 C.C., posto que no primeiro caso o valor da chance é certamente maior que no segundo e, então, ele é o dano pela sua perda, de resto, na presença de uma possibilidade também pode ser excluído o êxito da valoração em concreto da proximidade da chance em comparação com a consequência do resultado e da capacidade de alcançar³²¹.

Tribunale di Piacenza Civile, Sentenza 24 maggio 2011, n. 448.

320 No Original “La perdita della possibilita' di conseguire un risultato utile (chance) configura una lesione del diritto all'integrita' del proprio patrimonio, la cui risarcibilita' e' conseguenza del verificarsi di un danno emergente da perdita di possibilita' attuale e non di un futuro risultato utile. Tale danno va liquidato assumendo come parametro di valutazione l'utile economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilita' di conseguirlo, o, ove tale criterio risulti di difficile applicazione, con ricorso al criterio equitativo ex art. 1226 c.c. (nella specie, la banca convenuta aveva elevato per errore il protesto di un assegno dell'attore, revisore dei conti, circostanza che causava l'interruzione da parte di una societa' delle trattative per la conclusione di un contratto di collaborazione professionale con l'attore stesso)”. (Tradução do autor).

321 No original: “*Perdita di chance - Nozione - Danno futuro - Distinzione - Dimostrazione dell'effettivo conseguimento di un vantaggio - Irrilevanza - Mera possibilità - Sufficienza - Valutazione equitativa del danno. La chance è una forma di danno che può essere definita come occasione favorevole di conseguire un risultato vantaggioso, sotto il profilo dell'incremento di un'utilità o della sua mancata diminuzione, diversa dalla mera aspettativa di fatto. La domanda per perdita di chance va distinta da quella di danno futuro, posto che la prima riguarda la perdita della possibilità di raggiungere il risultato sperato ed attiene al danno emergente, mentre la seconda riguarda il mancato raggiungimento del risultato ed attiene al lucro cessante. La perdita di chance è risarcibile indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della chance avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione: l'idoneità della chance a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente la detta conseguenza è, viceversa, rilevante soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno, da effettuarsi eventualmente in via equitativa ex art. 1226 c.c., posto che nel primo caso il valore della chance è certamente maggiore che nel secondo e, quindi, lo è il danno per la sua perdita, che, del resto, in presenza di una possibilità potrà anche essere escluso, all'esito di una valutazione in concreto della prossimità della chance rispetto alla consecuzione del risultato e della sua idoneità ad assicurarla*”. (Tradução do autor).

Claudio Bonanno ressalta que o enquadramento da chance como dano emergente ou lucro cessante depende antes da qualificação que à chance se atribui. Pois, se é considerada como a perda de um resultado favorável (atenção: não da possibilidade de conseguir o mesmo) se tenderá a equipará-la ao lucro cessante, mas se se entende como a perda da possibilidade de obter um resultado útil, se tenderá a considerá-la como dano emergente³²².

Destaca, ainda, que a maior repercussão desta distinção é observada no sistema probatório aplicado, pois, no caso em que se considera a chance como a perda atual da possibilidade de conseguir um resultado favorável, será suficiente demonstrar a mera probabilidade da chance, unicamente a prova da existência do nexo de causalidade entre a conduta e a perda da chance. Mas quando se considera a chance como dano futuro, não bastará demonstrar a existência desse nexo de causalidade entre a atividade lesiva e a chance perdida, se precisará provar, avaliando no âmbito do complicado critério probabilístico-estático, se a chance perdida, se não restasse lesada, decorreria conduta que levaria a uma situação de vantagem ou favorável à vítima³²³.

Para tal classificação, o que deve restar claro é que no caso da perda de uma chance, quando resta configurado o dano, está chance será considerada anteriormente presente no patrimônio da vítima, que consiste na probabilidade, quer seja esta de conseguir um resultado favorável como de evitar um prejuízo que passa a ser experimentado pela vítima. Ademais, a chance não depende de outros fatores para ser reparada a sua perda quando ocorre a sua violação por um terceiro, sendo um dano autônomo. Assim, deve ser considerada como reparável por si só.

Além de tudo isso, a perda de uma chance, conforme já apresentado, consiste em um dano presente, já que a probabilidade séria e real de obter valor econômico a ele correspondente já fazia parte do patrimônio da vítima, mais um motivo para ser apresentado inserido na classificação de dano emergente.

322 BONANNO, Cláudio. La perdita di chance nel diritto privato. Brevi riflessioni: alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali. Giutio. **Rivista di Diritto dell'Economia, di Transporte e dell'Ambiente**. Vol VII, anno 2009.

323 BONANNO, Cláudio. La perdita di chance nel diritto privato. Brevi riflessioni: alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali. Giutio. **Rivista di Diritto dell'Economia, di Transporte e dell'Ambiente**. Vol VII, anno 2009.

4 FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

Ao longo da nossa pesquisa buscamos elucidar as principais dúvidas que estão relacionadas à teoria da perda de uma chance, a começar por estabelecer os contornos do instituto da responsabilidade civil, apresentando as mudanças sofridas em seu paradigma até a aceitação desta teoria, juntamente com a posição da doutrina e jurisprudência quanto ao tema, seguimos para destacar os motivos para que esta espécie de dano seja classificada como patrimonial e emergente, diferenciando-a dos danos extrapatrimoniais e dos lucros cessantes.

Contudo a principal dificuldade quanto à aceitação e, em especial, à correta aplicação, no âmbito da responsabilidade civil, da teoria por perda de uma chance, está relacionada à fixação do quantum indenizatório. O que decorre não apenas da inexistência de algum entendimento consagrado pela jurisprudência, já que podemos observar as mais diversas formas de quantificação, que levam em conta elementos distintos, como também pela doutrina não ter ainda estabelecido critérios seguros a serem seguidos pelo Judiciário neste momento da decisão.

Por tal motivo, o questionamento central deste trabalho, sendo este o que objetivamos responder neste último capítulo, com ajuda do que foi construído ao longo do trabalho, está relacionado aos critérios para a fixação do quantum indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance.

A existência de dificuldades no momento da fixação do valor da reparação, quer seja indenização ou compensação, não é uma exclusividade da responsabilidade civil por perda de uma chance, no qual se apresenta o problema da proporcionalidade que marca a chance, como também na reparação de outras formas de danos, quer sejam eles patrimoniais como extrapatrimoniais. Sendo que no caso dos danos extrapatrimoniais este já foi visto até mesmo como motivo para a sua irreparabilidade.

E sobre tal realidade extraímos as considerações de Martinho Garcez Neto, de que as dificuldades encontradas tanto pelos juízes como pelos tribunais na gradação do valor do dano, ou seja, no cálculo da indenização a ser atribuída ao autor da demanda, é uma contingência comum, sendo constante na vida judiciária, “e que não deserta dos processos em que a prova é enxundiosa e sobeja”³²⁴.

324 GARCEZ NETO, Martinho. **Prática da responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1970. p. 102.

O ponto de partida na busca da resposta do questionamento de que resultou a presente pesquisa será a definição das formas existentes de reparação dos danos, quais sejam a reparação natural e a pecuniária, que se divide em indenização e compensação. No qual buscaremos apresentar as diferenças existentes entre estas formas de reparação, juntamente com as espécies de danos a que cada um se aplica. Para, ao fim, concluir de que forma, dentre as apresentadas, deve se dar a reparação dos danos no caso da teoria em análise.

O próximo será a definição dos princípios que regem a quantificação dos danos de uma forma geral, dando um maior destaque ao princípio da reparação integral dos danos, apresentando os seus contornos, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa como uma das suas facetas, além da sua incidência na responsabilidade civil contratual e extracontratual, como, também, diante dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. E também seguiremos para a análise dos seus limites, em especial o grau de culpa existente na conduta e a situação do ofendido e ofensor, e como o critério da equidade deve ser utilizado nesses casos.

Por fim, buscaremos elencar os critérios que devem ser seguidos no momento da quantificação da reparação quando restem configurados todos os requisitos exigidos para a imposição da responsabilidade civil pela perda de uma chance, para que o julgador, diante do caso concreto, tenha em mãos os elementos necessários para que estabeleça o valor da reparação, buscando que esta ocorra de forma plena, ou o mais próximo disso.

Em face das dificuldades que são enfrentadas no momento da definição do grau de probabilidade, que faz parte do conteúdo da chance que foi perdida e que consiste no que deve ser reparado nessa espécie de responsabilidade civil, em muitos casos se demonstra impossível a sua reparação plena. Contudo, nestes casos, deve ser visto como mais lógico, jurídico e equitativo que a reparação se proceda dentro do possível, ainda que imperfeita, do que não ocorra nenhuma reparação em face das dificuldades enfrentadas.

4.1 FORMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS

Por meio do instituto da responsabilidade civil, o objetivo principal que se busca alcançar é a reparação, pelo meio mais eficaz, dos danos, quer sejam estes patrimoniais ou extrapatrimoniais, emergentes ou lucros cessantes, e somente quando reste comprovado que os

requisitos estabelecidos pelo ordenamento pátrio, quais sejam o dano e o nexo de causalidade, juntamente com a culpa quando for subjetiva.

Desta forma, quando ocorre o rompimento do equilíbrio natural, para que este seja restabelecido, é preciso detectar os efeitos produzidos pela ação lesiva e restituir a ordem violada à sua situação original³²⁵, e quando isto não for possível buscar a reparação por meio pecuniário.

Américo Luís Martins da Silva³²⁶ apresenta a reparação como fazer reparo no que foi danificado, fazer conserto, fazer restauração, constituindo o ato pelo qual alguém está obrigado a restabelecer o *status quo ante*, as coisas conforme o seu estado original (*restitutio in integro* – restituição integral – dever de quem lesa a outrem a reparar o dano), e, nos casos em que for impossível restabelecer as coisas ou as pessoas ao *status quo ante*, ou seja, a sua reparação natural ou in natura deve ser entendida como o ato de indenizar, compensar ou ressarcir.

As diferenças existentes entre os danos patrimoniais e extrapatrimoniais não se encerram na questão do que deve ser objeto de reparação, mas também de que forma esta deve ser feita. Sendo este um ponto de grande relevância para a definição de como devemos proceder no momento da reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance, seguiremos para a definição de cada uma das formas de reparação existentes, e o que diferencia a reparação pecuniária nas duas espécies de dano.

2.1.1 Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais e as Formas de Reparação dos Danos

Na responsabilidade civil, no caso dos danos patrimoniais, podemos dividir as formas de reparação do dano em natural ou específico, e por equivalente pecuniário, que no caso é pela indenização. E no caso dos danos extrapatrimoniais se mantém a primeira forma de reparação, mas no caso da reparação por equivalente pecuniário esta se dá por meio da compensação.

325 REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

326 SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 308.

A reconstrução natural consiste em fazer com que “as coisas voltem ao estado que teriam se não houvesse ocorrido o evento danoso”³²⁷, com a restauração da situação anterior ao dano através do conserto do bem ou de entrega de bem equivalente, ou até mesmo pelo desfazimento do ato, no caso de obrigações negativas³²⁸.

Quanto aos danos extrapatrimoniais, a reparação in natura pode ocorrer em situações excepcionais³²⁹, e de forma parcial, estando reservada a alguns casos de ofensa aos direitos da personalidade que tiveram como consequência esta espécie de dano³³⁰, a exemplo de dano à imagem que seja causado por um meio de comunicação, cuja reparação cível pode ocorrer, em parte, por meio de retratação pelo mesmo meio e na intensidade que foi divulgada, mas nunca será totalmente reparado por este meio, já que o dano extrapatrimonial quanto à dor sofrida pela parte não encontra meio de reparação in natura, apenas pela compensação.

Contudo existem argumentos contra a reparação natural dos danos extrapatrimoniais, como as apresentadas por Luis Pascual Estevill, para o qual a única forma de compensar os danos sofridos pela vítima na esfera dos seus bens extrapatrimoniais é a entrega de uma quantidade de dinheiro à vítima deste dano³³¹, dispondo, ainda:

Já conhecemos todas as dificuldades de qualquer intenção de reparar o dano referente ao patrimônio moral de uma pessoa. Não são reparáveis *in natura* nem o dano emergente, como podia ser o sofrido na honra e no nome de uma pessoa, nem tampouco em o lucro cessante que se podia intuir dos ganhos deixados de receber por aquele por causa do desprestígio que foi produzido pelo descrédito proporcionar

327 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

328 SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

329 SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Assim, a nosso ver, a reparação do dano moral deve ser, quando cabível, satisfeita in natura. No caso desse tipo de reparação não ser possível, caberá a reparação através da compensação pecuniária, que poderá ser liquidada por convenção ou ajuste ou por arbitramento judicial. A fixação por arbitramento judicial se dará no caso de não haver acordo quanto ao montante da reparação do dano moral. Além disso, nos casos em que a lei admite a cumulação da reparação natural com a compensação pecuniária, na falta de convenção entre as partes interessadas, a reparação se dará por sentença judicial que fixará um benefício pecuniário e determinará que o ofensor cumpra a obrigação in natura. O benefício pecuniário poderá ser objeto de uma execução por quantia certa e a obrigação in natura objeto de uma execução de obrigação de fazer ou não fazer. (p. 328/329).

330 SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

331 ESTEVILL, Luis Pascual. **La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual**. Tomo II, Volume 2. Parte Especial. Barcelona: Bosch. p. 676. Tradução do autor. Texto original: “*Los modos o maneras mediante los que puede resarcirse el daño producido sólo son dos, la reparación in natura o em forma específica y la entrega de una suma dineraria que sea el equivalente a los menoscabos que se han producido al patrimonio material ou moral del perjudicado, em este último caso la cantidad de dinero entregada lo será em función compensatoria dadas las dificultades reparatorias de la lesión infligida a un bien extrapatrimonial*”.

algum meio que torne menos dolorosa e mais suportável a carga que injustamente o causador do dano o obrigou a suportar³³².

Quanto ao equilíbrio patrimonial, este é restabelecido por meio do pagamento do equivalente ao dano em dinheiro, o que supõe a avaliação dos danos a ser efetuada pelo juiz, como regra geral, ou como pode estar previsto na lei ou no contrato na forma de cláusula penal³³³, sendo a previsão do valor da reparação possível nos casos da responsabilidade civil contratual.

Nos danos extrapatrimoniais, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, faça referência à indenização do dano moral, esta forma de reparação não pode ser denominada de indenização, pois indenizar significa devolver o patrimônio ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências, o que não é possível no caso de uma lesão que seja classificada como extrapatrimonial³³⁴, por tal motivo deve ser denominada de compensação.

A real diferença entre a reparação em dinheiro que ocorre nos casos de danos patrimoniais e a compensação dos danos extrapatrimoniais não está limitada à nomenclatura, mas, também, ao que deve ser levado em conta. Nos danos patrimoniais o que deve ser restituído é a própria perda patrimonial, que deve compreender as perdas e danos, que são tanto o valor dos danos emergentes – o que foi perdido – como dos lucros cessantes – o que deixou de ganhar, buscando um equilíbrio entre o dano sofrido e o valor a ser restituído³³⁵. Enquanto nos danos extrapatrimoniais a reparação financeira vem para amenizar o dano sofrido pela vítima, que também leva em conta a extensão do dano, mas com outra finalidade.

332 No original: “Conocemos ya de las dificultades que entraña toda intención de reparar la lesión inferida al patrimonio moral de una persona. Non son reparables in natura ni el daño emergente, como podría serlo el infligido al honor y buen nombre de una persona, ni tampoco el *lucrum cessans* que se podría intuir de las ganancias dejadas de hacer por aquella a causa del desprestigio que se le produjo por el descrédito proporcionar algún medio que le haga menos dolorosa y por ende más llevadera la carga que injustamente el dañador le há obligado a soportar” (p. 676). (Tradução do autor).

333 BUAB, José D'Amico. A ação individual de responsabilidade e a reparação de danos patrimoniais e morais. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Responsabilidade civil por danos a consumidores**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 77.

334 MORAES, Maria Celina Bondin de. **Danos à pessoa humana** – uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

335 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueiredo (Coord.). **Novo Código Civil. Questões controversas**. Série Grandes Temas de Direito Privado. Vol. 1. São Paulo: Método, 2007.

Na indenização do dano material, calcula-se tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e o que efetivamente perdeu, portanto, verifica-se a extensão do dano. Já que o evento danoso interrompe a sucessão normal dos fatos, a reparação de danos deve provocar um novo estado de coisas que se aproxime tanto quanto possível da situação frustrada, ou seja, daquela situação que, segundo a experiência humana, em caráter imaginário, seria a extensão se não tivesse ocorrido o dano. Vê-se, assim, que o critério da extensão do dano aplica-se perfeitamente à reparação do dano material – que tem caráter ressarcitório. (p.262).

Quanto ao objetivo da compensação, Flaviana Rampazzo Soares³³⁶ destaca que nesta forma de reparação o dinheiro, embora não compre a felicidade, por esta figurar como um estado de espírito, pode servir como um meio de adquirir bens ou desfrutar de certos prazeres da vida que, de certa forma, atinge a finalidade de fazer com que a vítima esqueça os problemas ocasionados pelo dano, ou, pelo menos, diminua seu sofrimento em razão deles.

Embora buscar uma reparação integral nos casos do dano extrapatrimonial se demonstre algo complicado, isso não justifica que a compensação dos danos ocorra por valores muitas vezes irrisórios ou, em outros casos, de maneira muito superior ao dano realmente sofrido³³⁷. Ademais, nas decisões que envolvem esta espécie de dano se mostra tão frequente que o valor da compensação esteja em desacordo com os danos sofridos pela vítima que o STJ tem firmado o entendimento da possibilidade de revisão do quantum indenizatório quando ínfimo ou exorbitante, criando uma exceção à Súmula 7, largamente aplicada por esta Corte³³⁸.

Como ocorreu com os danos extrapatrimoniais, também no caso da perda de uma chance, embora existam dificuldades, estas não podem figurar como impeditivas para a reparação dos danos sofridos pela vítima de forma integral, ou ser utilizadas como um motivo para a defesa da sua irreparabilidade, pois, independente da forma de reparação a ser cabível

336 SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 119.

337 Nesse sentido, mas buscando apresentar uma solução, se posiciona Clayton Reis. REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Naturalmente, é extremamente difícil a valoração desse dano, tanto quanto a estimação do seu equivalente. Não obstante as dificuldades existentes na aferição do pretio doloris, não se justifica o oferecimento de valores irrisórios, ou seja, absolutamente divorciados da realidade dos fatos lesivos sofridos pela vítima, embora a equivalência absoluta somente existe na esfera dos danos patrimoniais. Isto significa que, na valoração do quantum indenizatório, deve o julgador se posicionar na condição de vítima para, então, estabelecer a partir do seu ponto de vista interior, a condenação adequada em face das circunstâncias vivenciadas. Somente nessa situação será possível o estabelecimento de uma compensação compatível com o sentido satisfatório. (p. 142).

338 Isto pode ser observado em BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento de nº 1236312 MG. Relator Ministro RAUL ARAÚJO. Órgão Julgador – Quarta Turma. Data do Julgamento 24/05/2011. Dje 22/06/2011, conforme ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. VIAGEM AÉREA INTERNACIONAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO QUE SE ADMITE TÃO SOMENTE NOS CASOS EM QUE O VALOR SE APRESENTAR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O entendimento deste Sodalício é pacífico no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso, em que a referida compensação, decorrente dos danos morais sofridos em virtude do extravio de bagagem, por ocasião de viagem para o exterior, foi arbitrada em R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) para cada um dos dois autores. 2. Desse modo, uma vez que o valor estabelecido a título de reparação por danos morais não se apresenta ínfimo ou exagerado, à luz dos critérios adotados por esta Corte, a sua revisão fica obstada pela Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

diante do caso concreto – se esta será natural, indenização ou compensação –, o mais importante é que sejam reparados da forma mais plena possível, com a superação das dificuldades que se apresentam.

Por fim, no caso da responsabilidade civil pela perda de uma chance, levando em conta que este dano dentre as espécies existentes deve ser classificado como dano patrimonial, a sua reparação pode ocorrer pela reparação in natura, o que consistiria na reconstituição da chance que existia, ou pela indenização do dano sofrido. Sendo que na última forma de reparação dos danos é que centramos os nossos estudos, pois o que buscamos é estabelecer critérios para que esta ocorra da forma mais plena possível.

4.1.2 As Formas de Reparação dos Danos, a Graduação Existente e a Possibilidade de Cumulação

Para Paulo Roberto Ribeiro Nalin³³⁹ são três as formas de reparação dos danos, sendo voltadas para os danos patrimoniais a da reconstituição natural do prejuízo e, na sua impossibilidade, a reparação por equivalência, enquanto a compensação é destinada a danos extrapatrimoniais não indenizáveis in natura. Desta forma, apresenta uma graduação entre a aplicação da reparação natural e as outras formas de reparação existentes, e apenas na impossibilidade daquela é que as outras podem ser utilizadas.

Ademais, reparação natural é vista como a única forma de reparação que realmente põe fim a todo dano causado à vítima, pois vem substituir o bem por outro igual ou recompô-lo totalmente, em alguns casos isto não ocorre, o que leva em conta a natureza do dano sofrido, pois este pode tornar impossível a reconstituição natural, e também o resultado desta forma de reparação para o lesado, pois, em alguns casos, embora seja possível a sua aplicação, esta se demonstra inconveniente ao interesse do lesado³⁴⁰.

Neste sentido, o entendimento de Clayton Reis³⁴¹:

No processo de indenização de danos a pretensão do lesionado se restringe à reposição do patrimônio violado. A restituição in natura atenderia, de forma mais

339 NALIM, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1996.

340 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

341 REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 142.

segura e eficiente, à pretensão ressarcitória almejada pela parte lesada, bem como cumpriria os objetivos presentes na teoria da responsabilidade civil. No entanto, não sendo possível esse procedimento, deve o ofensor entregar à vítima uma determinada importância em dinheiro equivalente ao prejuízo. É necessário que este valor exerça uma função de equivalência, sob pena de configurar lesões às partes e, ainda, contrariar a ordem constitucional, que determina seja a indenização proporcional ao agravo.

Antunes Varela defende que a reconstituição natural pode não ser a cabível em face de três tipos de motivação, ou por ser impossível, por não ser o meio bastante para alcançar o fim da reparação ou não é o meio idôneo para tal³⁴².

A última motivação ocorre quando a reparação in natura é considerada imprópria ou inadequada por ser excessivamente onerosa para o devedor, isto é, quando houver uma manifesta desproporção entre o interesse do lesado, que importa recompor, e o custo que esta tem para o responsável³⁴³.

No caso da impossibilidade da reconstituição, esta pode ser material, a exemplo da morte de pessoa atropelada, e do consumo, destruição ou perecimento de coisa não fungível, ou jurídica, apresentando como exemplo a alienação consecutiva do mesmo imóvel a duas pessoas, sendo que a última delas registrou a aquisição a seu favor³⁴⁴.

A insuficiência deste meio ocorrer quando a reconstituição não cobre todos os danos, para o qual apresenta como exemplo o caso em que a reparação da viatura não compensar o utente quanto à privação do seu uso durante o período do conserto, ou quando não abrange todos os aspectos em que o dano se desdobra, como, também, o tratamento clínico do atropelado ou agredido não compensar as dores físicas que ele teve³⁴⁵.

Da análise destes motivos para a reparação natural não ser o meio adequado o que resta claro que não figuram como exceções os casos em que a reparação se dá por meio de compensação ou indenização, ademais, como destaca Flaviana Rampazzo Soares, a reparação pelo equivalente pecuniário não será, necessariamente, subsidiária, mas sim o meio de indenizar por excelência, por ser este o mais adequado à natureza do dano experimentado pela vítima³⁴⁶.

Para Judith Martins-Costa, para a qual embora esta tivesse sido o sistema pensado, hoje em dia a reparação em dinheiro passou a ocupar o local central dentre as modalidades de

342 VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol I. Coimbra: Almedina, 1998.

343 *Ibidem*.

344 *Ibidem*.

345 *Ibidem*. p. 935.

346 SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 119.

reparação existentes, deixando esta de ser meramente subsidiária e aplicável apenas quando a natural não for possível³⁴⁷.

Desta forma, embora parte da doutrina entenda que existe essa graduação entre a reparação natural e as outras formas de reparação, pois as outras só poderiam ser utilizadas quando aquela não fosse possível³⁴⁸, tal posição encontra relevante oposição que aponta a importância da reparação pelo equivalente pecuniário, quer seja por meio da indenização ou pela compensação, passando a assumir o papel de principal forma de reparação

Além disso, uma forma de reparação não exclui a outra, pois a reparação dos danos pode decorrer da junção da natural com a pecuniária, pois uma forma de reparação não exclui a outra. Entendimento adotado pelo STJ no REsp 959.565-SP, no qual o Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano afirma: “As duas formas de reparação (natural e pecuniária) não são excludentes entre si, pois deve-se respeitar ao princípio da reparação integral que estava implícito na norma do Art. 159 do CC/16 e, atualmente, está expresso no art. 944 do CC/2002”³⁴⁹.

4.2 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS

Como apontam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica, com a previsibilidade e objetividade das condutas, enquanto os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto³⁵⁰. Distribuição esta que se faz presente no direito brasileiro, em especial após o advento da Constituição Federal em vigência.

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

348 Neste sentido SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 328: “Assim, ao nosso ver, a reparação do dano moral deve ser, quando cabível, satisfeita in natura. No caso desse tipo de reparação não ser possível, caberá a reparação através da compensação pecuniária, que poderá ser liquidada por convenção ou ajuste ou por arbitramento judicial”.

349 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 959.565 – SP**. Órgão julgador: Terceira turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano. Data do julgamento 25/05/2011. Dje 27/06/2011.

350 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Dentro desta realidade, o instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro não é regido apenas pelas regras previstas expressamente nas legislações privadas, mas também por princípios que emanam tanto da Constituição Federal de 1988 como das próprias leis cíveis. Sendo o estudo dos princípios de grande valia para a correta aplicação do mencionado instituto.

Conforme Taísa Maria Macedo de Lima, embora seja esta uma realidade, não apenas no campo da responsabilidade civil, como em todo o direito civil, não é uma tradição da doutrina privatística ocupar-se com a indicação, análise e crítica dos princípios fundantes do direito civil³⁵¹.

Dentre os princípios que regem a responsabilidade civil, o que é apresentado como o que detém maior importância no momento da quantificação da indenização dos danos é também o da reparação integral dos danos, que foi expressamente consagrado no Código Civil de 2002, além de encontrar guarida na Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, Sérgio Severo, ao tratar do princípio da reparação integral dos danos, além de destacar que este age no âmbito da função principal da responsabilidade civil, que é da reparação, apresenta este como o que tem maior importância dentre os princípios que orientam este instituto, ao afirmar que, no campo da responsabilidade civil, o princípio mais importante é aquele que condiciona a reparação ao montante do dano, ou seja, a reparação deve ser igual ao prejuízo, como forma de restabelecer o equilíbrio alterado pelo dano³⁵².

Por tal motivo, a na busca pelos critérios que devem ser utilizados no momento da quantificação da indenização na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o princípio da reparação integral dos danos surge como um norte, e, por tal motivo, iremos tratar dos seus contornos, da sua aplicação no campo da responsabilidade civil e da visão deste como um dos fundamentos para a aceitação da teoria da perda de uma chance.

351 LIMA, Taísa Maria Macedo de. Princípios fundantes do direito civil atual. In: FIUZA, César. (Coord.). **direito civil**. Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

352 SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

4.2.1 Conteúdo do Princípio da Reparação Integral dos Danos

O princípio da reparação integral dos danos decorre do objetivo principal da responsabilidade civil enquanto restaurar, tanto quanto possível, o equilíbrio destruído pelo dano, buscando colocar a vítima dos danos em situação próxima da anterior³⁵³.

Assim, ganhou destaque devido à importância dos danos no instituto da responsabilidade civil, por este girar em torno da reparação dos danos sofridos pela vítima, figurando o dano como mais do que um dos elementos que devem ser analisados para a configuração do dever de reparar, sendo, na realidade, a sua própria razão de existir. Ademais, enquanto no direito penal a simples tentativa de crime basta para levar à sanção, no campo do direito civil se não há dano não há lugar para reparação³⁵⁴.

A reparação integral dos danos enquanto princípio revela-se uma conquista recente do direito brasileiro, uma vez que, embora tenha encontrado respaldo na Constituição Federal de 1988 e nos princípios que regem o ordenamento jurídico, foi necessário o seu reconhecimento expresso no Código Civil de 2002 para pôr fim a qualquer dúvida quanto a sua existência.

Na Constituição Federal de 1988³⁵⁵ vem previsto no art. 4º, inciso V, ao assegurar o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem³⁵⁶, sendo este princípio extraído do termo proporcional ao agravo. Quanto a este dispositivo legal, destaca Clayton Reis³⁵⁷:

353 JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 5. edition. Paris: Dalloz, 2000.

354 LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueiro (Coord.). **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas**. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

355 BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Questões controvertidas do novo Código Civil**. Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 5. São Paulo: Método, 2006.

[...] os textos constitucionais não olvidou ainda do tratamento normativo da responsabilidade civil. Alguns de seus dispositivos trazem preceitos atinentes à regulamentação deste, senão vejamos: a) art. 5º, V, X, XLV e LXXV; b) art. 21, XIII, c; c) art. 37, §6º; d) art. 141; e) art. 173, §5º; f) art. 225, §§ 2º e 3º; g) art. 236, §1º; h) art. 245. Assim sendo, consagra no ordenamento jurídico diversas modalidades de reparação (afora a pecuniária), o dano moral e a preferência pela responsabilidade objetiva. (p. 362).

356 O Art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu caput e no citado inciso V, o que segue:
Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

...

Não resta dúvida de que a intenção desejada pelo legislador consistiu na circunstância de que todo e qualquer dano (patrimonial e não patrimonial) seja medido na sua extensão, para o fim de atribuir ao lesado, a título de indenização, o valor equivalente do prejuízo havido. Para configurar a precisão dessa ideia, a Constituição Federal de 1988 igualmente inseriu no seu texto a tutela dos danos extrapatrimoniais, ao assegurar "... o direito a indenização, pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, inciso X, da CF/88). De qualquer forma, o que se pretende institucionalizar é a ideia de que todo e qualquer dano deverá ser objeto de indenização integral.

No Código Civil de 2002 está expresso no conteúdo do artigo 944³⁵⁸ quando este adota o critério da extensão do dano causado para a fixação da indenização. Ademais, no artigo 402, que determina que as perdas e danos compreendem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar, também resta positivado pelo legislador, ainda que implicitamente, o mencionado princípio³⁵⁹. Como, também, já vinha previsto no Código de Defesa do Consumidor, que estabelece, em seu art. 6º, inciso VI, como um dos direitos básicos do consumidor o de efetiva reparação dos danos, sejam eles patrimoniais ou morais, individuais, coletivos ou difusos³⁶⁰.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, em diversas decisões, utilizou este princípio como fundamento para o posicionamento adotado. Como exemplo, tomando como base o disposto no CDC, entendeu pela não aplicação da limitação indenizatória prevista no Código de Varsóvia, estabelecendo que: "os limites indenizatórios constantes da Convenção de Varsóvia não se aplicam à relação de consumo, uma vez que, nas hipóteses como a dos autos, deverá haver, necessariamente, a reparação integral dos prejuízos sofridos"³⁶¹.

Como, também, foi visto como motivo da não incidência do imposto de renda nas reparações por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, considerando o STJ que "a indenização por dano moral ou material não aumenta o patrimônio do lesado, sendo voltada à restituição, pela via da substituição monetária, da situação em que a vítima se encontrava antes do evento danoso"³⁶².

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem.

357 REIS, Clayton. **Os rumos da indenização por dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

358 O artigo 944 estabelece que: "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano".

359 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

360 Quanto a este dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, ressalta Adalberto do Amaral Júnior que é evidente o prejuízo quando previamente se estabelece um teto para a reparação dos danos, este é o único capaz de tutelar adequadamente as expectativas de todos os lesados. AMARAL JÚNIOR, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade dos contratos de transporte aéreo nacional e internacional. **Revista dos Tribunais**. nº 759. p. 67-75, 2009.

361 Resp. 27833

362 REsp 1068456.

Conforme Geneviève Viney, este princípio tem uma série de benefícios que são de inegável importância, pois permitem que a vítima obtenha uma indenização efetiva dos danos sofridos em decorrência de um terceiro, além de ser um incentivo para que os juízes ajustem a compensação nas situações específicas em que não podia levar em consideração fórmulas mais matemáticas e mais rígidas³⁶³.

Por seu intermédio é reconhecido não apenas que a reparação deve se medir pelo dano, como a possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais, a cumulação de reparação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, além de possibilitar a reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance, pois é deste extraído que todos os danos sofridos pela vítima devem ser reparados em sua integralidade, buscando o retorno da situação próximo do que existia antes da conduta lesiva, e do consequente dano, terem ocorrido.

Assim, deste princípio extraímos duas principais diretrizes, a primeira delas a de que todos os danos devem ser *prima facie* ressarcidos, e, partindo deste, os interesses, que podem ser acessórios à obrigação principal de ressarcir o dano, também devem ser incluídos no ressarcimento, pois deve preservar a integridade da indenização a que tem direito a vítima. A segunda é a de que o valor do ressarcimento não deve ser nem superior e nem inferior ao dano efetivamente sofrido, devendo ser analisado, no caso de reparação inferior ao dano, que a sua consequência é a sua não efetivação e sua reparação superior, o que afetaria por excesso³⁶⁴.

Quanto a esta segunda diretriz, vale destacar que a origem do princípio da reparação integral dos danos remete ao direito francês, em que foi sistematizado pela doutrina como um adágio, sendo este “*Tout Le Dommage, mais rien que le damage*”, ou seja, “todo o dano, e nada mais que o dano”, estabelecendo um piso indenizatório, que seriam os danos, juntamente com um teto indenizatório, correspondente a nada mais que o valor dos danos³⁶⁵.

Enquanto piso indenizatório, ou função compensatória, assegura a reparação da totalidade dos prejuízos sofridos pela vítima. Na segunda função, esta de teto indenizatório, o objetivo é evitar o enriquecimento sem causa da vítima através do valor que foi arbitrado, pois a responsabilidade civil não pode ser pretexto para obter vantagem indevida³⁶⁶.

363 VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité**: effets. Paris: L.G.D.J., 1988.

364 VARIZAT, Andrés f. **Daño pasado, daño futuro y principio de la reparación integral**: sus proyecciones practicas em un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Disponível em: <www.taringa.net>. Acesso em: 25 out. 2011.

365 SANSEVERINA, Paulo de Tarso V. Princípio da reparação integral dos danos pessoais. **Jornal Carta Forense**. Out., 2005.

366 *Ibidem*.

Nesse sentido Flaviana Rampazzo Soares, que, ao analisar o art. 944, dispõe que este determina que a indenização corresponde, sempre que possível, ao dano, tratando-se de uma ideia de equivalência, a qual teria como consequência uma situação de equidade, pois não se dá ao ofendido nem mais nem menos do que a perda que sofreu³⁶⁷.

Com isso, para que uma decisão esteja de acordo com o princípio tem que atender aos dois limites mencionados, não podendo o valor definido a título de indenização ou compensação ser inferior aos danos sofridos pela vítima, também não podendo ser superior a este, para que não se converta em instrumento de enriquecimento sem causa³⁶⁸ da vítima.

Além do previsto no caput do art. 944 do CC02, no caso do descumprimento das obrigações, os limites desta indenização estão estabelecidos no art. 402 e 403, também do CC02, sendo estes os danos emergentes e os lucros cessantes, mas apenas os que decorrem direta e imediatamente da conduta. O que também se aplica aos casos de reparação na responsabilidade extracontratual.

A quantificação do dano é uma dificuldade no campo da responsabilidade civil, quer seja no campo contratual como no extracontratual. No caso do dano decorrente de um inadimplemento contratual, o próprio contrato firmado entre as partes envolvidas é que balizará o ressarcimento, ou pode, até mesmo, ter sido fixada pelos contratantes uma cláusula penal que incidirá no seu descumprimento. Enquanto na responsabilidade civil extracontratual a extensão do dano e valor da reparação deverão ser avaliados diante do caso concreto³⁶⁹.

Contudo, diante destas duas espécies, embora existam diferenças quanto ao momento da fixação do valor da reparação, pois na contratual encontramos os parâmetros para a fixação do valor da reparação previsto no próprio instrumento, ou até mesmo o valor desta quando presente cláusula penal, isto não afasta a incidência do princípio da reparação integral dos danos.

367 SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

368 NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. **Revista dos Tribunais**. Ano. 95, vol. 843. Janeiro de 2006. p. 106.

[...] verifica-se o enriquecimento sem causa se presentes (a) a vantagem patrimonial propriamente dita, consistente no benefício aferível em dinheiro – que se verifica não apenas no aumento de bens, mas também na diminuição do passivo e na economia de algumas despesas -; (b) o empobrecimento, de outra ponta, que se verifica diante da perda de patrimônio; (c) o nexo causal, isto é, o liame entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro; (d) e, por fim, a ausência de causa. Haverá enriquecimento sem causa se presente esse nexo causal entre a vantagem e a perda do patrimônio de duas pessoas, sem uma causa jurídica geradora que justifique essa alteração.

369 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** – responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Miguel Maria de Serpa Lopes afirma que ao tratar da responsabilidade civil decorrente do descumprimento da obrigação, o princípio geral que rege a matéria é o de que ele deve ser integralmente reparado, sendo esta de tal forma que restabeleça o credor na posição que teria se o devedor houvesse cumprido a obrigação que lhe incumbia³⁷⁰. Ademais, esta obrigação por perdas e danos no caso do descumprimento da obrigação não tem caráter de pena, em razão de que, para a sua composição, não entre em linha de conta o grau de responsabilidade do devedor, mas a extensão ou maior ou menor gravidade do dano³⁷¹. Concluindo que não há motivos para excluir a aplicação da reparação integral dos danos nos casos de responsabilidade civil contratual, que decorre do descumprimento de obrigações, mas sendo observado, primeiramente, o que foi acordado pelas partes³⁷².

Por fim, do princípio da reparação integral dos danos resulta que todos os danos sofridos pela vítima devem ser reparados, o que compreende que deve ser reparado todo o dano sofrido, sendo este o que determinado o valor da reparação, como também a possibilidade de cumulação de reparação por dano patrimonial com dano extrapatrimonial.

4.2.1.1 Princípio da Vedação do Enriquecimento Sem Causa como uma das faces do Princípio da Reparação Integral dos Danos

Tendo em vista que do princípio da reparação integral dos danos não extraímos apenas um limite mínimo do valor da indenização ou compensação, que não deve nunca ser inferior à extensão do dano, mas que este valor nunca deve ser superior ao dano sofrido pela vítima, faz parte do conteúdo deste princípio o da vedação do enriquecimento sem causa.

Clayton Reis ressalta que caso o princípio da equivalência não seja observado, haverá o inevitável risco de uma indenização incompatível com os pressupostos da responsabilidade civil, resultante em inevitável lesão para as partes, gerando o enriquecimento ilícito de uma parte, com o conseqüente empobrecimento ilícito da outra parte³⁷³.

Como dispõe Fábio Henrique Podestá, a indenização não pode representar valor superior ao prejuízo, sob pena de converter-se em lucro fácil e prestigiar o enriquecimento

370 LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil:** obrigações em geral. 6. ed., rev. e atual. pelo Professor José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A.1995. v.2.

371 LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil:** obrigações em geral. 6. ed., rev. e atual. pelo Professor José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A.1995. v.2

372 *Ibidem.*

373 REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ilícito, e a reparação é equiparada à restituição *in integrum*, e visa repor o patrimônio do lesado na situação em que estaria se não tivesse ocorrido o fato danoso³⁷⁴.

Além deste, a vedação do enriquecimento sem causa apresenta outros significados, figurando não só como um princípio que rege a reparação dos danos, compreende uma fonte de obrigação, inserida entre os atos unilaterais, sendo que desta decorre um dever de restituir o indevidamente auferido imputada àquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, como é observado no artigo 884 do Código Civil de 2002³⁷⁵.

Nesta sua outra vertente é extraída a possibilidade do exercício da ação de enriquecimento. Neste caso, igualmente, a responsabilidade civil estabelece o dever de reparar, mas apresentando requisitos distintos. Pois, no caso do enriquecimento ilícito, estes requisitos são extraídos do artigo supramencionado, sendo estes o enriquecimento de uma parte, o empobrecimento da outra, uma relação de causalidade entre esses dois fatos, a ausência de causa jurídica que justifique a ocorrência destes³⁷⁶. O que pode ser extraído do disposto por José Roberto de Castro Neves³⁷⁷:

Verifica-se o enriquecimento sem causa se presentes (a) a vantagem patrimonial propriamente dita, consistente no benefício aferível em dinheiro – que se verifica não apenas no aumento de bens, mas também na diminuição do passivo e na economia de algumas despesas -; (b) o empobrecimento, de outra ponta, que se verifica diante da perda de patrimônio; (c) o nexo causal, isto é, o liame entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro; (d) e, por fim, a ausência de causa. Haverá enriquecimento sem causa se presente esse nexo causal entre a vantagem e a perda do patrimônio de duas pessoas, sem uma causa jurídica que justifique essa alteração.

A vedação ao enriquecimento ilícito como princípio não gera o direito a uma ação para buscar a restituição do equilíbrio rompido, figurando como um critério de justiça e equidade, sendo um princípio informador do direito, que se não lesa a lei e não substitui uma

374 PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

375 NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. **Revista dos Tribunais**. Ano. 95, janeiro de 2006. vol. 843.

[...] o direito não tolera que alguém receba vantagem, obtendo acréscimo patrimonial em detrimento de outrem sem uma causa jurídica, isto é, por meio de um ato que não seguiu uma estrutura econômica-social reconhecida pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o negócio sem causa não receberá reconhecimento jurídico, porquanto o ato não estará cumprindo a sua função social. Assim, se alguém paga algum valor a outrem indevidamente, o ordenamento entende que esse enriquecimento, sem uma causa justificável, lhe é contrário, impondo a quem recebeu a vantagem indevida a restitua e, com isso, promova-se o re-equilíbrio patrimonial. (p.106)

376 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. Vol 5: 2ª parte. 34. ed. ver. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

377 NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. **Revista dos Tribunais**. Ano. 95, janeiro de 2006. vol. 843. p. 106-107.

regra específica não encontra restrições, “consubstanciando-se num importante meio para viabilizar os ditames da liberdade, justiça e solidariedade”³⁷⁸.

Enquanto princípio, a sua atuação no âmbito da responsabilidade civil se situa no contexto da indenização ou compensação pecuniária, quer seja quanto ao dano patrimonial ou extrapatrimonial, uma vez que, no momento em que o valor da reparação for fixado deve ser observada a regra que proíbe o enriquecimento sem causa, evitando que a quantia definida consubstancie-se em fonte de locupletamento do lesado³⁷⁹.

Carvalho Santos ressalta que o princípio fundamental, e aceito geralmente por todos os tratadistas, de que a indenização deve visar diretamente reconstituir o patrimônio desfalcado pelo ato ilícito e nunca dar lucro ao prejudicado. Segundo este princípio, por meio da indenização aquele que a ela tem direito não se deve enriquecer, mas apenas obter ressarcimento do dano efetivo, decorrem duas consequências, sendo elas³⁸⁰:

a) se o acontecimento que motivou a indenização produziu também uma vantagem a favor do prejudicado, resulta na realidade que o dano causado é tanto menor quanto maior for dita vantagem, resultando daí, como consequência, que esta pode ser imputada à prestação da indenização.

b) a indenização pela perda de uma coisa ou de um direito tem de ser prestada mediante a simultânea cessão das pretensões ou ações que ao titular do direito a indenização competem em virtude da sua propriedade, ou em virtude de outro direito.

Como modelador da atuação deste princípio no campo da responsabilidade civil, encontramos o art. 944 do Código Civil de 2002, que estabelece limite a ser obedecido no momento da definição do valor da indenização, sendo este a extensão do dano. Como também o art. 402 do mesmo dispositivo legal, que estabelece o que compõe o dano a ser reparado, sendo tanto os danos efetivamente sofridos, que consiste no dano emergente, como o que razoavelmente se deixou de lucrar, sendo este os lucros cessantes.

Partindo da observação do que está previsto nestes dispositivos legais, ressalta Giovanni Ettore Nanni que o dano deve ser observado em toda a sua extensão, para que ocorra a satisfação da lesão experimentada em virtude da conduta contrária ao direito praticada pelo ofensor, sendo o que deve ser reparado composto pelos danos concretos e diretamente experimentados e aqueles projetados para o futuro, conclui que³⁸¹:

378 NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 193.

379 *Ibidem*.

380 SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**: direito das obrigações. v. XXI. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

381 NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Nesse contexto situa-se a possibilidade de atuação do princípio do enriquecimento sem causa, uma vez que, se a indenização a ser fixada fugir dos parâmetros instituídos pela legislação civil, outorgando-se montante superior ao dano ao lesado, este será contemplado com a quantia indevida, caracterizando, portanto, locupletamento indevido.

No campo dos danos patrimoniais, esta atua definindo que a indenização deve ser proporcional ao dano causado pelo ofensor, “recompondo o patrimônio do ofendido à situação em que se encontrava anteriormente, acrescido de eventuais lucros frustrados, ou seja, o que razoavelmente deixou de lucrar em decorrência do ato contrário ao direito”. Destacando que “assim, se há o retorno ao estado anterior, não há que se falar em enriquecimento injusto, salvo se o lesado pretender receber verbas adicionais desprovidas de justa causa, quando, nessa hipótese, pode o princípio entrar em cena”³⁸².

Quanto à recomposição desta espécie de dano, no caso da reposição natural, como se dá por meio de uma reconstituição do estado anterior, esta, em princípio, não viola a vedação do enriquecimento sem causa. Contudo, quando esta forma de reparação dos danos não é possível, sendo necessário recorrer à reparação pecuniária, com a fixação de uma indenização, é que se torna mais difícil a observância deste princípio³⁸³.

Embora a limitação do valor da reparação pecuniária dos danos ao valor total destes figure como uma das facetas do princípio da reparação integral dos danos, esta determinação também faz parte do princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Sendo este um princípio que no momento da definição do quantum indenizatório caminha lado a lado com o primeiro.

4.2.1.2 Princípio da Reparação Integral dos Danos como Fundamento da Aceitação da Teoria da Perda de uma Chance

O princípio da reparação integral dos danos é visto pela doutrina como um dos motivos para a admissão da indenização da perda de uma chance pelo direito brasileiro. Esta posição é adotada por Sérgio Savi, que, juntamente com este princípio, também inclui dentre

382 *Ibidem.*

383 *Ibidem.*

estes motivadores para esta aceitação a cláusula geral de responsabilidade civil e a evolução deste instituto para a reparação do dano injusto³⁸⁴.

Para o autor, o Código Civil de 2002 estabelece uma cláusula geral de responsabilidade civil, que seria o artigo 186, na qual prevê a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, o que inclui o da perda de uma chance, desde que preencham os demais requisitos exigidos para o surgimento do dever de indenizar. Desta forma, uma interpretação sistemática das regras que tratam da responsabilidade civil leva a creditar que as chances perdidas, quando sérias, devem ser indenizadas quando provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance³⁸⁵.

O terceiro motivo para a aceitação da perda de uma chance apresentado por Sérgio Savi é a evolução da responsabilidade civil, faz com que o foco de atenção do julgador, que antes era o ato ilícito, mudasse radicalmente para a proteção da vítima contra os danos considerados injustos pelo ordenamento jurídico, por ser a perda de uma chance um dano injusto não teria como negar a indenização diante desta, como expõe³⁸⁶:

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorre da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano.

Seguindo para o princípio em destaque, a causa apresentada é que quando da perda de uma chance decorrer danos materiais os mesmos devem ser considerados danos emergentes, encontrando previsão no que está previsto no art. 402 do Código Civil vigente, que para o autor é o dispositivo legal no qual está positivado este princípio. Concluindo que, levando em conta que está inserido nos danos materiais, assim não teria como admitir posição contrária à integral reparação³⁸⁷.

Nesta mesma esteira, Paula Lemos elenca a evolução da responsabilidade civil, sendo esta do ato ilícito para o dano injusto, por ser este um conceito mais amplo, juntamente com este princípio, como o que permite que seja possível a indenização no caso da perda de uma chance, tanto na perda de uma oportunidade de obter uma vantagem, ou, então, de evitar um prejuízo³⁸⁸.

384 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

385 *Ibidem*.

386 *Ibidem*, p. 109.

387 *Ibidem*.

388 LEMOS, Paulo M.F. Ato ilícito e reparação por dano. **Vox Juris**, ano 2, v. 2, 2008, p. 41-84.

Este princípio é apresentado como o fundamento da reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance por Eduardo Abreu Biondi, que afirma que a busca incessante da reparação de danos, como dogma constitucional, abraça também as hipóteses das chances perdidas. Apesar de não existir nenhuma norma expressa quanto à reparação da perda de uma chance, sob juízo do princípio da reparação integral dos danos, a vítima não poderá suportar os prejuízos, mesmo que provenientes da perda da oportunidade de obter uma vantagem³⁸⁹.

Andrés F. Varizat afirma que a perda de uma chance não surge explicitamente de nenhum artigo do Código Civil argentino, mas sim de uma norma implícita do direito dos danos derivados do princípio da reparação integral, que tem como objetivo dar mais flexibilidade ao requisito da certeza dos danos, o que faz com que sejam ressarcíveis as possibilidades ou expectativas de receber um benefício³⁹⁰.

Com isso, o princípio da reparação integral dos danos também é apontado como um dos fundamentos da reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance, uma vez que determina que todos os danos sofridos pela parte autora devem ser reparados em sua totalidade, em que está inserido o decorrente da destruição de uma chance.

4.2.2 Incidência do Princípio da Reparação Integral dos Danos na Quantificação da Reparação Pecuniária dos Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais

A consagração do princípio da reparação integral dos danos como orientador da responsabilidade civil no direito brasileiro traz consigo a possibilidade de cumulação, em face de um único caso concreto, de reparação tanto por dano patrimonial como extrapatrimonial, e a estes ainda soma as novas espécies de dano que, embora possam ser classificados dentre estas espécies de dano, apresentam características específicas, a exemplo dos danos estéticos e da própria perda de uma chance.

Desta forma, a cumulação dos danos decorre da busca pela reparação dos danos sofridos pela vítima na sua integralidade, independente da forma com que o dano se apresente,

389 BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/39/88/3988/>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

390 VARIZAT, Andrés F. **Daño pasado, daño futuro y principio de la reparación integral**: sus proyecciones practicas em un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Disponível em: <www.taringa.net>. Acesso em: 25 nov. 2010.

ou seja, se desta conduta lesiva em análise decorrem, ao mesmo tempo, tanto danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais, quer seja dano emergente ou lucros cessantes, pois todos estes devem ser reparados.

Com isso, resta claro que não existe nenhuma restrição ao princípio da reparação integral dos danos em uma das suas projeções, da qual decorre a possibilidade da cumulação dos danos. Contudo, quanto a sua projeção da qual resulta que o dano a ser reparado em toda a sua extensão, sendo que nesta figura como princípio orientador da quantificação do valor da reparação, dúvidas são apresentadas quanto a sua aplicação em face dos danos extrapatrimoniais, pois encontramos na doutrina defesa no sentido de que no caso em que envolva a reparação desta espécie de dano, por serem estes arbitrados pelo juiz, não deveria observar o previsto no art. 944 do Código Civil de 2002.

Com tal posicionamento, destacamos o exposto por Caio Rogério da Costa Brandão, que segue³⁹¹:

É importante ressaltar que nos casos de indenização por dano moral, não se pode buscar uma equivalência entre o dano e o valor da satisfação, pois, de fato, o objeto da Ação é imensurável e absolutamente insusceptível de valoração exata, cabendo ao juiz uma compensação em valor monetário ou até mesmo em obrigações de fazer ou não fazer.

Neste caminho, Regina Beatriz Tavares da Silva destaca que o critério da extensão do dano, previsto no art. 944 do CC, adapta-se especialmente ao dano material, pois na fixação do dano material calcula-se tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e o que efetivamente perdeu, portanto, verifica-se a extensão do dano, e tem caráter ressarcitório.

Contudo afirma que na reparação do dano moral, por ser impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial, não há ressarcimento. Com isso, outros critérios devem ser observados, no momento da fixação da reparação, para avaliar a extensão do dano moral, a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante, e que estes devem obedecer à proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando em conta o efeito, que será a prevenção, por meio do desestímulo^{392;393}.

391 BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. Dano moral: valoração do quantum e razoabilidade objetiva. **Revista do Direito Privado**. n. 25, ano 7, jan./mar. 2006, p.75.

392 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueiredo (Coords.). **Novo Código Civil. Questões controvertidas**. Série Grandes Temas de Direito Privado. Vol.1. São Paulo: Método, 2007.

393 No mesmo sentido PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 265.

Quanto ao dano moral, tanto a doutrina como a jurisprudência registram a inexistência de base segura para mensurar a extensão da indenização, em geral de

Destacamos, ainda, o entendimento de Paulo Roberto Ribeiro Nalin, que ao analisar o art. 1059 do Código Civil de 1916, que trata das perdas e danos, destaca que, de acordo com a redação deste dispositivo legal, a tentativa de reparação integral toma como base a satisfação de seu pressuposto mais essencial, sendo este o de tornar indene o lesado em danos patrimoniais.

Contudo entende que, embora se perceba no sistema pátrio da responsabilidade civil que os danos patrimoniais têm a possibilidade de serem reconstituídos de forma integral, o mesmo não ocorre com os danos não patrimoniais. Tendo como motivo que o julgador, no caso dessa segunda espécie de dano, não tem critério adequado para levar a vítima desse tipo de dano à situação em que se encontrava anteriormente ao fato ilícito.

Embora esta oposição à observação do previsto no CC02, em seu art. 944, no caso dos danos extrapatrimoniais tenha uma base real, sendo esta a reparação desta espécie de dano, em sua forma de equivalente pecuniário, ocorra por meio da compensação, disto não resulta a inobservância do princípio da reparação integral dos danos na sua dimensão em análise.

Dentro da visão, encontramos Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, que após afirmar que hoje, após longo percurso, estabeleceu-se a reparação integral do dano como um valor importante no ordenamento, destaca que³⁹⁴:

Reconheceu-se, mais, que os danos extrapatrimoniais são merecedores de tutela privilegiada, já que fundamentalmente ligados à dignidade da pessoa humana, segundo a normativa da Constituição da República, de 1988. E que o princípio da dignidade humana, erigido pela Constituição de 1988 como fundamento da República, deve irradiar-se, prioritária e necessariamente, por todo o sistema jurídico. Consagrou-se a solidariedade como um valor da República (Constituição da República, de 1988, art. 1º, III, e art. 3º, I) solidariedade que, em termos de responsabilidade civil, aponta no sentido da vítima, sempre buscando garantir-lhe uma reparação integral.

O que deve restar claro é que qualquer forma de dano deve ser objeto de reparação integral, não apenas em observância ao previsto no art. 4º, inciso X, da CF³⁹⁵, mas também na

natureza pecuniária, em face da grande dificuldade de apurar o mal ou a dor que foi provocada, notadamente considerando o aspecto subjetivo. (...) A reparação do dano moral não visa repor o prejuízo sofrido, mas basicamente impor em favor da vítima uma compensação ou a imposição de pena pela conduta do ofensor. Assim, por exemplo, não é possível estimar em termos pecuniários predeterminados a dor dos familiares pela morte do pai de família, diante da omissão legal.

394 MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 63. p. 69-94, 2008. p. 72.

395 A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu Art. 5º, caput, e em seu inciso X, o que segue:

intenção do legislador, sendo esta de que todo e qualquer dano, patrimonial ou extrapatrimonial, seja medido na sua extensão, sendo atribuído ao lesado, a título de reparação, o valor equivalente ao prejuízo sofrido. Desta forma, o que se pretende institucionalizar é a ideia de que todo e qualquer dano deverá ser objeto de reparação de uma forma integral³⁹⁶.

Destacando Clayton Reis que, se quisermos adotar princípios de reparação integral, é necessário abandonar a ideia da patrimonialização do dano, e partir da busca de uma solução que seja mais compatível com a ideia da repriminção na esfera dos danos morais. Para estabelecer uma exata dimensão desta espécie de danos é necessária uma reflexão sobre o seu conteúdo axiológico, capaz de assegurar uma análise mais acurada e distanciada dos mecanismos orientados em direção a uma aferição de bens econômicos, e nesta seria imprescindível que o julgador se posicione na condição da vítima, não bastando entender os mecanismos que concedem suporte às questões alusivas à reparação dos danos morais, pois seria imprescindível que o julgador vivencie, no pleno dos valores em que o lesionado se encontra, a extensão das ações que determinaram a consumação dos efeitos do ato lesivo³⁹⁷.

Assim, o princípio da reparação integral dos danos não tem o seu campo de atuação limitado aos danos patrimoniais, pois, mesmo a compensação no caso dos danos extrapatrimoniais sendo estabelecida por arbitramento pelo juiz, a decisão a ser tomada tem que ser pautada na busca de que todos os danos sofridos pela vítima sejam reparados de forma integral e plena pelo responsável.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

X – São Invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

396 REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 155

397 *Ibidem* p.155.

4.3 OUTROS CRITÉRIOS QUE INCIDEM NA QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

Embora figure o princípio da reparação integral dos danos como o principal princípio que norteia a reparação dos danos na responsabilidade civil, este encontra limites no próprio ordenamento jurídico, tanto em face de outros princípios, que entram em colisão diante de caso concreto, como por previsão legal, ou também pode encontrar limitações na convenção ou por ato do juiz. Judith Martins-Costa elenca alguns exemplos dessas limitações, dispondo³⁹⁸:

No primeiro caso está, por exemplo, a regra do art. 750, em matéria de contrato de transporte: quando este não caracterizar contrato de consumo a responsabilidade do transportador está limitada, para certos efeitos, quantitativa e temporalmente, “ao valor constante do conhecimento” (previsto no art. 743). As partes podem, convencionalmente, limitar a indenização ao estabelecer cláusula penal (arts. 408 e ss). E é também atribuído ao juiz o poder-dever de reduzir a indenização, seja na hipótese prevista no art. 413, seja a do art. 944, parágrafo único, por equidade, seja ainda no caso de culpa concorrente da vítima (art. 954). Quando limitada a indenização em virtude de cláusula penal, pode o juiz também aumentá-la – em atenção ao princípio da reparação integral – por meio da concessão ao lesado, em certos casos, de indenização suplementar (art. 404, parágrafo único).

Com isso, não apenas a reparação integral dos danos deve ser observada no momento de estabelecer o valor da indenização ou compensação, pois a influência de outros princípios se faz presente neste momento, como o da solidariedade³⁹⁹, razoabilidade, equidade e, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, que deve ser observada no momento da imputação do dever de reparar os danos ao causador deste ou outro responsável pelo mesmo, dos quais são extraídos critérios como o da gradação da culpa e da situação da vítima e do responsável, além de ser observada a existência de valores a serem compensados e de responsabilidade solidária.

398 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, v. V, Tomo II: do inadimplemento das obrigações**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 333.

399 CAPPELARI, Récio. **Os novos danos à pessoa**. Na perspectiva da repersonalização do direito. Rio de Janeiro: G Z Editora, 2011.

O princípio da solidariedade social, atualmente incluso na própria Constituição Federal Brasileira, em seu art. 3º, inciso I, como objetivo primordial da República Brasileira, apresenta uma verdadeira mudança na própria concepção de solidariedade, a uma porque passa a ser de observação e vinculação obrigatória, pois imperativamente deverá ser obedecida pela sociedade civil e pelo poder público, mas também, e, talvez principalmente, porque deixa de ser uma mera caridade, afetas às pessoas bondosas ou às entidades voltadas a este mister, passando a merecer primazia nas próprias políticas públicas e também no respeito entre os particulares.

O valor solidariedade é tão relevante que também serve de substrato fundamentador do próprio direito de danos e da proteção ao ser humano, atuando como novo e importante sustentáculo da própria responsabilidade civil.

Felipe P. Braga Netto elenca seis princípios como os que regem a responsabilidade civil. O primeiro deles seria o da irrelevância da culpa para a fixação do valor da indenização, segundo o qual o grau de culpa não importa, em regra, para a fixação do valor da reparação, sendo o valor fixado com base na extensão do dano, de tal forma que dano maior equivale a indenização e dano menor a indenização menor. Quanto ao segundo princípio, que seria o da essencialidade do dano, ressalta que: “sem o dano não há responsabilidade civil. O dano pode ser material ou moral. Pode ser atual ou futuro (desde que certo). Deverá, no entanto, existir, sem o qual não poderá falar, adequadamente, de responsabilidade civil”⁴⁰⁰.

O terceiro princípio apresentado é o da preocupação prioritária com a vítima, que segue a tendência mundial, em se tratando de responsabilidade civil, que é o de não deixar a vítima sem reparação. Seguido pelo da reparação integral, destacando o autor que: “a indenização mede pelo dano, de forma que deve abranger inteiramente este. Sendo o dano não apenas patrimonial, mas também moral, a indenização deverá ser a mais completa possível, compreendendo ambos”⁴⁰¹.

Como quinto princípio apresenta o da solidariedade entre os causadores do dano, o que decorre do previsto no art. 942 do Código Civil, havendo mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos. E por fim, apresenta o princípio do ajuste da indenização ao valor suportável pelo responsável, dispondo, quanto a este, o que segue:

Esse princípio não consta da nossa legislação (pelo menos não como princípio geral, embora haja referências específicas, como o parágrafo único do art. 928), nem a jurisprudência a ele explicitamente se refere. Entendemos que decorre da Constituição da República, não sendo possível, a pretexto de aplicar a máxima de que a indenização se mede pelo dano, que se provoque a ruína do ofensor.

Embora os princípios apresentados, em sua maioria, apresentem uma tendência de seguir para um mesmo caminho, que é a busca por uma reparação de forma integral e plena da vítima, dentre estes podemos extrair um dos limites ao princípio da reparação integral dos danos, tendo em vista que, diante da colisão destes face ao caso concreto, haverá a preponderância de um deles, mesmo que não excluindo o outro. Sendo este o do ajuste da indenização ao valor suportável pelo responsável.

Contudo os limites da reparação integral dos danos não se limitam ao princípio acima mencionado, encontrado no artigo em que restou consagrado, sendo este do Código

400 BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

401 *Ibidem*.

Civil vigente, uma segunda limitação, sendo esta decorrente de uma culpa de uma parte desproporcional ao dano gerado à outra.

Partindo desta constatação, a primeira limitação a ser tratada neste item será a prevista no parágrafo único do Art. 944 do Código Civil de 2002, sendo a possibilidade de reduzir o valor da indenização, de forma equitativa, quando houver uma excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano sofrido. Tratando não apenas da sua aplicação, da posição doutrinária contra e a favor de tal dispositivo, e da sua utilização pela jurisprudência, como adentrando a discussão da incidência desta à responsabilidade civil objetiva, na qual a culpa não figura como requisitos.

Ainda neste ponto, tomando como ponto de partida um dos requisitos da responsabilidade civil, sendo este o nexo de causalidade, seguiremos para a análise de outras situações em que esta influencia na quantificação da reparação, sendo a culpa concorrente. Além de tratar de outro caso, sendo que este leva à extinção da responsabilidade civil, que a culpa exclusiva da vítima, que na realidade figura como uma causa excludente.

Contudo, levando em conta que esta gradação da culpa não figura como único fator de moderação do princípio da reparação integral dos danos, pois este pode entrar em conflito com outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana, seguiremos para a análise da situação responsável como fator que pode influenciar na quantificação do valor da reparação. Sendo que é neste que finalizaremos a nossa análise.

4.3.1 Grau de Culpa

Ao apresentar o princípio da reparação integral dos danos, restou claro que faz parte do seu conteúdo o previsto no caput do Artigo 944 do Código Civil, que estabelece que a indenização é medida pela extensão do dano. Deste é extraído que o valor da reparação deve estar atrelado aos danos sofridos pela parte, o que deve ser seguido no momento da sua quantificação, figurando o valor do dano não apenas como o valor máximo da reparação, mas, também, como o mínimo.

Contudo esta dimensão do princípio da reparação integral dos danos, de que o valor definido como o da reparação não pode ser inferior ao dano sofrido pela vítima, encontra limitação no mesmo dispositivo legal em que é estabelecida, sendo esta em seu parágrafo

único, ao estabelecer que o valor da indenização pode ser reduzido no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Desta forma, embora com a responsabilidade civil o que se busca é um instrumento que possibilite a reparação, em sua totalidade, de todos os danos sofridos, esta reparação pode não se dar de forma integral, o que depende da desproporção entre o grau de culpa do causador e a lesão, conforme o parágrafo único do art. 944 do Código Civil, que adota a teoria da gradação da culpa para incidir na quantia indenizatória.

Estas previsões, tanto do princípio da reparação integral dos danos como da sua exceção, não se fazia presente no Código Civil de 1916, sendo inaugurado pelo Código Civil vigente, em um dispositivo que é apontado como uma das mais polêmicas e importantes inovações consagradas pela nova legislação cível, já que mexe com uma tradição de séculos que definia que sempre o tamanho do dano, e não a culpa, é o que dava a medida da indenização. Sendo vista como causador de uma revolução na teoria da indenização, pois, em nome da justiça, permite ao juiz que, usando a equidade, reduza o quanto ressarcitório quando diante de caso em que a culpa seja desproporcional ao dano⁴⁰².

A doutrina se divide entre os que se manifestam favoráveis e contrários a esta influência do grau da culpa no momento da quantificação da reparação, com base nos mais diversos argumentos, até mesmo da inconstitucionalidade do previsto no parágrafo único.

Dentre os que se posicionam de forma contrária a esta inovação, podemos destacar Rui Stoco, que vê este dispositivo, a título de exceção, como equívoco e nocivo. Motivando tal posição por a gradação da culpa como princípio estar em contradição com o princípio expressamente enunciado no caput, como também ao dispor que se reparar o dano é restituir as coisas ao estado anterior, a redução do valor, tendo em vista o grau de culpa, não indeniza integralmente e não cumpre aquele princípio, dando ao julgador indesejado poder discricionário e um perigoso critério subjetivo de avaliação. Para o autor, o mais adequado seria que o legislador, em vez de condicionar a redução equitativa da indenização à gravidade da culpa, condicionamento esse que conduz à injustiça e distorções, poderia ter estabelecido essa ligação com a condição econômica e financeira de quem dá e de quem recebe⁴⁰³.

Os argumentos favoráveis a tal dispositivo estão relacionados à justiça proporcionada pela observância do grau de culpa do causador do dano e a influência deste no

402 LOPES, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueiro. (Coord.). **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas**. Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier, 2008.

403 STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro (estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês). **Revista dos Tribunais**. Ano. 94, vol. 831, jan., 2005.

momento da quantificação. Sendo, neste sentido, a posição adotada por Miguel Kfouri Neto⁴⁰⁴, que destaca:

Essa graduação introduzida pelo novo CCB permitirá maior justiça ao se fixar a extensão da reparação – por meio da análise da gravidade da imperícia, negligência ou imprudência com que se houve o causador do dano. Conforme a maior ou menor previsibilidade do resultado, maior ou menor falta de cuidado objetivo, o agir culposos será enquadrado como levíssimo, leve ou grave. Aí, o juiz poderá proceder à justa individualização da culpa e, por conseguinte, determinar a extensão da reparação.

Milton Paulo de Carvalho Filho destaca ter este o objetivo de tornar mais justa e equânime a indenização nos casos em que o causador do dano, num instante de inadvertência, deu motivo a que se consumasse um grande prejuízo, cujo ressarcimento poderá ocasionar a ruína total⁴⁰⁵.

Em geral, independentemente do grau da culpa do ofensor, o responsável pelo dano deve reparar toda extensão do que foi sofrido pela vítima, contudo há casos em que a pequena culpa do autor pode conduzi-lo à ruína em razão do pagamento da indenização pelos danos suportados pela vítima. O que resta consagrado no CC02, pois este estabelece enquanto critério a ser observado pelo juiz na fixação da reparação o da gradação da culpa, e neste “a gravidade da culpa passa a ser considerada quando excessiva a desproporção entre ela e o dano, ficando o juiz autorizado pela equidade a analisar a possibilidade da redução do valor da indenização”⁴⁰⁶.

Regina Beatriz Tavares da Silva apresenta a mudança operada por este dispositivo como significativa, pois tanto nos danos morais quanto nos materiais a gravidade da falta passa a influenciar o quantum indenizatório, e que o caráter punitivo da reparação dos danos passou a ter apoio legal⁴⁰⁷.

Contudo deve restar claro que a possibilidade de ser observada a gradação da culpa no momento de estabelecer o valor da reparação não busca atender a intuitos sancionatórios ou punitivos, dos quais decorreria o agravamento da responsabilidade do réu,

404 KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**. Ano 94, vol. 839, setembro de 2005. p. 56.

405 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade do novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 47.

406 *Ibidem*, p. 47.

407 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueiredo (Coords.). **Novo Código Civil**. Questões controvertidas. Série Grandes Temas de Direito Privado. Vol.1. São Paulo: Método, 2007.

sendo destinada a proteger o responsável civil de um ônus excessivo em certas situações, observando as circunstâncias do caso concreto⁴⁰⁸.

Da leitura do previsto tanto no caput como no parágrafo único do art. 944 do CC02 resta evidente o caráter de exceção ao estabelecido no parágrafo único, já que este estabelece diversos requisitos para a sua aplicação. Com isso, não deve restar dúvidas que primeiramente deve ser observado, no âmbito do direito civil, em especial quando da fixação do quantum indenizatório, a irrelevância da culpa no momento de estabelecer este valor, que, como já destacado, é apresentado por Felipe Braga Netto como um dos princípios que regem a responsabilidade civil⁴⁰⁹.

Existem limites para a utilização deste critério, o primeiro deles é que este dispositivo não pode ser utilizado com o objetivo de majorar o valor da reparação, já que expresso no sentido de que poderá ser reduzido o valor da indenização, por ser o objetivo deste o de conceder ao julgador a possibilidade de adequar o valor da indenização ou compensação quanto o dano foi excessivamente desproporcional à culpa apurada, sendo muito superior a esta.

Nesse sentido, destaca Anderson Schreiber⁴¹⁰ que:

A ninguém, com efeito, passa despercebido o fato de que o legislador não autorizou a elevação da indenização com base na culpa grave ou no dolo do agente, mas exclusivamente permitiu a redução equitativa da indenização quando a culpa for desproporcionalmente ténue frente ao dano provocado.

Ademais, o previsto no parágrafo único não pode ser aplicado em todos os casos, mas somente naqueles em que a proporção for demasiada, e que, neste sentido, a avaliação da conduta do ofensor ou a gradação da culpa assume relevância, pois o dispositivo trata daqueles casos em que, por exemplo, a culpa é tão leve, ou mesmo quando esta inexistir, o que não justificaria que o causador do dano repare, de forma integral, a vítima⁴¹¹.

Diante destes casos deve ser feita uma ponderação entre o princípio da reparação integral do dano, quer seja o dano patrimonial ou extrapatrimonial, e o da influência da culpa quando houver uma desproporção entre a culpa e o dano, e nestes caberá ao julgador a

408 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

409 BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

410 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 43.

411 SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

incumbência de analisar e decidir de forma fundamentada pelo afastamento do princípio da reparação integral do dano e a adoção da gradação da culpa.

Desta forma, quando diante de casos em que haja a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e dos danos causados, deve ser observado, em certas dimensões, o princípio da reparação integral dos danos, principalmente quanto à possibilidade de cumular os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Mas também deve ser seguido que o valor da reparação ser medido de acordo com a extensão do dano, pois é sobre este valor que o juiz irá definir o quantum indenizatório ou compensatório por meio de uma redução com base no critério da equidade, que leva em conta o grau da culpa.

4.3.1.1 Aplicação do Parágrafo Único do Art. 944 do CC02 na Responsabilidade Civil

Objetiva

Conforme restou estabelecido, é totalmente possível a interferência do grau da culpa do causador do dano no momento da definição do valor da reparação, mas apenas para a sua redução e quando presentes alguns requisitos, em especial que a desproporção existente entre o grau de culpa e o dano seja excessiva, de tal forma que a primeira delas seja bem inferior ao dano causado.

Contudo outro ponto que merece análise é se este critério deve ser levado em conta apenas na responsabilidade subjetiva ou também na objetiva, pois existe forte posição no sentido de que não tem cabimento a aplicação deste no caso da responsabilidade civil objetiva, com o argumento principal de não ser observada a culpa para a sua imputação.

Nesse sentido, temos como exemplo o entendimento de Marcelo Silva Britto⁴¹², para o qual não seria coerente admitir a influência da gradação da culpa se comprovado o nexo de causa e efeito entre a conduta e o resultado danoso neste tipo de responsabilidade civil, onde sequer se analisa a culpa para impor a indenização.

Concluindo que, à primeira vista, deduz-se que a gradação da culpa só se aplica nos casos de responsabilidade civil subjetiva, em que a comprovação da culpa é imprescindível para gerar o dever de indenizar, pois se inexistente culpa na conduta do agente

412 BRITO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Novos nomes em direito civil**. Vol. I, 2004, Salvador.

causador do dano, seria óbvio que não poderia haver a sua gradação no momento da fixação do valor da indenização.

Posição que também pode ser observada no enunciado 46 das Jornadas do Conselho da Justiça Federal, que, em seu texto original, além de determinar que o parágrafo único do art. 944, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, deveria ser interpretado restritivamente, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva, desta forma, nestes casos não haveria uma redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente. Prevendo este enunciado que:

46 – Art. 944: A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecido no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

Este enunciado, em seu conteúdo original, também serviu como base para o entendimento de Rafael Peteffi da Silva contra a aplicação desta redução nos casos em que a responsabilidade civil é objetiva, como segue⁴¹³:

Entende-se de extrema importância a alusão à impossibilidade de aplicação da referida regra aos casos de responsabilidade objetiva. É evidente que nos casos em que o réu deverá responder pelo dano criado, baseado na teoria do risco (responsabilidade objetiva), a análise do grau da culpa resta absolutamente inadequada, ou mesmo impossível, já que a conduta antijurídica é suficiente para gerar a total responsabilidade do agente, sem a necessidade de culpa ou ilicitude. Portanto, em uma espécie de responsabilidade que prescinde da culpa, torna-se absurdo falar em “desproporção” entre o dano e a culpa.

Enquanto isso, Kleber Luiz Zanchim se manifestava contra o que era previsto neste enunciado, dispondo que no tratamento da responsabilidade civil objetiva há confusão entre a obrigação de indenizar e o direito a receber certo valor como indenização. Para o autor, a objetivação da responsabilidade apenas elimina cogitações sobre a culpa no tocante à formação do liame obrigacional entre ofensor e ofendido, desta forma, não atua na estrutura da obrigação, mas apenas no seu conteúdo, ou crédito⁴¹⁴:

Além disso, destaca também que não há restrições à aplicação do parágrafo único do art. 944, não se podendo excluir dessa possibilidade de redução os casos de responsabilidade objetiva. Que não existe a reintegração da culpa no ambiente objetivo, mas

413 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 210.

414 ZANCHIM, Kleber Luiz. Redução da indenização na responsabilidade objetiva. **Revista de Direito Privado**. n.33, jan-mar 2008, ano 9.

sim é oferecido pela ordem jurídica um modo de partilhar os prejuízos da sociedade de risco. Que a culpa é colocada, diante da responsabilidade objetiva, como um critério de razoabilidade, servindo como um fator de liquidação do crédito da indenização⁴¹⁵.

As oposições à restrição prevista no enunciado 46 resultaram no enunciado 380, com a sua modificação por meio da supressão da sua parte final, retirando a restrição da aplicação deste dispositivo aos casos de responsabilidade civil objetiva. Dispondo este enunciado do Conselho da Justiça Federal que: “380 – Art. 944: Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, pela supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.

Esta mudança resultou da proposta de um novo enunciado, formulado por Roger Silva Aguiar⁴¹⁶ na IV Jornada de Direito Civil⁴¹⁷. A justificativa apresentada para a aplicação do dispositivo no caso em que for objetiva por ser a responsabilidade civil, de acordo com a estruturação que lhe foi dada pelo Código Civil de 2002, dividida em duas etapas, sendo estas do estabelecimento do quantum a ser indenizado, e que, quando da aplicação da teoria objetiva, a verificação da culpa é dispensável tão somente nesta primeira etapa. Concluindo que tal fato não significa que a culpa não possa ser utilizada na etapa seguinte, que é a fixação do valor a ser indenizado, sendo exatamente o que previu o legislador de 2002⁴¹⁸.

Em defesa de tal entendimento, afirma este que não existe equívoco na posição adotada pelo legislador quando este dispensa a indagação da culpa para estabelecimento do vínculo responsabilizatório, em caso de dano derivado de atividade de risco, e permite a fixação do valor indenizatório à luz do grau de culpa do agente, pois esta equação atenderia a um propósito único, que seria a realização da justiça⁴¹⁹, que:

Aqueles que veem incongruência em tal construção jurídica estão ainda agarrados à ideia de uma responsabilidade civil informada pela silogística positiva, pela qual, identificada a responsabilidade do agente, o dano deve ser simplesmente reparado – sem que se cuide de qualquer valor, circunstâncias ou particularidades. Eles certamente deixam de considerar que muitas vezes a indenização total do dano torna-

415 ZANCHIM, Kleber Luiz. Redução da indenização na responsabilidade objetiva. **Revista de Direito Privado**. n. 33, ano 9, jan-mar., 2008.

416 O enunciado proposto por Roger Silva Aguiar tinha como conteúdo: “Enunciado: O art. 944, parágrafo único, pode ser aplicado em sede de responsabilidade objetiva, por se encontrar em fase de estabelecimento de quantum indenizatório, como instrumento para se alcançar o equilíbrio entre a situação final do ofensor e do ofendido”. AGUIAR, Roger Silva. Art. 944. Parágrafo Único. *In*: AGUIAR JR. Ruy Rosado (Org.). **Jornada de Direito Civil. Brasília**: Conselho da Justiça Federal. 2007. V.2.

417 AGUIAR JR. Ruy Rosado (Org.). **Jornada de Direito Civil. Brasília**: Conselho da Justiça Federal. 2007. V.2.

418 AGUIAR, Roger Silva. Art. 944. Parágrafo Único. *In*: AGUIAR JR. Ruy Rosado (Org.). **Jornada de Direito Civil. Brasília**: Conselho da Justiça Federal. 2007. V.2.

419 *Ibidem*.

se uma injustiça igual ou às vezes maior do que a não-indenização da vítima, mormente nas hipóteses de aplicação da responsabilidade objetiva⁴²⁰.

Na defesa da aplicação desta redução à responsabilidade civil objetiva também vale apresentar as considerações formuladas por Antunes Varela, ao analisar, no direito português, sendo que neste a gradação da indenização vem prevista no art. 494 do Código Civil, possibilitando que o Tribunal, ao tratar de danos provenientes de fato ilícito, possa, desde que haja mera culpa do lesado, fixar uma indenização inferior ao valor do dano.⁴²¹

Para o autor, este é aplicável aos casos de responsabilidade fundada no risco, pois “por força do preceito remissivo do artigo 499, visto também nesse domínio ser possível que a pessoa responsável actue com dolo ou mera culpa e que a sua actuação culposa seja mais ou menos grave”, pois nenhuma razão obsta que, não havendo dolo do responsável, o Tribunal possa graduar o montante da indenização.

Por fim, vale dispor que, conforme o exposto, é totalmente possível a aplicação do previsto no parágrafo único em questão à responsabilidade civil objetiva, isto por ser a prova da culpa deixada de lado apenas no momento da configuração da responsabilidade civil, mas esta deve ser considerada no momento da quantificação dos danos, pois o art. 944 nada prevê quanto a esta dispensa.

4.3.1.2 *Equidade*

O princípio da equidade, no bojo do Código Civil de 2002, está relacionado à responsabilidade civil para várias situações especiais, de forma a outorgar ao juiz poderes para melhor condução da sua atividade jurisdicional, principalmente no momento da definição do valor da reparação, quer seja indenização ou compensação. Nestes casos, tendo em vista a autorização legal e diante desta flexibilidade, o juiz deve valer-se de arbítrio prudente e sintonizado com a realidade social que o envolve aplicar a equidade em seu sentido maior de humanização da justiça⁴²².

420 *Ibidem*.

421 VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol I. Coimbra: Almedina, 1998.

422 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade do novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

Com isso, além do Princípio da Reparação integral dos danos, outro princípio que é orientador da responsabilidade civil é o da equidade⁴²³, devendo ser observado pelos juízes no momento da determinação do quantum indenizatório, em especial nos casos em que a parte autora não tem como provar a extensão dos danos patrimoniais sofridos, e na definição dos danos extrapatrimoniais. Também deve ser observada, como dispõe o art. 954, quando, havendo ofensa à liberdade da vítima, esta não puder provar o prejuízo sofrido, e conforme o parágrafo único do art. 928, na definição da indenização devida pelo incapaz, pelos prejuízos que causar.

Para estabelecer o que se deve esperar deste princípio, em especial quando o legislador determina que o juiz deve se valer da equidade no momento de reduzir o valor da indenização, devemos partir da ideia de equidade como um princípio ético, um modelo ideal de justiça, sendo um princípio inspirador do direito que visa a realização da perfeita igualdade material, mas que se transforma em um modelo jurídico quando aplicado pelo órgão jurisdicional a um conflito de interesses específicos⁴²⁴.

Além disso, a equidade não pode ser vista como uma instância menor do direito, pois, de forma contrária, constitui-se em um arquétipo axiológico que orienta a aplicação do direito de modo a evitar eventual injustiça ou desigualdade decorrente da rigidez da sua fórmula geral⁴²⁵.

Miguel Kfoury Neto ressalta que para o juiz é deveras trabalhosa a utilização da equidade para dimensionar com justiça a indenização, já que esta transcende a simples aplicação da norma, para se situar num campo preponderantemente interpretativo⁴²⁶.

Destaca, ainda, que a função individualizadora, resultante da equidade, é atribuída ao juiz, mas que não dispõe de poderes ilimitados, devendo a sua decisão ser orientada por informes e circunstâncias que tenham valor perante o direito. Devendo ser repellido o subjetivismo absoluto, e o critério a ser adotado é aquele recomendado pelo sistema do direito, e não apenas sendo este calcado nas convicções pessoais do juiz⁴²⁷.

Por fim, embora do critério da equidade resultem algumas dificuldades a serem enfrentadas pelo juiz no momento de definir o valor da indenização, e independentemente do tipo de Responsabilidade Civil, seja subjetiva ou objetiva, é com base neste critério que deve

423 AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. In: ALVIM, Arruda (Coord.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

424 *Ibidem*.

425 *Ibidem*.

426 KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**, vol. 839, Ano 94, setembro de 2005.

427 *Ibidem*.

estar pautada a redução da indenização, como também nos outros princípios assegurados pela Constituição Federal⁴²⁸. Com isso, retira do julgador a extrema subjetividade que existiria nesse momento.

4.3.2 Culpa Exclusiva da Vítima e a Culpa Concorrente Enquanto Questões de Nexos de Causalidade

No âmbito da responsabilidade civil existem algumas hipóteses em que, embora exista o dano, por algum fator não resta configurado o dever de reparar, dentre os quais destacamos a culpa exclusiva da vítima. Neste caso não resta configurada a responsabilidade civil por falta de um dos pressupostos, pois não é firmado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima. “Pode-se afirmar que, no caso da culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de um mero instrumento do acidente, não há liame entre o seu ato e o prejuízo da vítima”⁴²⁹.

Contudo há outros casos em que a culpa da vítima é apenas parcial ou concorrente com a do agente causador do dano. Desta forma, autor e vítima contribuem, ao mesmo tempo, para a produção de um mesmo fato danoso⁴³⁰. Restando configurado o nexo de causalidade, mas não quanto a todo o dano final, pois parte decorre de ato da própria vítima⁴³¹.

428 LEMOS, Paulo M.F. Ato ilícito e reparação por dano. *Vox Juris*, ano 2, v. 2, p. 41-84, 2008. p. 78.

429 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 807.

430 *Ibidem*. p. 807.

431 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

A segunda, concorrência de culpa ou participação da vítima no evento danoso, encontra bom subsídio na jurisprudência dos tribunais. Ocorre a situação fática quando se positiva o nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado. Mas, na apuração dos fatos, eclode a circunstância eventual de haver a vítima concorrido para o desfecho. Pode-se mencionar, como exemplo de certa frequência na justiça, o caso do motorista que atropela um indivíduo que trafega em via pública montando uma motocicleta. A prova colhida evidencia a culpa do condutor do carro. Mas, de evidência em evidência, chega-se ainda a verificar que do atropelamento decorreu maior gravame à vítima, porque não usava “capacete” de proteção.

Tem-se, então, a culpa do agente, o dano e o nexo causal. Mas não se pode considerar este último em termos absolutos, porque não foi somente ele o elemento essencial da extensão do dano, o qual não atingiria as proporções a que chegou, se para o seu agravamento não tivesse concorrido a imprudência da vítima. Houve, sem dúvida, o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Mas esta relação causal poderia ter gerado um dano mais reduzido, se a vítima não tivesse cometido a imprudência de dispensar a proteção. O princípio da concorrência da culpa, que tem abrigo na jurisprudência, encontrou acolhida no Projeto de Código de Obrigações de 1965, por

Quanto ao tema, destaca Miguel Kfoury Neto, “em presença de culpas provadas, tanto da vítima quanto do requerido, a responsabilidade pelos danos será partilhada entre ambos”. Ressalta, ainda, que é relativamente raro que a culpa da vítima seja causa exclusiva do dano, desta forma a indenização poderá ser reduzida, mas não suprimida totalmente⁴³².

Desta forma, na concorrência da culpa ou participação da vítima no evento danoso, figura como um dos motivos para a redução do valor a ser pago pelo responsável a título de indenização, pois, nestas hipóteses, nos termos do art. 945 do CC02⁴³³, a culpa da vítima será levada em conta para exonerar o causador do dano, já que do valor do dano a ser reparado será abatido o correspondente à participação da vítima para a sua ocorrência.

Milton Paulo de Carvalho Filho afirma que a culpa da vítima, quando concorre para a produção dos danos, influi na indenização, contribuindo para que ocorra a repartição dos prejuízos. Dispondo que se a culpa do ofendido não chegar a elidir totalmente a responsabilidade do agente, o valor da indenização, nesta hipótese, será apurado tendo em conta a gravidade de sua culpa em confronto com o autor do dano⁴³⁴.

Ao juiz ou Tribunal compete, nos casos em que esta situação for verificada, reduzir o valor da reparação, quer seja indenização ou compensação, o que se dá por ofício, independente de pedido expresso das partes⁴³⁵. Nestes casos, por meio do exame do caso concreto, após definir se a culpa concorrente da vítima deve ou não influir na atribuição dos prejuízos, deve depois avaliar quantitativamente o grau de redutibilidade da reparação em face da concorrência de culpas⁴³⁶.

Em tal tarefa deve ser levado em conta que, havendo a possibilidade de ter a vítima contribuído para o dano e a sua extensão, que não atingiria a proporção que chegou sem o concurso de sua atuação, o critério mais justo e equânime para a fixação da reparação é o que leva em conta a gravidade das faltas das partes envolvidas⁴³⁷.

mim elaborado (art. 880), de onde passou o Projeto de Código Civil de 1975, art. 947 (Projeto 634-B). (p. 83).

432 KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**. vol. 839. Ano 94, setembro de 2005.

433 Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

434 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade do novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

435 DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro.

In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. Série Grandes Temas de Direito Privado – v. 2. São Paulo: Método, 2004.

436 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade do novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

437 *Ibidem*.

Assim, existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá a repartição de responsabilidade, que será realizada levando em conta o grau de culpa de cada uma das partes. Assim, o valor da reparação monetária poderá ser reduzido pela metade se a culpa da vítima corresponder a uma parcela de 50%, como também poderá ser reduzida de $\frac{1}{4}$, $\frac{2}{5}$, dependendo da hipótese envolvida⁴³⁸.

Na realidade, no caso da culpa concorrente o que está sendo observado é o nexo de causalidade, pois a reparação deve ser dos danos que têm uma relação com a conduta analisada, estando fora os danos causados pela conduta da própria vítima, não como consequência da análise do requisito da culpa, mas sim no liame necessário para que esteja presente o nexo de causalidade.

Desta forma, no caso de concorrências de culpas, embora ocorra a redução do valor da reparação levando em conta a participação da própria vítima na produção de danos, esta reparação continua a ser de forma integral, obedecendo ao princípio da reparação integral dos danos em todas as suas dimensões, pois apenas os danos que decorrem da conduta do responsável é que devem ser reparados integralmente, e não os decorrentes da própria conduta da vítima, uma vez que neste caso não resta estabelecido o liame entre a conduta e o dano que consiste no nexo de causalidade, e que é exigido para que seja imputado o dever de reparar.

Desta forma, a redução do valor da indenização observando a participação da reparação integral do dano em nenhum momento se demonstra um limitador do princípio da reparação integral dos danos, mas sim torna este concretizado de forma mais plena, já que este determina que não pode ser reparado além dos danos, ademais são questões atinentes ao nexo de causalidade, que figura como um dos requisitos da responsabilidade civil, e deve restar configurado para que seja imputado o dever de reparar, estando esta reparação limitada aos danos que decorrem da conduta.

438 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 807.

4.3.3 Situação do Responsável e da Vítima

Com o advento da Constituição Federal de 1988 resta consagrada a Dignidade⁴³⁹ da Pessoa Humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, isto em seu art. 1º, inciso III. No Direito Civil a proteção e observância deste princípio tornou-se primazia, tanto nas relações familiares e nas obrigações, como também passou a reger todo o campo da responsabilidade civil.

Para Récio Cappelari, a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil resulta que a reparação deverá versar sobre as características peculiares de cada autor e do lesado, em sua concreta realidade humana, como também quanto à especificação e fundamentação do pedido e da decisão judicial, pois os dois devem estar relacionados a uma pessoa in concreto e não a uma pessoa nos moldes de um abstrato sujeito de direito. Destacando este que⁴⁴⁰:

[...] ao se especificar o modo de ser de cada postulante, as reais vicissitudes de cada pessoa, enquanto seu modo de ser no mundo, num sentido verdadeiramente existencialista, ter-se-á a sua efetiva realidade, a qual possibilitará identificar as peculiaridades de cada um, bem como os valores ofendidos, e ainda se tal ofensa deu-se com maior ou menor contundência considerando a própria subjetividade do ofendido, fatores que conseqüentemente contribuirão para o alcance da reparação integral do dano, e que trarão, sem dúvida alguma, maior justiça e adequação ao julgamento do caso concreto.

Ademais, do que foi estabelecido na Constituição Federal de 1988 decorre não apenas a consagração dos danos extrapatrimoniais como plenamente reparáveis,

439 Sobre a dignidade da pessoa humana, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Rev. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

[...] inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não só pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal. Além disso, como já visto, não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo os mais criminosos – são iguais em dignidade. (p.101).

440 CAPPELARI, Récio. **Os novos danos à pessoa.** Na perspectiva da repersonalização do direito. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 141/142.

fundamentado no art 5º, em seus incisos V e X, como também a sua tutela privilegiada, esta diretamente relacionada à consagração da dignidade da pessoa humana como princípio⁴⁴¹.

A situação da vítima ganha importância singular quando da fixação da extensão dos danos extrapatrimoniais sofridos pela mesma, em especial quando o que se quer estabelecer é o “preço da dor”. Nesta tarefa, de acordo com Clayton Reis, é necessário investigar alguns pontos relacionados à vítima, que seriam os padrões comportamentais que seriam capazes de identificar o perfil sensitivo do ofendido e que “são importantes à medida que constituem indicativos da extensão do *patemi d'animo* e a partir dos quais será possível estabelecer valores compatíveis com a realidade vivenciada pela vítima em face da agressão aos seus valores”, a começar pela intimidade, nível social, grau de sensibilidade, aptidões, grau de relacionamento no meio ambiente social e familiar, espírito de participação nos movimentos comunitários⁴⁴².

No mesmo sentido, destaca Flaviana Rampazzo Soares que⁴⁴³:

A condição econômica e social da vítima como elemento de fixação de indenização deve ser vista com cautela, para evitar que a representação econômica do grau de afetação de ânimo ou os sentimentos de uma pessoa abastada seja diferente daquela que incide sobre outra desprovida de bens. O mencionado “grau de afetação” não é medido pelo patrimônio, mas, sim, pelas circunstâncias pessoais e caso concreto. Raciocínio equivalente deve ser aplicado à consideração da situação patrimonial do ofensor como uma das bases para a fixação da indenização.

Contudo surge como consequência direta da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana a necessidade de observar a situação do responsável, pois este princípio desautoriza que, na busca de uma reparação integral dos danos sofridos pela vítima, em face de valor estabelecido a título de reparação, quer seja esta compensação ou indenização, seja produzida a ruína do causador do dano ou de qualquer outro responsável. Assim, não apenas a situação da vítima, como também a do responsável, passa a influenciar

441 MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *In: Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. n. 63. Rio de Janeiro, 2008, pp. 69-94. p. 4.

Hoje, portanto, após longo percurso, estabeleceu-se a reparação integral do dano como um valor importante no ordenamento. Reconheceu-se, mais, que os danos extrapatrimoniais são merecedores de tutela privilegiada, já que fundamentalmente ligados à dignidade humana, erigida pelo Constituinte de 1988 como fundamento da república, deve irradiar-se, prioritária e necessariamente, por todo o sistema jurídico. Por outro prisma, consagrou-se a solidariedade como um valor da República (Constituição República, de 1988, art. 1º, III, e art. 3º, I), solidariedade, em tema de responsabilidade civil, aponta no sentido da vítima, sempre buscando garantir-lhe uma reparação integral.

442 REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

443 SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 128.

na responsabilidade civil, mas enquanto a primeira é na definição da extensão do dano, a segunda age diretamente no momento da quantificação.

Neste sentido, ressalta Felipe de Braga Netto que não é possível, a pretexto de aplicar a máxima de que a indenização se mede pelo dano, que se provoque a ruína do ofensor. Contudo apresenta esta consequência da incidência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um dos princípios que regem a responsabilidade civil, sendo este o do ajuste da indenização ao valor suportável pelo responsável⁴⁴⁴.

Destaca, ainda, que este princípio não estaria previsto na legislação cível, embora tenha referências específicas nesta, como o previsto no parágrafo único do art. 928, mas sim a própria Constituição Federal, e deste resultaria como algo fundamental, “na ponderação jurisprudencial dos valores reparatórios, que se leve em conta a pobreza do ofensor, mitigando a reparação, de modo a não privá-lo do necessário, máxime se, de outro lado, o ofendido pode contar com uma situação financeira e de relativo conforto”⁴⁴⁵.

A necessidade de levar em conta a situação econômica do ofensor como um dos critérios de valoração do dano também é destacada por Caio Rogério da Costa Brandão:

Com efeito, é importante ressaltar que, por outro lado, a situação econômica do ofensor deve ser levada em consideração, para se verificar se o mesmo pode responder pecuniariamente pelo dano, ou se sua responsabilidade incorrerá em obrigações de fazer ou não fazer, assim como para se poder atribuir uma responsabilização capaz de satisfazer um critério elementar atualmente adotado, qual seja: o didático, disciplinador ou como alguns chamam de penalizador (Teoria do Valor Desestímulo), sendo que não há do que se falar em incongruência com o referido princípio, pois cada qual responderá nos limites de sua capacidade econômica para que assim seja tutelado o interesse jurídico e não preponderantemente o econômico do lesionado.

O que deve restar claro é a importância da análise da situação econômica do responsável, já que a fixação do valor da reparação sem a observância deste princípio, quando o valor estabelecido supere em muito a capacidade econômica do responsável, resultaria em uma solução absurda e até mesmo antissocial, além da criação de novos problemas com esta solução do julgador.

Ademais, a fixação do valor da reparação de acordo com a realidade econômica do ofensor é uma medida que garante a eficácia no cumprimento da obrigação, tendo em vista que uma condenação acima da capacidade de pagamento deste leva fatalmente ao não pagamento do mesmo e à impossibilidade de buscar este adimplemento pelas vias existentes.

444 BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

445 *Ibidem*.

Contudo a influência deste elemento da quantificação não pode ser de tal forma que leve ao extremo de se defender que as más condições deste o eximem do dever de reparar os danos⁴⁴⁶. Como também este critério deve ser observado apenas na compensação dos danos extrapatrimoniais, e não visto como um meio de reduzir o valor da indenização quando o dano a ser reparado é o patrimonial. Assim, na tarefa de quantificar o valor da indenização da perda de uma chance, a situação do ofendido não figura como um dos critérios para estabelecer o valor da reparação.

4.3.4 Verbas Compensatórias

Buscando a realização plena dos princípios que regem a responsabilidade civil no momento da definição da reparação, alguns valores recebidos devem ser abatidos do valor estabelecido a título de total do dano sofrido, isso para evitar o enriquecimento sem causa da vítima por meio desta restituição, uma vez que o dano experimentado por esta não pode servir como fonte de renda.

Desta forma, em alguns casos da reparação civil será diminuído o que já foi recebido em outras esferas, ocorrendo a compensação na esfera cível aquilo que a vítima já recebeu, quer seja na esfera administrativa como na penal, como a prestação pecuniária, prevista no Código Penal, art. 45, §1º, que segue:

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Outro exemplo é o da penalidade da multa reparatória estabelecida no Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 297, que deixa claro em seu §3º que “na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado”.

Quanto ao tema, acrescenta Arnaldo Marmitt que em muitas situações o princípio da compensação é o meio hábil para a realização da justiça, tendo como exemplo quando o devedor indeniza perdas e danos no seu estado ideal tem direito a exigir que seja abatido o

446 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

valor que for apurado com a venda da coisa danificada, o mesmo acontece quando a reparação ocorre in natura, sendo por meio da entrega de objeto novo idêntico ao destruído, neste caso a vítima deverá devolver ao ofensor o que obteve com a alienação do objeto danificado, ainda que seja como sucata⁴⁴⁷.

Quanto à pensão previdenciária ou seguro não figurarem como motivo para o abatimento no valor da reparação a ser paga pelo responsável pelo dano sofrido, destacando Arnaldo Marmitt que:

Mas a regra da compensação ficará afastada sempre que o plus defluir de razão estranha ao nexo de causalidade entre o fato ilícito e as perdas e danos. Assim, quem por sua inabilitação obtém indenização e ao mesmo tempo verba relativa ao seguro ou pensão, não auferirá lucro com o evento danoso. O plus recebido não é pago pelo ofensor, pois para fazer jus a esses benefícios o interessado teve que pagar o prêmio do seguro e suportar descontos mensais em seus vencimentos.

Desta forma, por ter motivação diversa da ação de reparação é que não é redutível do valor a ser pago a este título, sendo assim plenamente cumulável, sem que desta decorra enriquecimento sem causa da vítima. Na jurisprudência brasileira tal entendimento vem consagrado no enunciado 229 do STF, que prevê: “a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”.

No STJ, a possibilidade de cumulação pode ser observada no REsp 263223⁴⁴⁸, o qual prevê que “O entendimento dominante no STJ é no sentido de que a pensão

447 MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos**. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

448 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 263223 / SP**. Relator Min. Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Data do Julgamento 04/10/2001. Dje 25/02/2002 CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE RODOVIÁRIO. INICIAL QUE ESTIMA SUPERFICIALMENTE O GRAU DA LESÃO INCAPACITANTE NOS PASSAGEIROS DO ÔNIBUS. PERCENTUAL MERAMENTE ENUNCIATIVO. PEDIDO INCERTO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO INCABÍVEL. PISO MÍNIMO. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. IDADE LIMITE. VÍTIMAS SOBREVIVENTES. PAGAMENTO DURANTE A LONGEVIDADE REAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. I. Considera-se meramente enunciativo o percentual de incapacidade estimada pelos autores na exordial, dada a impossibilidade, no caso específico dos autos, de conhecerem o grau da invalidez permanente em face das seqüelas advindas do acidente rodoviário que sofreram quando transportados em ônibus da empresa ré. Inocorrência, por tais motivos, de julgamento extra petita pela fixação, pelo acórdão, de percentual mais elevado que o assinalado na inicial. II. O entendimento dominante no STJ é no sentido de que a pensão previdenciária não pode ser abatida daquela advinda da responsabilidade civil por ato ilícito, em face da diversidade da origem. III. Incidência da Súmula n. 7 no tocante ao valor da pensão arbitrada em favor de litisconsortes que, alegadamente, não teriam comprovado a auferição de renda própria, mesmo porque o quantitativo base de um salário mínimo representa, apenas, em tese, o montante mensal indispensável ao custeio da vida de uma pessoa no Brasil. IV. O limite da pensão, no caso de vítimas sobreviventes ao sinistro, é pautado pela longevidade real das mesmas. V. Duplicidade de correção monetária não configurada, em face da automática atualidade do valor da pensão na forma como fixada pelo acórdão estadual. VI. Recurso especial não conhecido.

previdenciária não pode ser abatida daquela advinda da responsabilidade civil por ato ilícito, em face da diversidade da origem”. Como também no REsp 299690⁴⁴⁹, no qual é previsto que:

A indenização previdenciária é diversa e independente da contemplada no direito comum, inclusive porque têm elas origens distintas: uma, sustentada pelo direito acidentário; a outra, pelo direito comum, uma não excluindo a outra (enunciado n. 229/STF), podendo, inclusive, cumularem-se.

No caso dos valores recebidos em face do seguro obrigatório de veículos, a jurisprudência tem posição diversa da adotada para outras espécies de seguro que foi acima destacado, pois o total das verbas recebidas pela vítima a esse título deve ser descontado do valor da reparação a ser judicialmente estabelecida⁴⁵⁰. O que restou consagrado pela Súmula 264 do STJ, que estabelece: “O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”. O mesmo também pode ser visto no caso das verbas destinadas a cobrir as despesas com o funeral⁴⁵¹.

Assim, também devem ser observadas pelo magistrado, diante do caso concreto, as outras verbas recebidas pela vítima para que seja feita a compensação nos casos em que couber, para que a reparação fixada não venha servir como meio de gerar o enriquecimento desta, mas que apenas cumpra a sua função de reparar os danos sofridos.

449 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 299690 / RJ**. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Data do Julgamento. 13/03/2001. Dje 07/05/2001 CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO. DIREITO COMUM. AUTONOMIA EM RELAÇÃO À PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. INCLUSÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. SUBSTITUIÇÃO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. NOTÓRIA SOLVABILIDADE. INDISPENSABILIDADE. DANOS MORAIS. QUANTUM. RAZOABILIDADE. RECURSO DESACOLHIDO. I – A indenização previdenciária é diversa e independente da contemplada no direito comum, inclusive porque têm elas origens distintas: uma, sustentada pelo direito acidentário; a outra, pelo direito comum, uma não excluindo a outra (enunciado n. 229/STF), podendo, inclusive, cumularem-se. II – No caso de ser a vítima trabalhador com vínculo empregatício, tem-se por devida a inclusão da gratificação natalina na indenização. III - Ainda que se trate de empresa concessionária de serviço público, é indispensável que seja reconhecida a sua solvabilidade. Caso contrário, não se admite a substituição da constituição de capital, prevista no art. 602, CPC, pela inclusão da vítima em folha de pagamento. IV – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, diante de suas circunstâncias, e também em face dos precedentes da Turma, o valor fixado mostrou-se razoável.

450 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

451 *Ibidem*.

4.4 FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Quando o magistrado se vê diante de uma ação que envolve o pedido de reparação pela perda de uma chance, as dificuldades não terminam no momento de analisar se os pressupostos da responsabilidade civil foram devidamente comprovados, pois não é uma tarefa fácil a de quantificar a indenização quando esta se demonstra cabível. O que decorre, em especial, pela dificuldade existente em determinar os limites da probabilidade perdida, e dar um valor para esta.

Conforme entendimento defendido neste trabalho, a perda de uma chance é um dano específico que não deve ser confundido com o dano final, e que não consiste numa fração deste, além de apresentar como características ser um dano patrimonial e emergente. Nesta espécie de dano o que deve ser objeto de indenização é a chance em si, sendo esta relativa a algo que certamente iria ocorrer, mas no qual interferem tanto as faculdades de atuação do sujeito como outros fatores, sejam estes passados ou futuros, necessários ou contingentes.

Neste momento da pesquisa, no qual buscaremos responder ao principal questionamento formulado, o nosso ponto de partida é a definição de como deve ser realizado o cálculo do valor da chance, que consiste no que deve ser objeto de indenização nesta espécie de responsabilidade civil, para, no que segue, estabelecer os critérios que devem ser observados no momento de definir o valor da indenização, e desta forma o dano seja reparado plenamente, observada a vedação ao enriquecimento sem causa da vítima.

4.4.1 A Chance Como o Que Deve Ser Indenizado

Diversamente das principais espécies de dano, nas quais o cálculo da reparação financeira, quer seja indenização ou compensação, deve ser realizado com base no dano final experimentado pelo requerente, no caso da perda de uma chance o que se objetiva não é a indenização pelo dano efetivamente sofrido pela parte, já que outros fatores poderiam levar a sua ocorrência, sendo este calculo realizado de acordo com o que foi efetivamente destruído pela parte ré, que é a chance em si.

Desta forma, considerando que o que deve ser indenizado quando configurada a responsabilidade civil por perda de uma chance é a chance em si – composta pela probabilidade que existia no momento da conduta de alcançar um benefício; ou o evitamento de sofrer um prejuízo; ou a escolha correta fulcrada em informação plena –, é com base nesta que deve ser iniciado o processo quantificador.

Quanto a esta chance, para que possa ser objeto de indenização, sendo considerada juridicamente relevante, não deve consistir em uma mera possibilidade de obter um resultado favorável, uma esperança, mas sim ser caracterizada por uma consistente probabilidade. Consiste, assim, na concreta possibilidade de obter uma vantagem econômica ou evitar uma perda, e não uma mera e abstrata possibilidade de fato.

É o que se vê na Apelação Cível nº 2008.001.03832, em que resta estabelecido que: “Aplicação da teoria da perda de uma chance, que não se confunde com indenização por dano eventual ou hipotético. Indenização que não se calcula sobre o valor do benefício esperado, mas com base na chance em si que fora desperdiçada”⁴⁵².

Com tal entendimento, vale citar Glenda Gonçalves Gondim, defendendo que a indenização deve ser baseada na própria chance, considerando o provável resultado que ocorreria caso a chance tivesse se concretizado. Ressaltando que o prejuízo experimentado pela vítima é considerado como a possibilidade de evitar o dano, uma vez que o que deve ser ressarcido não é a morte de um paciente, mas sim a impossibilidade de sobrevivência⁴⁵³.

Destaca, ainda, que não deve cogitar uma reparação equivalente ao benefício que provavelmente ocorreria, o valor deve ser apurado pela chance e não pela perda, não podendo ser avaliado o dano causado, mas apenas a chance, tendo em vista que esta é comprovadamente a lesão do ofendido.⁴⁵⁴

Neste primeiro passo para a fixação da indenização o magistrado deve levar em conta todos os fatores que influenciam na composição desta probabilidade, e não apenas vê-la como fruto de uma construção meramente matemática, já que o dano, mesmo quando patrimonial, não pode ser visto apenas como um decréscimo matemático, como destaca Anderson Schreiber⁴⁵⁵:

452. 2008.001.03832 - APELAÇÃO CÍVEL. JDS. DES. MYRIAM MEDEIROS - Julgamento: 01/04/2008 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL.

453 GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 840, ano 94, outubro de 2005.

454 *Ibidem*.

455 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 98.

A associação entre o conceito jurídico de dano e o decréscimo matemático sofrido pela vítima não deixava, porém, de gerar inconsistência dentro do próprio âmbito do dano patrimonial: a histórica resistência, no Brasil, à indenização por “perda de uma chance”, por exemplo, é fenômeno que se explica, em boa medida, pela impossibilidade de atribuir à oportunidade perdida um valor econômico que pudesse ser tomado como diminuição econômica.

Com isso, no momento de estabelecer o valor desta chance que foi perdida o magistrado deve observar todos os fatores que influenciam de forma pró e contra o surgimento do benefício ou a não ocorrência do prejuízo, o que leva em conta todas as circunstâncias do caso, do qual resultará uma probabilidade concreta, e não apenas uma vaga possibilidade⁴⁵⁶.

Nesta esteira, Antônio Jeová dos Santos passa a elencar pontos a serem observados no momento da quantificação da chance perdida⁴⁵⁷:

- a) a situação da vítima, se a chance invocada como perdida tivesse se realizado. Deve-se tomar em conta, para isso, a existência de grau de álea;
- b) a chance em si mesma, valorada em função do interesse quebrantado, do grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível do prejuízo que provoque sua frustração;
- c) o montante indenizatório que houvesse correspondido no caso de haver-se concretizado a chance e obtido o benefício esperado. Os juízes devem considerar integralmente a álea que afeta a realização da chance perdida; é por isso que a indenização deverá ser, em princípio, menor que a que correspondia no caso de certeza total do dano. O que não significa que, por tratar-se de uma chance, a condenação seja irrisória que, para a vítima, constitua um valor simbólico.

A definição dos contornos da perda de uma chance e, com isso, do próprio valor da indenização, nos dizeres de Fernando Gaburri, leva em conta a relação existente entre a própria perda e o que decorreria do normal desenrolar dos fatos, sendo, com base nesta, realizada uma avaliação tanto das perspectivas favoráveis como contrárias à situação do lesado, “segundo o maior ou menor grau de probabilidade daquela situação converter-se em certeza, pois é do produto dessa proporção que se extrairá o quantum da indenização”⁴⁵⁸.

456 ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, ainda Kemelmajer. **Responsabilidade civil**. Buenos Aires. Hammurabi, 1993.

Pero esse grado de incertumbre no obsta a la resarcibilidad del daño, en función de un razonado balance de probabilidades objetivas en pro y en contra, se del saldo de las mismas surge que la oportunidad no implicada una vaga posibilidad, una mera hipótesis o conjetura (daño eventual), sino una proporción basada en probabilidades suficientes de que la chance se perdió efectivamente com motivo del comportamiento atribuído al agente.

457 SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 107.

458 GABURRI, Fernando. Dano Material. In: HIRONAKA, Giselda M.F. Novaes *et al.* (Orientação). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 84-85.

O entendimento ora exposto é verificado no quanto lecionado por Roberto de Abreu e Silva⁴⁵⁹, Miguel Kfourri Neto⁴⁶⁰, entre outros, que, malgrado divergirem quanto à natureza da perda da chance, defendem a necessidade de se estabelecer o contorno da chance perdida para, então, quantificá-la. O que também é observado no quanto disposto por Gilberto Andreassa Júnior⁴⁶¹ no sentido de que a indenização deverá ser arbitrada a partir do resultado final e correspondente à chance perdida, respeitando a previsão legal do Art. 944 do CC/02. Afirma que tal como ocorre na aferição da indenização do dano, deve ser considerada a natureza, objeto e questões intrínsecas à própria chance, englobada tanto as questões patrimoniais decorrentes da oportunidade perdida quanto extrapatrimoniais.

Embora a doutrina centre na delimitação desta chance a ser reparada como fator determinante na apuração do quantum indenizatório, levando em conta os princípios que norteiam a responsabilidade civil e a existência de constante colisão entre eles, deve restar clara a necessidade de se estabelecer critérios que observem não apenas a chance perdida, mas também fatores outros que a rodeiam e influenciam diretamente na mensuração do montante reparatório.

É nestes critérios que passamos a focar e, assim, responder o problema central deste trabalho.

4.4.2 Critérios Para a Fixação do Quantum Indenizatório na Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance

Superada a discussão quanto ao que deve ser objeto de indenização quando da perda de uma chance, e chegado o momento de estabelecer os critérios a serem observados

459 SILVA, Roberto de Abreu E. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *In: Revista da EMRJ*. v. 9, n. 36, 2006. Para o autor, a quantificação no caso da perda de uma chance deve, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, ser proporcional à intensidade da falta e ao valor do prejuízo causado pela perda da chance, da oportunidade ou probabilidade de obtenção de vantagem ou sucesso em fato já consumado. E que o valor da indenização na perda de uma chance deverá ser menor do que o valor que se arbitrariamente eventual dano ou prejuízo maior. Afirmando, ainda, que na experiência jurídica, a doutrina que trata da perda de uma chance revela-se como instrumento importante de reparação de prejuízos injustos, permitindo sanções proporcionais aos prejuízos causados em relação causal direta com o desvalor e a gravidade da conduta censurável do lesante, ut artigos 944, § único e 945 do novo Código Civil.

460 KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

461 ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 10, n. 40, out./dez. 2009.

pelo magistrado na difícil tarefa de quantificar a indenização, necessidade que também foi vivenciada quando da aceitação do dano extrapatrimonial como uma espécie plenamente reparável por meio do instituto da responsabilidade civil.

Quanto ao dano extrapatrimonial, foram criados diversos critérios para o momento da fixação do valor da compensação, como exemplo, vale citar Nehemias Domingos de Melo⁴⁶², que apresenta três aspectos que devem ser levados em consideração pelo juiz frente ao caso concreto, sendo eles:

- a) a angústia e o sofrimento da vítima, de modo a lhe propiciar uma indenização que possa lhe compensar os sofrimentos advindos da injusta agressão;
- b) a potencialidade do ofensor, para que não lhe imponha uma condenação tão elevada que signifique sua ruína – gerando, por via de consequências, a impossibilidade de cumprimento da medida –, nem tão pequena que avilte a dor da vítima;
3. finalmente, a necessidade de demonstrar à sociedade que aquele comportamento lesivo é condenável, e que o Estado-juiz não admite nem permite que sejam reiterados tais ilícitos sem que o ofensor sofra a devida reprimenda.

Américo Luís Marins da Silva também apresenta critérios para a quantificação do valor da reparação do dano moral, dando destaque para a realidade econômica do ofensor, que considera não apenas um elemento fundamental e o primeiro a ser tomado por base para a definição deste valor. Elencando como demais elementos que devem ser levados em conta:

- I – intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a oposição social e política do ofendido; II – a intensidade do dolo ou o grau da culpa do ofensor-responsável e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em causas das quais decorreram danos morais (reincidência); III – a reparação natural, quando cabível e não cumulável com a reparação pecuniária, independentemente da intervenção judicial; e IV – a extensão da reparação natural obtida pelo ofendido, quando cumulável com a reparação pecuniária (reparação in natura como elemento que reduz os valores devidos na reparação pecuniária).

Na responsabilidade civil por perda de chance critérios já foram apresentados para a sua quantificação, como exemplo Roberto de Abreu e Silva, que apresenta três critérios que devem ser levados em conta na quantificação da indenização, partindo da premissa de que esta indenização ou reparação deve ser minorada quando da aplicação da teoria da perda de uma chance, dispondo:

Na aplicação da teoria da perda de uma chance, no caso concreto, impõe-se uma quantificação minorada da indenização ou reparação material ou moral (art. 944,

462 MELO, Nehemias Domingos de. Por uma nova teoria da reparação por danos morais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. v. 6, n. 33. Jan-Fev. 2005. p. 67.

parágrafo único, do Código Civil), considerando os seguintes elementos: (i) a intensidade mínima da falta não intencional ou culposa, por negligência, imprudência ou imperícia, notadamente leve ou levíssima (art. 186 do Código Civil/02). Igualmente, nas teorias objetivistas ou sem culpa comprovada, abrangendo a consumerista (arts. 37, §6º da CRFB/88 ou 12 e 14 da lei 8.078/90 etc.); (ii) os danos ou prejuízos materiais ou morais perpetrados pela perda de uma chance reclamam quantificação muito inferior à que seria aplicada pela prática de mal maior perpetrada por falta intencional ou pesada, na expressão do dolo direto ou indireto; (iii) a quantificação dos danos ou prejuízos causados pelo fato consumado da perda de uma chance, nem sempre correspondente ao mal maior, se existente, porém causado por fato noção imputável ao demandado, considerando, ainda, as circunstâncias fáticas para compatibilizar o valor da indenização ou reparação com a expressão axiológica do interesse jurídico violado (per dūne chance), nas perspectivas dos princípios da proporcionalidade, equidade e justiça.

Grácia Moreira Cristina do Rosário também apresenta critérios que deveriam nortear a fixação da indenização pela perda de uma chance, e para isso parte da classificação deste tipo de dano enquanto dano moral ⁴⁶³:

No que se refere à quantificação, mensurar o dano moral com o fim de fixar a quantia da chance perdida traduz-se em uma árdua tarefa, devendo o juiz, quando da quantificação, observar os seguintes parâmetros: a situação do lesado, se a chance frustrada tivesse sido alcançada; a chance, propriamente dita, mensurada em razão do interesse partido, do grau de probabilidade de ocorrência do evento e do caráter reversível ou não da lesão que causou o fracasso; o valor da indenização que espelha a concretização da chance e a obtenção do proveito aguardado. A quantia da indenização deve ser menor do que o valor ajustado no caso de certeza concreta do dano. Não se quer dizer que a condenação deve ser insignificante por tratar de uma chance frustrada.

Com base no que já foi apresentado pela doutrina, e o construído ao longo da pesquisa, em especial que perda de uma chance deve ser vista como um dano patrimonial emergente, não devendo a sua reparação ser apenas um meio para compensar pelos danos, mas sim de indenizar o mesmo, concluímos que os critérios que devem ser observados no momento da quantificação como um todo são: a) a observância do princípio da reparação integral dos danos, definindo todos os danos que foram sofridos pela parte; b) estabelecer o valor probabilidade perdida, que consiste no conteúdo da chance, incidindo esta probabilidade sobre todos os danos patrimoniais diretamente decorrentes da chance perdida; c) o grau de culpa como critério apenas quando presente a desproporção entre a lesão e a culpa quando leve; d) a existência de outras formas de reparação a serem compensadas.

Dentre estes, o primeiro critério está relacionado ao Princípio da Reparação Integral dos Danos, que deve ser observado em todas as suas dimensões, tanto quando esta determina que todas as espécies de dano devem ser reparadas, como que esta reparação deve

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

ser do dano em toda a sua extensão. No caso da perda de uma chance, levando em conta que estamos tratando com um dano patrimonial emergente, o que deve ser reparado é o que foi perdido pela parte, que no caso consiste na probabilidade que foi destruída.

Quanto ao requisito da análise da gradação da culpa, destacando Miguel Kfouri Neto⁴⁶⁴ que “inexiste dúvida, por conseguinte, que a perda de uma chance contempla casos singulares de culpa médica – quase sempre levíssima ou leve”, e que nesta teoria tem um campo apropriado para a incidência desta redução da indenização por equidade.

Dispondo, também, que: “no tocante à quantificação dos danos, ter-se-ia que analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao ato terapêutico que provocou a perda da chance, a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato médico – aparentemente vinculada à perda – e o dano em si”⁴⁶⁵.

No caso da perda de uma chance é necessária uma atenção redobrada neste segundo item, estabelecendo o valor do que foi realmente perdido, que consiste na própria chance, e levando em conta que este dano é classificado como emergente, além de patrimonial, uma vez que é atual, devendo ser reparada a chance que existia no momento da conduta lesiva, enquanto probabilidade, séria e real, de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, pois é com base nesta probabilidade que será realizado o cálculo do valor da indenização.

Contudo não são todos os casos em que a reparação deve levar em conta a chance em sua totalidade, pois esta pode ser reduzida em vez de eliminada, e esta redução é que deve ser levada em conta no momento da indenização.

Todos estes elementos devem ser observados diante do caso concreto, e com base nas provas apresentadas, em especial a definição dos contornos da chance perdida enquanto probabilidade, como o principal elemento definidor do valor da indenização.

Contudo, entendemos que apenas apresentar critérios não se mostra completamente satisfatórios para a árdua tarefa de quantificar o dano decorrente da perda de uma chance, sendo essencial demonstrar como construir esse valor tomando como ponto de partida a chance, que é o que deve ser reparado, ser construída por uma probabilidade. E para definir o valor da indenização da perda de uma chance adotaremos a fórmula que foi extraída

464 KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**. Ano 94, vol. 839, setembro de 2005.

465 KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**. Ano 94, vol. 839, setembro de 2005. p. 65.

466 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

por Sergio Savi da jurisprudência italiana, sendo esta: Valor da indenização pela chance perdida = valor do dano final X porcentagem que compõe a chance⁴⁶⁶.

Apenas após estabelecer este valor correspondente a chance perdida, na base na formula acima apresentada, que os outros critérios devem ser observados, e, caso tenha cabimento, incidir nesta quantificação.

Na construção do valor da chance nos termos apresentados vamos retomar o exemplo do comportamento negligente de um médico, do qual decorre que um câncer existente em um dos seus pacientes não fosse diagnosticado e venha a causar a sua morte. Primeiro, tendo em vista que neste tipo de doença não existe uma certeza quanto à cura, já que depende da resposta ao tratamento, a reparação devida não decorre do evento morte, mas sim pela existência de chances sérias e reais de recuperação que foram destruídas.

Esta chance, enquanto probabilidade de cura, vai depender do tipo de câncer, do local atingido, do estágio em que este poderia se encontrar no momento em que o paciente foi procurar o médico, da idade do paciente, todos estes fatores devem ser levados em conta no momento em que o juiz for estabelecer o valor da indenização devida, e devem restar demonstrados por quem alega a perda de uma chance.

Com base nestes dados, levando em conta as pesquisas científicas existentes que tratam da probabilidade de cura, é que deve ser construído o conteúdo desta chance de cura existente no momento em que não foi feito o diagnóstico devido. Desta probabilidade total será reduzida a probabilidade de cura existente no momento em que este diagnóstico foi feito corretamente e o tratamento iniciado. Por fim, esta probabilidade irá definir o dano patrimonial emergente, que consiste na perda de uma chance ao incidir sobre o que caberia ser reparado, a título de danos patrimoniais, caso houvesse uma relação denexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano final.

O cálculo deste dano patrimonial emergente, que consiste na perda de uma chance, resulta da incidência desta probabilidade, que deve ser apresentada pela parte autora, sobre todos os danos decorrentes da conduta analisada, como os gastos hospitalares, com medicamentos, recuperação, diminuição ou total retirada da sua capacidade laboral nos termos do artigo 950, dentre outros custos, e, no caso da morte, os gastos desta decorrentes de funeral, luto e alimentos, nos termos do artigo 948.

Como exemplo, se a chance de cura fosse de 90% e, em face do erro de diagnóstico e da evolução do quadro esta cai para 40%, a reparação de perda de uma chance deve ser com base nesta diferença, que será de 50%, que irá incidir sobre o valor total de danos patrimoniais. Caso este seja calculado em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a

reparação, a título de danos pela perda de uma chance, deve ser no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Valendo ressaltar que esta indenização não representa a compensação por danos extrapatrimoniais, que devem ser arbitrados pelo juiz a depender do caso, mas apenas pela perda de uma chance.

Além disso, em poder deste valor também devem ser analisados os outros critérios para a quantificação da indenização no caso da perda de uma chance, a começar pelo grau de culpa, pois se restar comprovada uma desproporção entre a lesão e a culpa quando leve, deve o valor da indenização ser reduzido com base na equidade e a existência de outras formas de reparação a serem compensadas.

Indo para um segundo exemplo, sendo este a perda de uma chance decorrente da conduta de um advogado que não propôs uma ação, para o qual foi contratado, dentro do prazo prescricional. Neste caso a chance tem como conteúdo a probabilidade de o processo ter sido julgado procedente caso fosse interposto dentro do prazo, e para construir esta probabilidade se deve levar em conta a posição do Tribunal no qual seria interposto o processo, que teria competência para tanto, com a definição do prazo para esta análise, que seriam as decisões dos últimos cinco anos.

A quantificação da perda de uma chance resulta da incidência da probabilidade de chance de sucesso, enquanto uma relação entre o número de decisões favoráveis e o total de decisões sobre o tema, e o total do proveito esperado pela parte autora. Como exemplo, caso o número de decisões favoráveis fosse de 15 de um total de 20, e o valor pretendido pela demanda fosse de 50.000,00, a indenização pela perda de uma chance seria a relação entre 15 e 20, sendo esta de 75% (setenta e cinco por cento), multiplicada pelo proveito esperado, resultando em uma indenização, a título de danos patrimoniais pela perda de uma chance, no valor de R\$ 37.500,00 (trinta e sete mil e quinhentos reais).

Concluimos que a quantificação da indenização na responsabilidade civil por perda de uma chance deve observar os quatro critérios apresentados, mas dando maior importância para o segundo deles, que é estabelecer o valor probabilidade perdida, que consiste no conteúdo da chance, incidindo esta probabilidade sobre todos os danos patrimoniais diretamente decorrentes da chance perdida, pois o valor decorrente deste cálculo será o valor base da indenização, que sofrerá reduções nos casos em que houver uma desproporção entre a culpa e o dano, que é o item c, e valores para serem compensados, enquanto último passo dessa quantificação.

5 CONCLUSÕES

Diante do exposto ao longo do presente trabalho, e tendo em vista o problema apresentado, que era responder como reparar de forma integral os danos causados em face da perda de uma chance sem que haja o enriquecimento ilícito de uma parte e o dano exagerado da outra, como, também o objetivo principal desta pesquisa, sendo esta estabelecer os critérios que devem ser levados em conta no momento da definição do quantum indenizatório na responsabilidade civil pela perda de uma chance, para que a reparação deste tipo de dano não ocorra de forma a deixar parte deste sem a devida reparação, estando em desacordo com o princípio da reparação integral dos danos, e nem que o valor estabelecido seja superior ao dano, gerando o enriquecimento ilícito de quem busca a reparação juntamente com a imputação de ônus superior ao dano ao responsável, concluímos, ao longo dos capítulos elaborados, o que segue:

1. O instituto da responsabilidade civil vem sofrendo diversas alterações em seus paradigmas, estas envolvendo especialmente os seus requisitos da culpa,nexo de causalidade e dano, e que decorrem, em sua grande maioria, da necessidade de ampliação do seu âmbito de atuação e de garantir a reparação plena da vítima.

2. A teoria da perda de uma chance está inserida no estudo da responsabilidade civil, sendo parte integrante do seu novo paradigma, pois faz parte das teorias que passaram a ter aplicação plena em decorrência do atual estágio de evolução deste instituto do Direito Civil, figurando na ampliação do rol de danos ressarcíveis.

3. Dentro destes novos contornos assumidos pela responsabilidade civil houve uma alteração nos papéis do causador do dano e da vítima, pois esta, que por não figurar como elemento central em muitos casos era obrigada a suportar o dano sofrido, passou a desempenhar a função de protagonista da relação jurídica instaurada a partir do evento danoso, garantindo, de forma cada vez mais eficaz, a reparação dos danos sofridos.

4. No direito pátrio a expansão dos danos ressarcíveis passou por três fases bem definidas, na primeira delas apenas a reparação dos danos meramente patrimoniais, sucedida por uma fase intermediária, com a reparação integral do dano patrimonial, mas meramente simbólica ou parcial dos danos extrapatrimoniais, enquanto a terceira fase – que pode ser vista como o estágio atual – visa a reparação plena tanto dos danos patrimoniais como dos extrapatrimoniais.

5. Com a aceitação da teoria da perda de uma chance o instituto da responsabilidade civil experimentou uma nova revolução científica, com a mudança do paradigma vigente pela inserção da chance ao rol de bens cuja lesão gera ao responsável por ela o dever de reparar o seu titular, pois já fazia parte do seu patrimônio, com isso, nas situações em que reste configurada a perda de uma chance, os danos passaram a ser suportados por seus causadores ou outros responsáveis pela reparação, e não mais pela própria vítima.

6. O dano deve ser considerado um requisito essencial para a configuração da responsabilidade civil, pois a principal finalidade desta está relacionada à reparação em face de lesão ao patrimônio jurídico, e sem o dano não há que se falar em reparação. Este pode ser conceituado como uma lesão a um bem juridicamente protegido, mas que não se limita à esfera patrimonial, incluindo os bens tutelados pelos direitos da personalidade, entre outros bens que consistem na sua esfera extrapatrimonial.

7. O dano deve estar presente no momento em que a parte pleiteie sua reparação, além de apresentar contornos bem definidos, cumprindo os requisitos da alienabilidade, certeza, enquanto requisito que impede a reparação de danos meramente hipotéticos, juntamente com a atualidade.

8. No caso da perda de uma chance o que deve ser reparado não é o dano final, mas sim a própria chance que se fazia presente no momento da conduta lesiva enquanto a probabilidade existente, e que foi destruída, de que o benefício fosse auferido ou que algum prejuízo não fosse vivenciado.

9. Os danos ligados à perda de uma chance, além de certos e atuais, também devem ser sérios e reais, enquanto requisitos exigidos para impedir a reparação a título de uma chance destruída de uma simples esperança subjetiva ou mera possibilidade. A realidade é quanto à existência de probabilidade de fazer algo para obter uma vantagem ou para evitar um prejuízo, ou seja, de uma situação na qual existia uma chance que foi frustrada enquanto uma probabilidade que leva em conta os fatores internos e externos. Quanto à seriedade, consiste em um grau de probabilidade elevado, e não em meras possibilidades, o que é extraído do próprio requisito da certeza do dano, impedindo que um dano hipotético seja objeto de reparação a título de perda de uma chance.

10. A definição da chance está atrelada a algo que tem uma probabilidade de ocorrer, e, no caso da perda de uma chance, a sua concretização resta frustrada em virtude de fato danoso, restando uma consequência atual e certa, onde se considera o dano ainda que possa resultar dificultoso estimar o seu alcance. Assim, o seu conteúdo é constituído pela

probabilidade existente de que, caso os acontecimentos tivessem seguido o seu curso normal, seria obtido um benefício ou não sofrido uma perda por parte do seu titular, fazendo parte do patrimônio jurídico da pessoa que o detém, e tendo este valor patrimonial.

11. Existem três modalidades de perda de uma chance, que não se limita a referente à destruição da probabilidade de obter um benefício, incluindo a de evitar um dano experimentado e a decorrente da falta de informação da qual pode resultar um prejuízo como impedir um benefício.

12. Foi longo o caminho até restar consolidada a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, a começar pela sua total negação, seguindo para o início da sua aceitação, embora alguns argumentos contra este permanecessem, dentre os quais a imoralidade de sua reparação. A terceira fase é marcada pela sua plena aceitação, tendo início com a Constituição Federal de 1988, por meio da qual restou consolidado o posicionamento de plena reparação do dano extrapatrimonial.

13. Dentro da visão de danos extrapatrimoniais como a que inclui na reparação os sofrimentos experimentados pela vítima, não é toda aflição humana que pode ser considerada como essa espécie de dano, mas apenas quando o sentimento experimentado seja tal que cause à vítima dissabor, além daqueles ordinariamente sofridos pelo homem. Devendo ser levado em conta que os indivíduos que vivem em sociedade estão sujeitos a diversos dissabores que fazem parte da convivência humana e que, mesmo que lhe tragam incômodo, não podem ser tidos como indenizáveis.

14. Quanto à classificação do dano enquanto emergente e lucros cessantes, a principal distinção entre eles é que enquanto no primeiro este tipo de dano é classificado como atual, já que a sua configuração se dá no momento da conduta lesiva, no caso dos lucros cessantes são classificados como futuros, pois estes ainda não foram verificados, sendo uma projeção dos ganhos futuros, cuja aferição por parte do lesado foi impedida em decorrência da conduta.

15. Quando a chance cumpre os requisitos da certeza e realidade a reparação deve levar em conta o conteúdo desta probabilidade destruída, e que fazia parte do patrimônio jurídico de quem sofreu a lesão, e não os fatores que são levados em conta na reparação a título de danos extrapatrimoniais e que busca a compensação pelo dano e não a indenização deste. Ademais, nesta pode ocorrer, em alguns casos, a recomposição da chance perdida, como em um concurso público com irregularidades, que pode ser refeito restituindo a chance de aprovação, o que não poderia ser considerado se este fosse visto inserido na classificação de extrapatrimonial.

16. Tendo em vista que quando a responsabilidade civil é pela perda de uma chance o dano sofrido pela vítima, por estar relacionado à destruição da chance em si, que tem caráter patrimonial, resta clara a sua classificação como dano patrimonial. Contudo nada impede que no mesmo caso a vítima também seja reparada pelos danos extrapatrimoniais experimentados em decorrência da mesma conduta.

17. Quanto às diferenças existentes entre a perda de uma chance e as formas de lucros cessantes, a primeira delas é que a perda de uma chance consiste em um dano atual, composta pelo que efetivamente perdeu, que é a probabilidade que é o conteúdo da chance, enquanto isso os lucros cessantes são danos futuros, pois retratam a projeção dos ganhos futuros marcados pelo que razoavelmente deixou de ganhar.

18. As principais diferenças entre a perda de uma chance e os lucros cessantes é que nos últimos existe uma certeza quanto ao que a vítima iria auferir, enquanto na perda de uma chance não se sabe efetivamente se a vítima iria adquirir o benefício, no caso do lucro cessante deve haver a comprovação da relação existente (nexo de causalidade) entre a conduta e a perda de um benefício futuro, do lucro que seria auferido pela parte, algo que não é possível no caso da perda de uma chance, e que, se fosse exigido, tornaria impossível a reparação dessa espécie de dano.

19. As diferenças existentes entre os danos patrimoniais e extrapatrimoniais não se encerram na questão do que deve ser objeto de reparação, mas também de que forma esta deve ser feita, pois, no caso dos danos patrimoniais, podemos dividir as formas de reparação do dano em natural ou específico, e por equivalente pecuniário, que no caso é pela indenização, e quando o dano for extrapatrimonial se mantém a primeira forma de reparação, mas no caso da reparação por equivalente pecuniário esta se dá por meio da compensação.

20. A real diferença entre a reparação em dinheiro que ocorre nos casos de danos patrimoniais e a compensação dos danos extrapatrimoniais não está limitada à nomenclatura, mas também o que deve ser levado em conta. Nos danos patrimoniais o que deve ser restituído é a própria perda patrimonial, que deve compreender as perdas e danos, que são tanto o valor dos danos emergentes – o que foi perdido – como dos lucros cessantes – o que deixou de ganhar, buscando um equilíbrio entre o dano sofrido e o valor a ser restituído. Nos extrapatrimoniais, a reparação financeira vem para amenizar o dano sofrido pela vítima, que também leva em conta a extensão do dano, mas com outra finalidade.

21. No caso da responsabilidade civil pela perda de uma chance, levando em conta que este dano, dentre as espécies existentes, deve ser classificado como dano

patrimonial, a sua reparação pode ocorrer pela reparação in natura, o que consistiria na reconstituição da chance que existia, ou pela indenização do dano sofrido.

22. O instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro não é regido apenas pelas regras previstas expressamente nas legislações privadas, mas também por princípios que emanam tanto da Constituição Federal de 1988 como das próprias leis cíveis. Sendo o estudo dos princípios de grande valia para a correta aplicação do mencionado instituto. Dentre estes princípios, o que é apresentado como o que detém maior importância no momento da quantificação da indenização dos danos é também o da reparação integral dos danos, que foi expressamente consagrado no Código Civil de 2002, além de encontrar guarida na Constituição Federal de 1988.

23. Do princípio da reparação integral dos danos extraímos duas principais diretrizes, a primeira delas a de que todos os danos devem ser *prima facie* ressarcidos, e partindo deste os interesses, que podem ser acessórios à obrigação principal de ressarcir o dano, também devem ser incluídos no ressarcimento, pois devem preservar a integridade da indenização a que tem direito a vítima. A segunda é a de que o valor do ressarcimento não deve ser nem superior e nem inferior ao dano efetivamente sofrido, devendo ser analisado, no caso de reparação inferior do dano, que a sua consequência é a sua não efetivação e sua reparação superior, o que afetaria por excesso.

24. Enquanto princípio, a vedação do enriquecimento sem causa atua no âmbito da responsabilidade civil, se situa no contexto da indenização ou compensação pecuniária, quer seja quanto ao dano patrimonial ou extrapatrimonial, uma vez que, no momento em que o valor da reparação for fixado deve ser observada a regra que proíbe o enriquecimento sem causa, evitando que a quantia definida consubstancie-se em fonte de locupletamento do lesado.

25. O princípio da reparação integral dos danos também é apontado como um dos fundamentos da reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance, uma vez que determina que todos os danos sofridos pela parte autora devem ser reparados em sua totalidade, no qual está inserido o decorrente da destruição de uma chance.

26. O princípio da reparação integral dos danos encontra limites no próprio ordenamento jurídico, tanto em face de outros princípios, que entram em colisão diante de caso concreto, como por previsão legal, ou também pode encontrar limitações na convenção ou por ato do juiz.

27. A dimensão do princípio da reparação integral dos danos, de que o valor definido como o da reparação não pode ser inferior ao dano sofrido pela vítima, encontra

limitação no mesmo dispositivo legal em que é estabelecida, sendo esta em seu parágrafo único, ao estabelecer que o valor da indenização pode ser reduzido no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Assim, esta reparação pode não se dar de forma integral, o que depende da desproporção entre o grau de culpa do causador e a lesão, conforme o parágrafo único do art. 944 do Código Civil, que adota a teoria da gradação da culpa para incidir na quantia indenizatória.

28. Deve restar claro que a possibilidade de ser observada a gradação da culpa no momento de estabelecer o valor da reparação não busca atender a intuitos sancionatórios ou punitivos, dos quais decorreria o agravamento da responsabilidade do réu, sendo destinada a proteger o responsável civil de um ônus excessivo em certas situações, observando as circunstâncias do caso concreto.

29. Deve ser feita uma ponderação entre o princípio da reparação integral do dano, quer seja o dano patrimonial ou extrapatrimonial, e o da influência da culpa quando houver uma desproporção entre a culpa e o dano, e caberá ao julgador a incumbência de analisar e decidir de forma fundamentada pelo afastamento do princípio da reparação integral do dano e a adoção da gradação da culpa.

30. Quando diante de casos em que haja a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e dos danos causados, deve ser observado, em certas dimensões, o princípio da reparação integral dos danos, principalmente quanto à possibilidade de cumular os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Mas também deve ser seguido que o valor da reparação deve ser medido de acordo com a extensão do dano, pois é sobre este valor que o juiz irá definir o quantum indenizatório ou compensatório, por meio de uma redução com base no critério da equidade, que leva em conta o grau da culpa.

31. Além do Princípio da Reparação Integral dos Danos, outro princípio orientador da responsabilidade civil é o da equidade, devendo ser observado pelos juízes no momento da determinação do quantum indenizatório, em especial nos casos em que a parte autora não tem como provar a extensão dos danos patrimoniais sofridos, e na definição dos danos extrapatrimoniais. Também deve ser observada, como dispõe o art. 954, quando, havendo ofensa à liberdade da vítima, esta não puder provar o prejuízo sofrido, e conforme o parágrafo único do art. 928, na definição da indenização devida pelo incapaz pelos prejuízos que causar.

32. Embora do critério da equidade resultem algumas dificuldades a serem enfrentadas pelo juiz no momento de definir o valor da indenização, e independente do tipo de Responsabilidade Civil, seja subjetiva ou objetiva, é com base neste critério que deve estar

pautada a redução da indenização, como também nos outros princípios assegurados pela Constituição Federal. Com isso, retira do julgador a extrema subjetividade que existiria nesse momento.

33. A redução do valor da indenização observando a participação da reparação integral do dano em nenhum momento se demonstra um limitador do princípio da reparação integral dos danos, mas sim torna este concretizado de forma mais plena, já que este determina que não pode ser reparado além dos danos. Ademais, são questões atinentes ao nexo de causalidade, que figura como um dos requisitos da responsabilidade civil e deve restar configurado para que seja imputado o dever de reparar, estando esta reparação limitada aos danos que decorrem da conduta.

34. Surge como consequência direta da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana a necessidade de observar a situação do responsável, pois este princípio desautoriza que, na busca de uma reparação integral dos danos sofridos pela vítima, em face de valor estabelecido a título de reparação, quer seja esta compensação ou indenização, seja produzida a ruína do causador do dano ou de qualquer outro responsável. Assim, não apenas a situação da vítima, como também a do responsável, passa a influenciar na responsabilidade civil, mas, enquanto a primeira é na definição da extensão do dano, a segunda age diretamente no momento da quantificação.

35. Quanto à situação do ofensor, este critério deve ser observado apenas na compensação dos danos extrapatrimoniais, e não visto como um meio de reduzir o valor da indenização quando o dano a ser reparado é o patrimonial. Assim, na tarefa de quantificar o valor da indenização da perda de uma chance, a situação do ofendido não figura como um dos critérios para estabelecer o valor da reparação.

36. Buscando a realização plena dos princípios que regem a responsabilidade civil, no momento da definição da reparação alguns valores recebidos devem ser abatidos do valor estabelecido a título de total do dano sofrido, isso para evitar o enriquecimento sem causa da vítima por meio desta restituição, uma vez que o dano experimentado por esta não pode servir como fonte de renda.

37. Diversamente das principais espécies de dano, nas quais o cálculo da reparação financeira, quer seja indenização ou compensação, deve ser realizado com base no dano final experimentado pelo requerente, no caso da perda de uma chance o que se objetiva não é a indenização pelo dano efetivamente sofrido pela parte, já que outros fatores poderiam levar à sua ocorrência, sendo este cálculo realizado de acordo com o que foi efetivamente destruído pela parte ré, que é a chance em si.

38. Considerando que o que deve ser indenizado quando configurada a responsabilidade civil por perda de uma chance é a chance em si – composta pela probabilidade que existia no momento da conduta de alcançar um benefício; ou o evitamento de sofrer um prejuízo; ou a escolha correta fulcrada em informação plena –, é com base nesta que deve ser iniciado o processo quantificador.

39. No momento de estabelecer o valor desta chance que foi perdida o magistrado deve observar todos os fatores que influenciam de forma pró e contra o surgimento do benefício ou a não ocorrência do prejuízo, o que leva em conta todas as circunstâncias do caso, do qual resultará uma probabilidade concreta, e não apenas uma vaga possibilidade.

40. Embora a doutrina centre na delimitação desta chance a ser reparada como fator determinante na apuração do quantum indenizatório, levando em conta os princípios que norteiam a responsabilidade civil e a existência de constante colisão entre eles, deve restar clara a necessidade de se estabelecer critérios que observem não apenas a chance perdida, mas, também, fatores outros que a rodeiam e influenciam diretamente na mensuração do montante reparatório.

41. Os critérios que devem ser observados no momento da quantificação como um todo: a) a observância do princípio da reparação integral dos danos, definindo todos os danos que foram sofridos pela parte; b) estabelecer o valor probabilidade perdida, que consiste no conteúdo da chance, incidindo esta probabilidade sobre todos os danos patrimoniais diretamente decorrentes da chance perdida; c) o grau de culpa como critério apenas quando presente a desproporção entre a lesão e a culpa quando leve; d) a existência de outras formas de reparação a serem compensadas.

42. No caso da perda de uma chance é necessária uma atenção redobrada neste segundo item, estabelecendo o valor do que foi realmente perdido, que consiste na própria chance, e levando em conta que este dano é classificado como emergente, além de patrimonial, uma vez que é atual, devendo ser reparada a chance que existia no momento da conduta lesiva, enquanto probabilidade, séria e real, de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, pois com base nesta probabilidade é que será realizado o cálculo do valor da indenização.

43. A quantificação da indenização na responsabilidade civil por perda de uma chance deve observar os quatro critérios apresentados, mas dando maior importância para o segundo deles, que é estabelecer o valor probabilidade perdida, que consiste no conteúdo da chance, incidindo esta probabilidade sobre todos os danos patrimoniais diretamente decorrentes da chance perdida, pois o valor decorrente deste cálculo será o valor base da

indenização, que pode sofrer reduções nos casos em que houver uma desproporção entre a culpa e o dano, que é o item c, e valores para serem compensados, enquanto último passo dessa quantificação.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roger Silva. Art. 944. Parágrafo Único. *In*: AGUIAR JR., Ruy Rosado (Org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal. 2007. V.2.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado (Org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal. 2007. V.2.
- ALTHEIM, Roberto. A atividade interpretativa e a imputação do dever de indenizar no direito civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 94, n. 841, 2005.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965. p. 192.
- AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. *In*: ALVIM, Arruda (Coord.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 10, n. 40, out./dez. 2009.
- ARAÚJO, Vaneska Donato de. Generalidade sobre o dano. *In*: HIRONAKA, Giselda M. F. Novais (Org.). **Responsabilidade civil. Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ASSIS, Araken. Liquidação dos danos. **RT 759**. jan 1999. Ano 88.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do art. 927 do Código Civil e alguns fundamentos do direito comparado. **Revista de Direito Privado**. n. 20, ano 5, out-dez 2004.
- BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/39/88/3988/>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile**, Ano XXX, 1976.

BONANNO, Cláudio. La perdita di chance nel diritto privato. Brevi riflessioni: alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali. Giutio. **Rivista di Diritto dell'Economia, di Transporte e dell'Ambiente**. Vol VII, anno, 2009.

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. Dano moral: valoração do quantum e razoabilidade objetiva. **Revista do Direito Privado**. n. 25, ano 7, jan./mar. 2006.

BRANCO, Gerson Luis Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. **Revista dos Tribunais**, nº 733, p. 64-68, 1996.

BRASIL. Brasília, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Apelação Cível. **Processo nº 20060110426123APC**, Relator Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior, 2ª Turma Cível, julgado em 01/06/2011, DJ 14/06/2011 p. 46.

_____. Minas Gerais. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível de nº 1.0024.05.700546-4/001**, Relatora Desembargadora: Selma Marques.

_____. Paraná. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 721.311-2**. 7ª Câmara Civil. Relator: Des. Guilherme Luiz Gomes.

_____. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. **Embargo de Declaração nº 0025286-93.2008.8.19.0066**. Terceira Câmara Cível. Relatora Renata Cotta. Julgamento em 10/08/2011.

_____. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0009622-91.2002.8.19.0014**. Terceira Câmara Cível. Relatora Desembargadora Renata Cotta. Data do julgamento 03/08/2011.

_____. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0006217-08.2006.8.19.0014**, 1ª Ementa. Rel. Desembargador Antônio Iloizio B. Bastos. Julgamento: 28/09/2010 – Décima Segunda Câmara Cível.

_____. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0132233-75.2008.8.19.0001**. Sétima Câmara Cível. Relator Des. André Ribeiro. Data do Julgamento 17 de agosto de 2011.

_____. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0055748-73.2004.8.19.0001**. Quarta Câmara. Relator Desembargador Marcelo Lima Buhatem. Data do julgamento: 06/09/2011.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 591047451**. Sexta Câmara Cível. Relator: Adroaldo Furtado Fabrício. Julgado em 10/12/1991.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível nº 71001291004**. Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais. Relator: Des. Clovis Moacyr Mattana Ramos. Julgados em 23/05/2007.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70038084646**. Quinta Câmara Cível. Comarca de Santa Rosa. Relator Des. Romeu Marques Ribeiro Filho. Data do julgamento 29/09/2010.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70039581475**. Décima Sexta Câmara Cível, Relator: Paulo Sérgio Scarparo. Julgado em 17/03/2011.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado nº 71002694438**. Primeira Turma Recursal Cível. Comarca de Frederico Westphalen. Data do julgamento 30 de setembro de 2010.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70013783782**. Nona Câmara Cível, Relator: Odone Sanguiné. Julgado em 12/07/2006.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado nº 71002583656**. Terceira Turma Recursal Cível. Comarca de Santa Maria. Relator Des. Jerson Moacir Gubert. Data de julgamento 10/06/2010.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70037519295**. Décima Quinta Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Felix, Julgado em 21/07/2010.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70025179458**, Nona Câmara Cível, Relator: Desembargador Odone Sanguiné. Data do julgamento: 17/12/2008.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70013783782**, Nona Câmara Cível, Relator: Odone Sanguiné. Julgado em 12/07/2006.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70042147207**, Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 25/05/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. nº 1.190.180-RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data de julgamento 16 de novembro de 2010. DJE de 22 de novembro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento de nº 1236312 MG**. Relator Ministro RAUL ARAÚJO. Órgão Julgador – Quarta Turma. Data do julgamento 24/05/2011. Dje 22/06/2011

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 959.565 – SP**. Órgão julgador: Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano. Data do julgamento 25/05/2011. Dje 27/06/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1110417/MA**. Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (1145), órgão Julgador Quarta Turma, data do julgamento: 04/07/2011, Dje 28/04/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 604801 / RS**. RECURSO ESPECIAL, 2003/0180031-4, Relatora Ministra ELIANA CALMON (1114) T2 - SEGUNDA TURMA. Data do julgamento: 23/03/2004. Data da publicação: 07/03/2005. p. 214.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 788.459-BA**. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 04/11/2008. Dje 13/03/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1104665 / RS**. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Data do julgamento 09/06/2009. Dje 04/08/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 965.758/RS**, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi. Dje 03/09/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 993936 / RJ**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do julgamento: 27/03/2012. Data da publicação: 23/04/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1079185/MG**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, Data do julgamento 11/11/2008. Dje 04/08/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1190.180/RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do julgamento 16/11/2010. Data da publicação: 22/11/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1104.665/RS**. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Data do julgamento: 09/06/2010. Data da publicação 22/11/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 866.220 - BA** (2006/0135011-8). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do julgamento: 17/08/2010. Data da publicação 13/09/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. REsp 788459/BA**, Relator Min Fernando Gonçalves. Data do julgamento> 08/03/2006, DJ 13/03/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 263223/SP**. Relator Min. Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Data do julgamento 04/10/2001. Dje 25/02/2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 299690/RJ**. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Data do julgamento. 13/03/2001. Dje 07/05/2001.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Processo nº 0000712-57.2010.5.05.0201 RecOrd, ac. nº 077182/2011**. Relator Desembargador Jeferson Muricy, 5ª Turma, DJ 29/09/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Processo nº 0084200-18.2007.5.05.0005 RecOrd, ac. nº 073410/2011**. Relator Desembargador Cláudio Brandão, 2ª Turma, DJ 15/08/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Processo nº 0000175-48.2010.5.05.0464 RecOrd, ac. nº 044962/2011**. Relatora Desembargadora DALILA ANDRADE, 2ª TURMA, DJ 25/01/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Processo nº 0027200-11.2009.5.05.0031 RecOrd, ac. nº 030907/2010, Relator Desembargador Cláudio Brandão**, 2ª Turma, DJ 04/10/2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Processo nº 0024800-07.2009.5.05.0651 RecOrd, ac. nº 027776/2010**. Relatora Desembargadora Luíza Lomba, 2ª Turma, DJ 28/09/2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Processo nº 0121300-61.2008.5.05.0008 RecOrd, ac. nº 029116/2009**. Relator Desembargador Renato Mário Borges Simões, 2ª. Turma, DJ 11/12/2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Processo nº 0058100-92.2009.5.05.0122 RecOrd, ac. nº 034676/2009**. Relator Desembargador Cláudio Brandão, 2ª. Turma, DJ 11/12/2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Processo nº 0123700-85.2007.5.05.0492 RecOrd, ac. nº 034805/2009**. Relator Desembargador Cláudio Brandão, 2ª. Turma, DJ 09/12/2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Processo nº 0037400-89.2008.5.05.0006 RO, ac. nº 008835/2009**. Relatora Desembargadora Elisa Amado, 1ª. Turma, DJ 06/05/2009.

BRITO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. *In*: PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Novos nomes em direito civil**. Vol. I, Salvador, 2004.

BUAB, José D'Amico. A ação individual de responsabilidade e a reparação de danos patrimoniais e morais. *In*: Bittar, Carlos Alberto (Coord.). **Responsabilidade civil por danos a consumidores**. São Paulo: Saraiva, 1992.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Vol. 12. Out/Dez 2002. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

CAPPELLARI, Récio. **Os novos danos à pessoa** na perspectiva da repersonalização do direito. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. Indenização por danos morais – Quantum. **Revista de Direito Privado**. n. 17. ano 5. jan – mar. 2004.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade do novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil brasileiro interpretado**: direito das obrigações. v. XXI. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

CODA, Ludovica. **La perdita di chance com particolare riguardo alla responsabilità professionale dell'avvocato**. Disponível em: <www.tesisonline.com>. Acesso em: 30 nov 2011

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, 667/07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. 2. ed. , V. II. Milano: Giuffrè, 1970. p. 264.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1936. 2v.

_____. **Da responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. Vol I.

_____. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 2v.

DIAS, Sérgio Novaes. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOHRMANN, Klaus Albiez. El tratamiento del lucro cesant em el sistema valorativo. **Revista de Derecho Privado**. Mayo de 1988. Madrid: Editoriales de Derechos Reunidas, 1988.

DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *In*: DELGADO, MárioLuiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. Série Grandes Temas de Direito Privado – v. 2. São Paulo: Método, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução Nelson Boeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVILL, Luis Pascual. **La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual**. Tomo II, Volume 2. Parte Especial. Barcelona: Bosch, 1990.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. *In*: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões** (Íntegra até mar\09). 2009. V. 10, n. 7, dez\jan. Disponível em: <www.ibdfam.org.br. Acesso em: 10 nov. 2011.

FRANÇA, Daniel Luiz do Nascimento. Dano moral – necessidade da prova do prejuízo para configuração da responsabilidade civil. **Revista de Direito Privado**. Ano 05, n.19, jul/set de São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRANÇA, R. Limongi. Reparação do dano moral. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 77, n. 631, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCEZ NETO, Martinho. **Prática da responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1970.

GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano da perda de uma chance. **Revista Direito e Justiça**. Vol XIX, 2005, tomo II, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Civil brasileiro – responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 94, v. 840, outubro de 2005.

HUET, Jérôme. Responsabilité civile. **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris: Dalloz, v. 85. 1986.

ITURRASPE, Jorge Mosset; CARLUCCI, Aida Kemelmajer. **Responsabilidade civil**. Buenos Aires. Hammurabi, 1993.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, n. 454, 1941.

JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000.

_____. Responsabilité civile. **Revue Trimestrelle de Droit Civil**. Paris: Sirey, n.1,1992.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova. Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**. vol. 839. Ano 94, setembro de 2005.

KUHN, Thomas. **As estruturas das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LEMOS, Paulo M. F. Ato ilícito e reparação por dano. **Vox Juris**, ano 2, v.2, 2008, p. 41-84.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: as primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 5, n.19, jul/set 2004.

LIMA, Taísa Maria Macedo de. Princípios Fundantes do Direito Civil atual. *In*: FIUZA, César. (Coord.). **Direito Civil. Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 6. ed. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. V. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas e Bastos, 1995.

LOPES, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *In: AZEVEDO, Antonio Junqueiro. (Coord.). **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas.** Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier, 2008.*

LOZUPONE, Roberto. **Il danno da perdita di chance.** Disponível em: <www.diritto.it>. Acesso em: 25 nov. 2011.

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 e pós-graduação PUCRS, 2009.**

LYRA, Afrânio. **Responsabilidade civil.** Bahia, 1977.

MARIN, Rubens Leonardo. Dos sentidos da responsabilidade civil no Código Civil de 2002, e suas correlações aos tipos. *In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). **Direito civil, direito patrimonial, direito existencial.** São Paulo: Método, 2006.*

MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos.** 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

MARTINO, Ricardo Agostini. Os programas de pesquisa Lakatosianos e a metodologia da ciência neoclássica: contribuições e críticas. *In: **Congresso Brasileiro de História Econômica.** Programa/Associação Brasileira de Pesquisadores em História Econômica. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2009.*

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, v. V, Tomo II:** do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 362

_____. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *In: **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 409.*

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais. **Revista de Direito Privado**, n.26, ano 7, abr-jun, 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. Por uma nova teoria da reparação por danos morais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 6, n. 33. p. 67. Jan-Fev, 2005.

MELO, Raimundo Simão de. **Indenização pela perda de uma chance**. p. 2. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n.63, 2007.

MIRANDA JÚNIOR, Joselito Rodrigues de. **Dano moral**: critérios de quantificação. Jus Podivm. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>>. Acesso em: 20. jul. 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. Vol. 5. 2ª parte. 34. ed. Rev e atual por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 63. pp. 69-94, 2008. p. 72.

MORAES, Maria Celina Bondin de. **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. Ano. 95, Vol. 859, dez. 2006.

NALIM, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil**: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1996.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEPOMUCENO, Paulo Polly. **A integral reparação do dano**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1972.

NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. **Revista dos Tribunais**. Ano. 95, vol. 843, janeiro de 2006. p. 106.

NORONHA, Fernando. Âmbito da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 12 (outubro/dezembro 2002). Rio de Janeiro: Padma, 2002.

_____. **Direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.I.

_____. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. Ano. 92, v. 816, out. 2003. p. 752.

PACCHIONI, Giovanni. **Diritto civile italiano**. Parte secunda: direito delle obbligazioni; v. IV: Delitti e Quasi Delitti, Padova: Cedam, 1940.

PADILLA, René A. **Sistema de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Novos nomes em direito civil**. Vol. I, Salvador, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Direito civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 112.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações**: teoria geral e responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. PARTE ESPECIAL. TOMO LIII 3. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1966.

REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. *In*: "**Temas de direito positivo**". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RESEDÁ, Salomão. Nem tudo que reluz é ouro: do mero aborrecimento ao dano moral. *In*: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; CASTRO, Celso Luiz Braga de; AGRA, Walber de Moura (Coords.). **Novas perspectivas do direito privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 327-347.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Da responsabilidade individual à responsabilidade social: reflexões sobre a causalidade. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo-SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2341.pdf>. Acesso em: 25 out. 2011.

- ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira de. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. **Revista EMRJ**, v. 11, n. 43, 2008.
- _____. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SANSEVERINA, Paulo de Tarso V. Princípio da reparação integral dos danos pessoais. **Jornal Carta Forense**. Out., 2005.
- SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código Civil interpretado**. Volume XXI, 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.
- SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3.
- SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 12 (outubro/dezembro 2002). Rio de Janeiro: Padma, 2002.
- _____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidade civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 52, 2004.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de direito civil: obrigações em geral**. 6. ed., rev. e atual. pelo Professor José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1995.
- SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para a sua aplicação. DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Novo Código Civil. Questões controversas**. Série Grandes Temas de Direito Privado. Vol. 5. São Paulo: Método, 2006.

_____. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueiredo (Coords.). **Novo Código Civil. Questões Controversas**. Série Grandes Temas de Direito Privado. Vol.1. São Paulo: Método, 2007.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro. (Estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês). **Revista dos Tribunais**. Ano. 94, vol. 831, jan., 2005.

_____. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TADEU, Silney Alves. Responsabilidade civil: nexos causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n. 64, out-dez, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da Culpa ao Risco. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 55, jul-set., p. 151-152., 2005.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol I. Coimbra: Almedina, 1998.

VARIZAT, Andrés f. **Daño pasado, daño futuro y principio de la reparación integral**: sus proyecciones practicas em un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Disponível em: <www.taringa.net>. Acesso em: 25. out. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité**. 3. Edition. Paris: LGDJ, 2006.

VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité: conditions**. Paris: LGDJ, 1998.

_____. **Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité: effets**. Paris: L.G.D.J., 1988.

WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista dos Tribunais**, ano 95, vol. 845, mar., 2006.

ZANCHIM, Kleber Luiz. Redução da indenização na responsabilidade objetiva. **Revista de Direito Privado**. ano 9, n. 33, jan-mar., 2008.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.