

**A REPARAÇÃO CIVIL NA
TEORIA DA PERDA DE
UMA CHANCE**

GLENDA GONÇALVES GONDIM

Mestre e Doutoranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná.
Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito civil do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil
da Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba.
Professora de Direito Civil da Universidade Positivo. Advogada

A REPARAÇÃO CIVIL NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

2013 | São Paulo - SP





Nossos Contatos

São Paulo

Rua José Bonifácio, n. 209,
cj. 603, Centro, São Paulo – SP
CEP: 01.003-001

Acesse: www.editoraclassica.com.br

Redes Sociais

Facebook:

<http://www.facebook.com/EditoraClassica>

Twitter:

<https://twitter.com/EditoraClassica>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

D635

A reparação civil na teoria da perda de uma chance
[recurso eletrônico]/Glenda Gonçalves Gondimelton (autor)
São Paulo : Clássica, 2013.
recurso digital

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-99651-62-9 (recurso eletrônico)

1. Direito Civil. 2. Livros Eletrônicos

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Alexandre Walmott Borges

Daniel Ferreira

Elizabeth Accioly

Everton Gonçalves

Fernando Knoerr

Francisco Cardozo de Oliveira

Francisval Mendes

Ilton Garcia da Costa

Ivan Motta

Ivo Dantas

Jonathan Barros Vita

José Edmilson Lima

Juliana Cristina Busnardo de Araujo

Lafayette Pozzoli

Leonardo Rabelo

Lívia Gaigher Bósio Campello

Lucimeiry Galvão

Luiz Eduardo Gunther

Luisa Moura

Mara Darcanchy

Massako Shirai

Mateus Eduardo Nunes Bertoncini

Nilson Araújo de Souza

Norma Padilha

Paulo Ricardo Opuszka

Roberto Genofre

Salim Reis

Valesca Raizer Borges Moschen

Vanessa Caporlingua

Viviane Coelho de Séllos-Knoerr

Vladmir Silveira

Wagner Ginotti

Wagner Menezes

Willians Franklin Lira dos Santos

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy

Produção Editorial: Editora Clássica

Revisão: Lara Bósio

Capa: Editora Clássica



DEDICATÓRIA

À Maria do Carmo Gonçalves Gondim, Laura Gondim Mateus da Silva e Eduardo Gondim Mateus da Silva, mãe e sobrinhos, que tanto incentivaram para a elaboração deste estudo, pelo simples fato de existirem.

À Viviane Gonçalves Gondim, irmã que, mesmo distante, é exemplo de amizade e companheirismo.

À memória do meu pai, Otaviano Borges Gondim, modelo de ser humano.



AGRADECIMENTOS

Este estudo é fruto de diversos fatores que unidos permitiram a pesquisa e a sua elaboração. Aqui são mencionadas algumas das pessoas que tiveram maior importância e que merecem meus sinceros agradecimentos.

Ao Professor Doutor Eroulths Cortiano Júnior pela orientação e as palavras de apoio, que tornaram possível a elaboração e finalização deste estudo.

Aos Professores Daniel Ferreira e Miguel Kfourri Neto, pelo sempre incentivo e o despertar pela pesquisa e a academia.

Àqueles responsáveis pelo acesso de todos os estudantes ao acervo das bibliotecas da Universidade Positivo e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, cujas pesquisas bibliográficas tanto contribuíram para o meu estudo.

À Rosemeire Ferracini pelo companheirismo, por fazer parte da minha vida e me acolher muito mais que uma irmã. À Jussara Timm do Valle, cujo apoio e companheirismo foram essenciais para o desenvolvimento da pesquisa. Pelo exemplo de disciplina, amizade e todo o apoio oferecido, muito além das necessidades acadêmicas, à Renata Carlos Steiner.

Às minhas amigas, Cláudia Machado, Consuelo Macedo, Patrícia Mussi e Maíra Gavioli, que mesmo distantes, permanecem presentes, como modelos de pessoas, no âmbito profissional e pessoal, pelo sempre apoio em todas as minhas decisões, muito obrigada.

Aos meus amigos, Bruna Carolina da Rosa e Márcio Kabke Pinheiro, pela ausência consentida e silenciosa torcida. À Marina Cabral Rhinow pela amizade, profissionalismo e, hoje, maternidade, cuja dedicação e seriedade são modelos a serem seguidos.

Aos meus amigos, Andrea Gebert, Flávia Machado, Juliana Furtado, Alessandro Kishino, Marco Luna e Marina Hara, pelo apoio, compreensão e paciência nas ausências exigidas por este estudo.

À Marília Pedroso Xavier, pelas palavras de incentivo. À Jaqueline Lobo da Rosa pelo exemplo de mulher da hipermodernidade, capaz de acumular as funções de esposa, mãe e profissional, de forma exemplar.

INTRODUÇÃO	11
-------------------------	-----------

I – OS CAMINHOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. O NOVO OLHAR LANÇADO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	13
---	-----------

1.1 O DISTANCIAMENTO DA CULPA	16
-------------------------------------	----

1.2 O DANO COMO PONTO CENTRAL PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL	21
---	----

1.3 O NEXO CAUSAL E AS DIFICULDADES SUSCITADAS.....	26
---	----

2. A ANÁLISE DO DEVER DE REPARAR.....	31
--	-----------

2.1 O PRINCÍPIO DO ALTERUM NON LAEDERE E O DEVER DE REPARAR	33
---	----

2.2 A ANÁLISE DO PREJUÍZO CAUSADO PELA VIOLAÇÃO DO DEVER PRIMÁRIO E OS REQUISITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO COMO DANO	36
--	----

3. A JURISPRUDÊNCIA E SEU IMPORTANTE PAPEL PARA ADAPTAÇÃO À REALIDADE SOCIAL	43
---	-----------

3.1 A SUPERAÇÃO DA ERA DA SEGURANÇA: AS CLÁUSULAS GERAIS E AS ALTERAÇÕES DOUTRINÁRIAS	45
--	----

3.2 A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL	51
--	----

II – A PROPOSTA DA REPARAÇÃO POR CHANCES

4. PREMISSAS PARA O ESTUDO DA REPARAÇÃO POR CHANCES	57
4.1 AS ALTERAÇÕES DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O CENÁRIO QUE PERMITIU A CRIAÇÃO DA TEORIA	60
4.2 A CHANCE PERDIDA E O REQUISITO DA CERTEZA: UM DANO ESPECÍFICO OU UMA PARCELA DO PREJUÍZO?	68
4.3 DA ESPERANÇA À CHANCE REPARÁVEL: A SUCESSÃO DE EVENTOS E O BENEFÍCIO ESPERADO	72
5. A “ZONA GRIS”: OS REQUISITOS E PRESSUPOSTOS PARA A REPARAÇÃO POR CHANCES	75
5.1 A ANÁLISE DA PROBABILIDADE	82
5.2 A CHANCE COMO “SALVADOR DA PÁTRIA”	88
6. A CLASSIFICAÇÃO: A PARTIR DA POSIÇÃO DOUTRINÁRIA DE FERNANDO NORONHA	93
6.1 A FRUSTRAÇÃO EM OBTER UMA VANTAGEM ESPERADA	95
6.1.1. RESPONSABILIDADE ADVOCATÍCIA	101
6.2 A FRUSTRAÇÃO EM EVITAR UM PREJUÍZO	108
6.2.1. RESPONSABILIDADE MÉDICA	108

III – A APRECIÇÃO DO VALOR DA REPARAÇÃO

7. CONTEÚDO ECONÔMICO DA CHANCE	123
7.1 DANOS MATERIAIS: LUCROS CESSANTES OU DANOS EMERGENTES?	127
7.2 A CHANCE COMO DANO EXPATRIMONIAL	134
8. PARÂMETROS EXISTENTES PARA A QUANTIFICAÇÃO	139
8.1 CRITÉRIOS ADOTADOS PARA A REPARAÇÃO DA CHANCE PATRIMONIAL	142
8.2 A COMPENSAÇÃO DA CHANCE: O DANO EXTRAPATRIMONIAL	148
CONSIDERAÇÕES FINAIS	157
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	161

INTRODUÇÃO

Nos jogos olímpicos do ano de 2004, na cidade de Atenas, na Grécia, a prova da maratona foi marcada por um acontecimento que surpreendeu aqueles que acompanhavam a sua realização.

Nos últimos quilômetros a serem percorridos, o maratonista Vanderlei Cordeiro de Lima, que liderava a competição, foi segurado por um homem que invadiu a pista. Pessoas que acompanhavam a prova e policiais auxiliaram a imediata retirada do invasor.

O maratonista que estava em primeiro lugar, com uma diferença de, aproximadamente, trinta segundos para com os outros competidores, ao retornar à prova, demorou alguns segundos para retomar o ritmo de corrida e terminou a competição em terceiro lugar, premiado com medalha de bronze.

As manchetes dos jornais no Brasil divulgaram o ocorrido ora como a obtenção da medalha do bronze e ora como a perda da medalha de ouro.

A dúvida que se instaurou era se o competidor ganharia a medalha de ouro se não tivesse ocorrido o incidente.

Não é possível responder com absoluta certeza essa questão, pois a vitória dependia de fatores alheios e, em virtude da conduta do invasor, nunca será possível saber se Vanderlei Cordeiro de Lima ganharia a competição.

Essa indagação apresenta um problema jurídico sobre a existência de responsabilidade do invasor no âmbito civil e, em caso positivo, quais seriam as consequências de tal responsabilização.

É possível verificar a conduta culposa ante a invasão da pista e, posteriormente, por ter impedido o maratonista de continuar o seu percurso normalmente.

Ocorre que a responsabilidade civil não tem como único pressuposto a conduta culposa, sendo, necessária, também a configuração do dano, o qual deve ser sempre certo e atual.

O dano ocorrido considerado como a perda da medalha de ouro pelo maratonista não é certo e nem atual, tendo em vista que Vanderlei Cordeiro de Lima não havia terminado a prova, não sendo possível afirmar se ausente a invasão da pista teria o corredor permanecido em primeiro lugar e ganho a medalha de ouro.

Assim, o fato de outrem não participante ter invadido a pista e segurado o maratonista não resulta, diretamente, na perda da medalha de ouro, porque essa colocação dependeria do desempenho do maratonista e dos demais competidores.

Pelas regras normais da responsabilidade civil, essa situação não seria reparável. O dano final, recebimento do primeiro lugar, não é certo; não há nexo causal entre a conduta e tal prejuízo.

Mas é em razão da probabilidade que existia no momento da invasão da pista, de que o resultado seria favorável para o maratonista brasileiro, que seria possível analisar a responsabilidade do invasor.

Para tanto, tem-se a teoria criada pela jurisprudência francesa, a qual analisa a probabilidade em obter uma vantagem e, desta maneira, poderia dar outra solução ao caso.

Com efeito, quando o curso natural de eventos é interrompido e uma vantagem que se esperava ocorrer não acontece, pode estar diante de um caso típico da teoria da perda de uma chance.

É essa teoria que se trata no presente estudo.

A perda da chance tem sido adotada pela jurisprudência brasileira, mesmo ante a escassa doutrina sobre a matéria, que passou a se preocupar com maior ênfase ao tema, após as lides julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por conta dessa origem jurisprudencial, esse trabalho leva em consideração vários julgados sobre o tema, especificamente, do Superior Tribunal de Justiça, bem como, em sua maioria, das cortes de três Estados do país, Rio Grande do Sul, Paraná e Rio de Janeiro (Estados pioneiros na aplicação da reparação por chances e com mais diversidades de temas apresentados).

O estudo é dividido em três Capítulos.

No primeiro Capítulo, cuida-se da evolução da responsabilidade civil, com a mudança de olhar que desencadeou a alteração de um posicionamento secundário perante o Direito civil para uma posição de grande relevância, bem como da transferência do enfoque de “quem é o responsável” para “quem sofreu o prejuízo” e as suas consequências, perante a pretensão em restabelecer o equilíbrio econômico jurídico sofrido.

No segundo Capítulo, são estudados os fenômenos mais importantes para a alteração do instituto da responsabilidade civil que criaram um cenário favorável para a aplicação da teoria.

Também, serão estudados os pressupostos da responsabilidade civil, quando se trata da aplicação da teoria, a partir da distinção entre a chance como um dano específico ou mera parcela da lesão integral suportada pelo ofendido.

O último Capítulo tem como objeto o conteúdo econômico da chance, definido como extrapatrimonial ou material, bem como os métodos a serem utilizados para sua quantificação.

Durante todo o percurso do estudo haverá referência às decisões dos Tribunais, principal forma criativa desta teoria.

As obras, os artigos em periódicos, bem como a jurisprudência consultada, podem ser encontrados nas próprias citações realizadas no desenvolvimento do estudo, especificamente nas notas de rodapé, bem como nas referências bibliográficas.

PARTE I

OS CAMINHOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. O NOVO OLHAR LANÇADO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

O tema, que antes estava às margens do Direito, cujas discussões doutrinárias eram escassas, o número de decisões judiciais que a ele se referia era insignificante, além do grande descaso nos bancos acadêmicos, “de um dia para outro, dominou os tribunais, monopolizou os processos, fez convergir sobre ela [ele] os tratados e as monografias”¹ e se apresenta, nos tempos de hoje, como uma matéria de grande relevância.

Essa diferença de tratamento do tema desde o seu estudo perante as faculdades de direito até a jurisprudência é bem relatada por Louis Josserand que expõe, através de sua experiência pessoal, o seguinte caminho traçado pela responsabilidade civil no campo do Direito:

Ao tempo em que eu era estudante, o meu professor de direito civil tratava da responsabilidade numa só e única lição, como dum assunto inteiramente secundário; e os repertórios de jurisprudência eram então bem pobres em decisões referentes aos delitos ou aos quase-delitos civis. Atualmente, dez ou doze lições são apenas suficientes para o professor dar aos seus alunos uma idéia do assunto em si; e, quanto às nossas coleções de jurisprudência, regurgitam, em todo o país, de julgamentos e de arestos proferidos em processos de responsabilidade; há mesmo várias revistas especializadas na matéria. Na verdade, a responsabilidade se tem elevado ao primeiro plano da atualidade judiciária e doutrinária: é a grande sentinela do direito civil mundial: é a primeira entre todas².

Em razão da posição diferenciada assumida perante a doutrina, tribunais e no próprio ensino jurídico é “comum afirmar que a responsabilidade civil é certamente o instituto de Direito Civil que teve desenvolvimento mais espetacular nos últimos cem anos”³.

E a importância atual é tamanha que Sérgio Cavalieri Filho, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirma ter verificado

¹ WALD, Arnoldo. *A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro*. Vol. 7., n. 26, Rio de Janeiro: EMERJ, 1998. p. 99.

² JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Vol. 86, n. 454. Rio de Janeiro: Forense, 1941. p. 548.

³ NORONHA, Fernando. *Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização*. Vol. 17, n. 64. São Paulo: RT 1993. p. 12.

em várias sessões de julgamento que os casos sobre a matéria ultrapassam cinquenta por cento dos recursos a serem julgados⁴.

Uma das razões pela qual teria tal instituto assumido um papel de tamanha importância seria o aumento do número de lesões a interesses juridicamente protegidos, ou seja, um aumento no número de danos⁵.

Essa ampliação das lesões está intimamente ligada com as alterações decorrentes da Revolução Industrial iniciada no século XVIII, na Inglaterra, que proporcionou um mundo mais dinâmico e ampliou o domínio da responsabilidade civil para, conforme doutrina Louis Jossierand, “todo o direito das obrigações, toda a vida em sociedade”⁶.

Na comparação de Carlos Alberto Ghersi, as repercussões do avanço tecnológico estão para a responsabilidade civil como a queda da Bastilha está para a monarquia e a demolição do muro de Berlim para o comunismo e simboliza o final de “um método, uma filosofia e uma história”⁷.

Ressalvadas as devidas proporções, na aludida comparação, o autor demonstra a importância desse momento histórico para o instituto da responsabilidade civil⁸.

O convívio permanente com máquinas que apresentavam maiores perigos⁹ intensificou os danos decorrentes do processo industrial¹⁰.

A multiplicação dos “inventos, as descobertas e outras conquistas da atividade humana”¹¹ foram de extrema importância para a sociedade¹² e para

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5ª ed., rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

⁵ É o posicionamento defendido por José de AGUIAR DIAS (*Da responsabilidade civil*. 11. ed. ver., atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Aument. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14) e Georges RIPERT (*A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. pp. 213-214).

⁶ JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Vol. 86, n. 454. Rio de Janeiro: Forense, 1941. p. 558.

⁷ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 2.

⁸ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría ..., op. cit.*, p. 2.

⁹ Afirma Clayton REIS que essa nova realidade apresentou “uma nova relação social e jurídica entre o homem e a máquina. (...) os novos equipamentos geraram um enorme potencial de danos, em razão dos perigos no seu manuseio, bem como decorrentes do próprio perigo de dano”. (REIS, Clayton. *A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil*. Vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 42-44).

¹⁰ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos: pessoais e materiais*. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 2.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa..., op. cit.*, p. 21.

¹² A influência desse fenômeno é ressaltada por Fernando NORONHA, para quem “Mesmo que se considere apenas o *homo sapiens* (e não outros seres já humanos que o antecederam ou chegaram a ser contemporâneos, como o *homo neanderthalensis*, possivelmente exterminado pelos nossos

o Direito, o que acarretou uma maior preocupação dos juristas, eis que quanto menor a segurança material, mais se necessita de uma segurança jurídica¹³.

Ao direcionarem o olhar ao instituto da responsabilidade civil, os juristas se depararam com um modelo jurídico estático e engessado, insuficiente para responder às demandas que batiam às portas do Judiciário, o que fomentou o maior estudo sobre o tema e passaram a se debruçar sobre os livros e legislações pertinentes.

A doutrina se preocupou em criar novas teorias da responsabilidade civil, como a teoria do risco, a responsabilidade objetiva, a atual flexibilização do nexo causal, a teoria do dano, dentre outros.

No tocante a legislação, entende José de Aguiar Dias que as regras fundamentais existentes são *standard* e, assim, suficientes para se adaptarem aos anseios sociais¹⁴, sendo desnecessária a elaboração de novas leis sobre o tema. Leciona o doutrinador que “o tempo, o progresso, o aparecimento de novas e febris atividades industriais determinam é o ajustamento daquela regra às necessidades atuais”¹⁵, permanecendo incólumes os princípios de tal instituto.

Esse caráter de dinamicidade permite à responsabilidade civil certa flexibilidade com a possibilidade de “oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano”¹⁶.

A partir deste entendimento doutrinário, permanecem os pressupostos do instituto¹⁷, quais sejam: conduta culposa (ou nos casos da responsabilidade objetiva,

antepassados), estamos convictos de que a humanidade, em toda a história, provavelmente muito superior a cem mil anos, passou por apenas duas revoluções fundamentais: a primeira foi a *neolítica* (ou *agrícola*, se preferirmos), a segunda é a *industrial*, que, em nossa opinião, ainda está em desenvolvimento”. (NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. Vol.. 88, n. 761. São Paulo: RT, , 1999. p. 34).

¹³ Como bem assevera Louis JOSSERAND: “O século do caminho de ferro, do automóvel, do avião, da grande indústria e do maquinismo, o século dos transportes e da mecanização universal, não será precisamente o século da segurança material: fiéis à recomendação de NIETZSCHE, vivemos *perigosamente*, cada vez mais *intensamente*, como nos aconselhava o ilustre presidente TEODORO ROOSEVELT. E então, acontece muito naturalmente que, desprovidos de segurança material, aspiramos mais a mais à segurança jurídica; (...)”. (JOSSERAND, Louis. *Evolução...*, *op. cit.*, p. 549).

¹⁴ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷ A utilização do vocábulo “pressupostos” ao invés de “requisitos” da responsabilidade civil é o mais adequado segundo a doutrina majoritária da matéria e amplamente defendido por Fernando Pessoa JORGE (JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999).

aquele prevista em lei), dano e nexos causal entre ambos¹⁸, definidos na era das codificações e já consagrados pela doutrina¹⁹, mas que passaram a ser analisados de forma diferenciada, com algumas alterações pontuais, com vistas a uma sociedade mais igualitária²⁰, diante de uma nova realidade de danos que se formara.

Nas próximas linhas serão tratadas algumas das mais significativas alterações ocorridas nos pressupostos da responsabilidade civil, sem a pretensão de esgotar a matéria ou esmiuçar as questões mais técnicas, com vistas a apenas esclarecer os pontos relevantes para o tema central que é a teoria da perda de uma chance.

1.1 O DISTANCIAMENTO DA CULPA

O principal pressuposto da responsabilidade civil era, e permaneceu sendo durante muito tempo, a conduta culposa, cuja configuração se tornava indispensável para o caso concreto²¹.

Na época das codificações a importância da culpa foi exaltada. Isto porque, as tendências filosóficas que influenciaram o direito naquele momento advinham da escola jusracionalista, que predominou nos séculos XVII e XVIII, cuja ideia central era a razão. Assim, inconcebível seria imputar responsabilidade a

¹⁸ Para Fernando NORONHA cinco são os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: “dano, cabimento no âmbito de proteção de uma norma, fato gerador, nexos de causalidade e nexos de imputação” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2ª ed. rev. e atual. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 467 e também, Fernando NORONHA in *Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização*. Vol. 17, n. 64. São Paulo: RT 1993. pp. 19-22). Importante ressaltar que o mesmo autor, em artigo publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, anterior a edição do livro, destacava o “*Dano, nexos de imputação e nexos de causalidade*” como os “*pressupostos fundamentais da responsabilidade civil*” (NORONHA, Fernando. *O nexos de causalidade na responsabilidade civil*. Vol. 4, n. 4. Rio de Janeiro: Padma, 2003. p. 53).

¹⁹ “Na prática judicial, isto significava que a vítima de um dano precisava, além de evidenciar seu prejuízo, superar duas sólidas barreiras para obter indenização: (i) a demonstração da culpa do ofensor; e (ii) a demonstração do nexos de causalidade entre a conduta culposa do ofensor e o dano. Estas duas barreiras – prova da culpa e prova do nexos causal – chegaram a ser chamadas *filtros da responsabilidade civil* ou *filtros da reparação*, por funcionarem exatamente como óbices capazes de promover a seleção das demandas de ressarcimento que deveriam merecer acolhida jurisdicional”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 11).

²⁰ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 52.

²¹ “Toda a teoria tradicional da responsabilidade repousava sobre a velha idéia de culpa: não há responsabilidade sem culpa provada, era um dogma milenário, 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 legislação e às codificações”. (JOSSERAND, Louis. *Evolução...*, *op. cit.*, p. 551).

alguém sem analisar a vontade consciente em sua conduta²² e, conseqüentemente, o valor moral da culpa era o que limitava a responsabilidade civil²³.

Ocorre que o elemento volitivo da conduta culposa teve sua importância afastada, gradativamente, eis que uma sociedade diferente daquela na qual ela se desenvolveu e se estruturou começou a se formar a partir da Revolução Industrial e passou a culpa a representar um obstáculo muito grande para as vítimas obterem a responsabilização dos ofensores²⁴.

Assim, a ideia de que não há responsabilidade sem culpa, cujo maior defensor foi Rudolf von Ihering²⁵ e que durante longos anos fundamentou o instituto, não mais se sustentava²⁶ e tornou-se necessário desenvolver “fora da camisa-de-força imposta pela culpa subjetiva”²⁷, maneiras de melhor analisar os casos de responsabilidade civil.

As primeiras respostas para as alterações da responsabilidade civil ocorreram através de adaptações legislativas na antiga Prússia, com a elaboração da lei sobre acidentes ferroviários em 1838, posteriormente, em 1861, da lei das minas e em 1884, a elaboração do que pode ser considerada como a primeira lei específica sobre acidentes de trabalho²⁸.

Em França, as alterações ocorreram, inicialmente, através de uma adaptação jurisprudencial do instituto, com a objetivação da responsabilidade,

²² NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos...*, *op. cit.*, p. 33.

²³ JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 9.

²⁴ “L’idée d’une responsabilité objective est venue aux auteurs lorsque la preuve de la faute est devenue une charge trop lourde pour les victimes”. (CHABAS, François. *Responsabilité civile et responsabilité pénale*. Paris: Editions Montchrestien, 1975. p. 15). Tradução livre: A ideia de uma responsabilidade objetiva surgiu aos autores, quando a prova da culpa tornou-se carga muito pesada para as vítimas.

²⁵ “A expressão de Rudolf von Ihering ‘sem culpa nenhuma reparação!’ é de um individualismo correspondente à época em que foi pronunciada, hoje a ‘responsabilidade pelo dano’ faz-nos abraçar o direito social, o solidarismo, onde o causador deve indenizar pelo simples fato e não pela vontade, que não interessa existente ou não, para a existência do dano, que continua o mesmo com ou sem ela.” (RIOS, Arthur E. S. Responsabilidade civil: os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. Vo.10, n. 36. São Paulo: RT, 1986. p. 81).

²⁶ “O princípio da culpa conheceu um processo de contínua expansão até o século XIX, mas desde o início do século XX o princípio do risco vem conquistando espaço cada vez maior”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 435.)

²⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica: a tutela antecipatória na ação de reparação. In: *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 214.

²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b. p. 848.

vista como o engatinhar da teoria dos riscos²⁹.

Mesmo sem retirar o mérito da nova legislação elaborada à época, é importante salientar a criação da teoria do risco, que influenciou a legislação e a doutrina dos países ocidentais³⁰, inspirada nas obras de Saleilles e Josserand³¹, de caráter indiscutivelmente revolucionário³².

Para Saleilles a teoria fundamentava-se na interpretação de dispositivos legais preexistentes do Código Civil francês³³, assim entendia que o pressuposto da culpa, previsto naquela legislação, estava relacionado com a causa, essa considerada como fator “determinante de qualquer dano”³⁴, e, então, seria possível conceber uma responsabilidade independente do elemento culpa³⁵.

Josserand defendeu a teoria sem se desvincular dos artigos do Código Civil francês e demonstrou a importância da evolução do instituto da responsabilidade civil, para a segurança do indivíduo³⁶.

No ano de 1940, na Alemanha, uma comissão de juristas liderada por Nipperdey e Hedemann elaborou o estudo “Questões Fundamentais da Reforma do Direito de Indenização de Danos” (*Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts*)³⁷, o que consagrou a responsabilidade objetiva nos ordenamentos jurídicos da maioria dos países ocidentais.

A sua denominação como responsabilidade objetiva é criticada por Georges Ripert, por entender o doutrinador que a expressão induz à ideia da

²⁹ JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, *op. cit.*, p. 12.

³⁰ Por sua vez, no direito brasileiro, a teoria do risco passou a ser aplicada em casos específicos, nos meados do século XX, sendo apenas com o advento do Código Civil de 2002, que se tornou cláusula geral, através do artigo 927. (WALD, Arnaldo. *A evolução...*, *op. cit.*, p. 100).

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 21.

³² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 18.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 21.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 22.

³⁵ O seu primeiro trabalho especializado é “Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile: Essai d’une théorie objective de la responsabilité delictuelle”, comentado por Caio Mário da Silva PEREIRA (*Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 21-22).

³⁶ Tais ideias estão presentes na conferência “Evolutions et Actualités” de JOSSERAND, mencionada por Caio Mário da Silva PEREIRA (*Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 21-22). Na tradução presente na Revista Forense (JOSSERAND. Louis. *Evolução...*, *op. cit.*, pp. 548-559), destaca-se a seguinte ideia: “*Qui casse les verres les paye*; quem cria um risco deve suportar a efetivação dele. (...) Todas essas leis, e muitas outras ainda, preparam e consagram uma verdadeira revolução, dissociando completamente a responsabilidade da culpa, erigindo o patrão, a comuna ou o explorador da aeronave em seu próprio segurador por motivo dos riscos que criou; a idéia de mérito ou de demérito nada tem a ver no caso; a lei impõe o princípio justo e salutar ‘a cada um segundo seus atos e segundo suas iniciativas’, princípio valioso para uma sociedade laboriosa, princípio protetor dos fracos: a força, a iniciativa, a ação devem ser por si mesmas geradoras de responsabilidade” (JOSSERAND. Louis. *Evolução...*, *op. cit.*, p. 557).

³⁷ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 1.

“regra bárbara da vingança exercida sobre o instrumento do prejuízo³⁸, por isso, sugere a adoção das expressões risco criado, risco profissional ou risco da propriedade, por entender que nestes casos permanece a “atribuição de atos ao seu autor”³⁹.

Não obstante a válida crítica referente à sua denominação, o importante é que o objetivo de tais teorias era evitar que o dano sofrido pelo ofendido ficasse sem reparação, pois diante da evolução da sociedade, necessário se fazia afastar como pressuposto da responsabilidade civil a conduta racional do homem médio⁴⁰, ante a dificuldade em identificar o causador do prejuízo⁴¹.

No direito brasileiro, em virtude das influências do Código Civil Napoleônico no que diz respeito à responsabilidade civil⁴², a primeira codificação adotou como regra geral a responsabilidade subjetiva, o que tornava necessária a análise do pressuposto da culpa, previsto no artigo 159, daquele Código Civil⁴³.

Ante os danos gerados por “atividades mais intensas, complexas e diversificadas”⁴⁴ diferentes daquelas conhecidas quando da elaboração dos

³⁸ RIPERT, Georges. *A regra...*, *op. cit.*, pp. 212-213.

³⁹ RIPERT, Georges. *A regra...*, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁰ STARCK, Boris. *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute. In: Revue trismetrielle de droit civile*. Vol. 57, n. 4. Paris: Sirey, 1958. p. 478.

⁴¹ “De fato, os acidentes trazidos pela Revolução Industrial eram, ao contrário do que sucedia nos séculos anteriores, inteiramente despersonalizados, anônimos, provocados muitas vezes por pequenas distrações ou falhas praticamente imunes a constatação”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 17).

⁴² Cumpre esclarecer que a influência do Código Civil Francês no instituto da responsabilidade civil não corresponde às influências que outras legislações estrangeiras, em especial o Código Civil alemão, exerceram sobre outros temas. Com efeito, “O Código Civil de 1916 se inspirou quanto à sua sistemática e a organização das matérias no texto do Código Civil alemão, que era o mais recente, tendo entrado em vigor no início do século XX. Dele e dos trabalhos de TEIXEIRA DE FREITAS aceitou a divisão em parte geral e especial e aboliu a distinção francesa entre delitos e quase delitos para tratar de ambos como sendo os atos ilícitos. Mas no seu espírito e no seu conteúdo, o Código de 1916 sofreu a influência tanto do Código Napoleão quanto da jurisprudência e da doutrina francesas. Assim, esclarece PONTES DE MIRANDA que dos artigos do nosso primeiro Código civil, 900 decorrem do direito tradicional português e da doutrina brasileira e 170 inspiraram-se no direito francês, enquanto tão-somente 70 seguem o modelo alemão”. (WALD, Arnaldo. *A evolução...*, *op. cit.*, p. 102).

⁴³ Importante ressaltar que mesmo no antigo Código Civil brasileiro existiam casos de responsabilidade sem culpa, como bem salienta Fernando NORONHA (*Desenvolvimentos contemporâneos...*, *op. cit.*, p. 33), “É o que acontece no art. 1.529, respeitante à obrigação de indenizar do morador de casa donde caíam ou tenham sido lançadas coisas, mesmo que neste caso ainda seja possível sustentar (como com frequência se faz) que também aqui existe uma presunção de culpa. Outros casos claramente alheios a qualquer idéia de culpa são aqueles em que, no exercício da legítima defesa ou na prática de atos em estado de necessidade, são causados danos a pessoa diversa do agressor ou do criador do estado de perigo (arts. 1.540 e 1.519-1.520)”.

⁴⁴ TIMM, Luciano Betti. *Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da*

códigos oitocentistas, existiu uma alteração “não só do pensamento jurídico como também das novas necessidades sociais”⁴⁵.

Em consequência, foram elaboradas legislações esparsas no ordenamento brasileiro que inseriram o tema da responsabilidade objetiva, para casos específicos. As leis que merecem maior destaque são o Decreto Legislativo n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que dispunha sobre as estradas de ferro, anterior à entrada em vigor do Código Civil de 1916, ora revogado; a Lei n.º 6.453, de 17 de outubro de 1977, que dispõe sobre a responsabilidade em atividades nucleares; a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, diz respeito à Política Nacional do Meio Ambiente; e a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que trata das relações de consumo e adotou como regra geral a responsabilidade objetiva⁴⁶.

No Código Civil de 2002, permanece a regra geral da responsabilidade subjetiva, prevista no artigo 927, *caput*, contudo, diferentemente do seu precedente, no parágrafo único do aludido dispositivo legal é apresentada uma cláusula geral sobre teoria do risco⁴⁷, “reflexo dos princípios da eticidade, e da socialidade, pilares básicos do novo Código Civil”⁴⁸.

Como o artigo 927 do Código Civil, em seu *caput*, contém a regra geral da responsabilidade civil subjetiva e preceitua sobre a teoria do risco no parágrafo único, a nova codificação manteve a opção da codificação anterior optando pela teoria dualista da responsabilidade civil no direito brasileiro, na qual convivem simultaneamente a responsabilidade objetiva (risco) e a responsabilidade subjetiva (culpa).

Essa dualidade ocasiona algumas confusões práticas, que podem inclusive ocasionar a necessidade da análise da culpa, mesmo quando se trata de casos que devam ser aplicados a teoria do risco⁴⁹.

culpa ao risco. In: *Revista de direito do consumidor*. Vol.14, n. 55. São Paulo: RT, 2005. p. 161.

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol. 45. São Paulo: Atlas, 2006. p. 14.

⁴⁶ Com efeito, a exceção da responsabilidade objetiva prevista na Lei n.º 8078/1990, comumente denominada de Código de Defesa do Consumidor reside nas questões dos profissionais liberais, prevista no artigo 14, parágrafo 4º que dispõe: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (BRASIL. Lei n.º. 8078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 set. 1990. Impresso e disponível em: Vade Mecum universitário. São Paulo: RT, 2009)

⁴⁷ Artigo 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 10 jan. 2002. Impresso e disponível em: Vade Mecum universitário. São Paulo: RT, 2009).

⁴⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do art. 927 do Código civil e alguns apontamentos do direito comparado. In: *Revista de direito privado*. Vol. 5., n. 20. São Paulo: RT, 2005. p. 217.

⁴⁹ Para Leonardo de Faria BERALDO (*A responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 218) manter uma

Não obstante as dificuldades práticas, os princípios da culpa e do risco convivem harmoniosamente em um mesmo sistema, com a necessidade de averiguar o pressuposto da culpa como regra geral, bem como uma responsabilidade objetiva, que prescinde a comprovação deste pressuposto⁵⁰ nos casos especificados em lei.

Em razão das alterações legislativas e doutrinárias, que admitiram a reparação sem a análise da conduta culposa do ofensor, antes ponto central do instituto⁵¹, mudaram os olhares da responsabilidade civil, “A preocupação que era quanto ao culpado, passa a ser quanto à vítima do dano injusto”⁵² e o dano passa a ser a principal preocupação dos doutrinadores e estudiosos do tema.

1.2 O DANO COMO PONTO CENTRAL PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL

O sistema de verificação da culpa, calcado em ideias de cunho individualista, evoluiu para um sistema solidarista⁵³ com finalidade precípua de manter “o equilíbrio econômico-jurídico alterado”⁵⁴ ante a ocorrência de um prejuízo⁵⁵, e desviou os olhares da responsabilidade civil, antes voltados ao pressuposto da culpa para o dano⁵⁶.

cláusula geral de responsabilidade objetiva “deixa alvedrio do juiz a indicação de quais seriam os casos de aplicação” de tal responsabilidade, o que pode acarretar indevidas aplicações.

⁵⁰ Apenas a título de complementação, além da responsabilidade objetiva, nota-se uma tendência a ampliação de casos de presunção de culpa, como Afirma Anderson SCHREIBER (*Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 31): “Tal tendência não é privativa da experiência brasileira. Por toda parte, as presunções de culpa vêm sendo empregadas de forma cada vez mais abrangente e rigorosa, de modo a reduzir ao máximo a importância da culpa, chegando-se, muitas vezes, a uma responsabilização de tipo objetivo”.

⁵¹ A importância da conduta culposa era tamanha que Patrice JOURDAIN a definia como o fato gerador da responsabilidade civil. (JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, *op. cit.*, pp. 44-117).

⁵² RIOS, Arthur E. S. *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 71.

⁵³ Essa é a doutrina de José Antonio NOGUEIRA: “A velha doutrina da culpa como base única para a reparação dos danos e prejuízos sofridos substitue-se a do risco ou como melhor nome haja, baseada no dever de assistência e de solidariedade que corre reciprocamente a todos os membros do grupo social e sobretudo áquelles cuja grande actividade concorre para augmentar e agravar os riscos e perigos do meio.” (NOGUEIRA, José Antonio. *As novas diretrizes do direito*. Vol. 28, n. 375. São Paulo: RT, 1931. p. 9.).

⁵⁴ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁵ Utiliza-se o vocábulo prejuízo por entender que esse abrange todas as espécies de dano como afirmado por Miguel Maria de SERPA LOPES (*Curso de direito civil: obrigações em geral*. 5. ed., rev. e atual. pelo Professor José Serpa Santa Maria. Vol. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A.. 1989. p. 366).

⁵⁶ “Em outras palavras: o ordenamento, ao invés de se preocupar com a conduta do causador do dano (se arriscada, culposa ou dolosa), pretende apenas imputar a alguém o dever de indenizar um dano injusto (tópico de discussão)”. (ALTHEIM, Roberto. *A atividade interpretativa e a imputação do dever de indenizar no direito civil brasileiro*. Vol. 94, n. 841. São Paulo: RT, 2005. p. 143).

Ocorreu uma mudança do foco antes direcionado a “apontar o responsável pelo dano”⁵⁷ para verificar “como ele será reparado”⁵⁸, “independentemente da identificação de um culpado”⁵⁹. Assim, é a partir da releitura do modelo da responsabilidade civil, fundada nos princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade⁶⁰, que decorre a nova posição ocupada por esse pressuposto.

Com isso, “fato social, nexa causal e dano passam a constituir a santíssima trindade deste santuário chamado ‘responsabilidade civil’, pouco importando a intenção do agente em produzi-lo, mas simplesmente o resultado produzido”⁶¹.

Mesmo quando as discussões doutrinárias eram dirigidas para a comprovação da conduta culposa, a preocupação com o dano não era totalmente relegada, porque, desde então, reconhecia que quando da ocorrência de uma conduta culposa ou prevista em lei, sem dano não seria, e não o é, possível “reclamar a reparação”⁶² e, portanto, não há que se cogitar do dever de reparar⁶³.

Tamanha a atual importância do dano na responsabilidade civil que doutrinadores defendem que esse vocábulo (responsabilidade) não mais seria o apropriado, por conter a noção de culpa⁶⁴ e, assim, deveria ser substituído pela palavra reparação, que traz a ideia de compensação e satisfação de um dano⁶⁵.

⁵⁷ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, op. cit., p. 50.

⁵⁸ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, op. cit., p. 50.

⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 33.

⁶⁰ Esses princípios são tratados por Maria Celina Bodin de MORAES (*Risco, solidariedade...*, op. cit., p. 858) como a desvinculação da ideia de culpa para maior aplicação da responsabilidade objetiva.

⁶¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Reflexões sobre a responsabilidade civil...*, op. cit., p. 215.

⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed.. São Paulo: RT, 1983. p. 85.

⁶³ “(...) É unânime na doutrina que pode haver ato ilícito sem dano, mas não pode haver responsabilidade sem a efetiva ocorrência de um dano”. (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 1232). No mesmo sentido, Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado, op. cit.*, p. 85). “Pode haver delito, ou melhor, ato ilícito, sem dano, e pois sem que se possa reclamar a reparação”.

⁶⁴ Afirma José de AGUIAR DIAS que “A própria expressão *responsabilidade*, que vem do direito romano, tem conotação subjetiva. E como o aspecto subjetivo da responsabilidade é o mais tormentoso, o interesse atual do debate sobre a responsabilidade se concentra no problema da imputação do prejuízo, no problema de determinar quem vai suportar o prejuízo, mais do que propriamente na verificação de quem responde, ou de quem é responsável pelo evento danoso”. (AGUIAR DIAS, José de. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 2).

⁶⁵ Neste sentido é a lição de Alberto J. BUERES (El daño a la persona en la jurisprudencia: daños a la persona. In: *Revista de derecho privado y comunitario*. n. 20. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995. p. 293).

Caso a premissa seja a noção de que todo o prejuízo sofrido pelo ofendido deva ser reparado, a reparação está em primeiro plano, enquanto a verificação do responsável ocupa um lugar secundário⁶⁶.

Contudo, a responsabilidade civil propriamente dita não tem como único fim a reparação, pois também compreende a prevenção, que objetiva a convivência em paz e o respeito ao ser humano. Portanto, o vocábulo reparação civil é englobado pela nomenclatura da responsabilidade civil⁶⁷, que também abrange a prevenção do dano.

Atualmente, a tendência é entender que a nomenclatura que seria mais apropriada para abranger tanto a reparação quanto a prevenção do dano é a teoria do dano, adotada majoritariamente pela doutrina estrangeira, especialmente a doutrina argentina.

Em razão da tão enraizada denominação de responsabilidade civil, tal nomenclatura que será utilizada no presente estudo, mesmo ante a atual tendência da teoria do dano, abrangendo tanto a reparação, quanto a prevenção da lesão.

A reparação tem como objeto a ocorrência do prejuízo e a sua situação de reparabilidade, enquanto a prevenção determina os cuidados que devem ser adotados pela sociedade para que o prejuízo sequer venha a ocorrer⁶⁸.

O estudo das duas vertentes da teoria dos danos (responsabilidade civil), prevenção e reparação, é importante quando pensado que reparar um dano não significa retirá-lo do mundo dos fatos, pois os seus efeitos permanecem, sendo possível apenas criar uma situação economicamente equivalente, limitada a recuperar o equilíbrio econômico jurídico anterior⁶⁹.

Ademais, como amplamente defendido por Carlos Alberto Ghersi, acompanhado pela majoritária doutrina argentina, o ponto central da responsabilidade civil não pode ser a reparação do dano, mas sim a paz social e, por isso a prevenção da ocorrência desse prejuízo. Caso contrário seria como priorizar a construção de presídios, ao invés de escolas; ignorar o objetivo do

⁶⁶ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁷ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁸ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoria...*, *op. cit.*, pp.42-45.

⁶⁹ DE CUPIS, Adriano. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. 2. ed.. Barcelona: Bosch, 1975. p. 748.

Para melhor compreensão, apresenta-se o seguinte exemplo, se um indivíduo sofre um acidente de trânsito cuja consequência é o esmagamento do seu braço direito, o que acarretará a posterior amputação desse membro, nas condições normais e dentro das atuais limitações da ciência médica, seria impossível retornar ao *status quo*. Presentes os pressupostos necessários para embasar a responsabilidade civil, a reparação limitar-se-ia às possíveis soluções ao pagamento de uma prótese, compensação da dor, indenização dos tratamentos médicos, dentre outros. Assim, os efeitos da ocorrência do dano permanecem.

direito, que é a pessoa e sua convivência em paz, somente com ênfase na mera sanção kelseniana⁷⁰.

No posicionamento do aludido autor, a válvula propulsora do Poder Judiciário, quando se trata de responsabilidade civil, não é a ocorrência do dano e a sua reparação, mas o prevenir, ou seja, preocupar-se para com a não ocorrência do prejuízo, visando a convivência pacífica entre todos⁷¹.

Devem os operadores do direito ocupar-se mais por uma solução ao *ex ante* do que uma resposta ao *ex post*⁷².

Na doutrina brasileira, a preocupação com a prevenção do dano ainda é pouco expressiva⁷³, majoritariamente, está direcionada aos elementos de como reparar o prejuízo, ou seja, partindo do pressuposto de que este já ocorreu e a única medida a ser adotada pelo direito seria a sua análise, através do seu objeto, sua extensão, sua natureza, dentre outros⁷⁴, restabelecendo o equilíbrio jurídico e econômico por ele rompido.

Neste estudo, o objeto é a reparação do dano, através da análise de como “reintegrar o sujeito no estado patrimonial alterado pela produção do fato danoso”⁷⁵.

Assim, se a preocupação é reparar, deve ser verificado o que reparar, por isso a importância do pressuposto do dano.

A noção e conceituação de dano é variável “ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida”⁷⁶.

⁷⁰ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoria..., op. cit.*, p. 42.

⁷¹ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoria..., op. cit.*, p. 11.

⁷² ALTERINI, Atilio Anibal. La responsabilidad civil en la argentina estado de la cuestion. In: ALTERINI Atilio Anibal e CABANA, Roberto Lopez. *Temas de responsabilidad civil: contratual y extracontratual*. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 19.

⁷³ Como afirma Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA: “(...) O momento atual desta trilha evolutiva, isto é, a realidade dos dias contemporâneos, detecta uma preocupação – que cada vez mais ganha destaque – no sentido de garantir o direito de alguém de *não mais ser vítima de danos*. Este caráter de *prevenção da ocorrência de danos* busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil, em paralelo ao espaço sempre ocupado pela *reparação dos danos já ocorridos*”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Org.). *O Direito & O Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 799.)

⁷⁴ Para Clóvis Veríssimo do COUTO E SILVA: “Se a reparação limitar-se a um valor inferior ao dano real, o princípio da prevenção não tem nenhuma aplicação prática, se o que deve pagar a título de indenização superar, em grande medida, o prejuízo sofrido, este fato se constituirá em grave impedimento à livre atividade dos indivíduos em sociedade. A extensão do dano, objeto de reparação, foi sempre um dado importante da política jurídica”. (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 225.)

⁷⁵ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento..., op. cit.*, p. 2.

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da

Com efeito, quando da existência de um direito civil essencialmente patrimonialista, havia a recusa na reparação do dano extrapatrimonial. Na atual concepção de pessoa humana⁷⁷, esse posicionamento não mais se sustenta, como bem explica a autora Judith Martins – Costa:

Será que, no século XIX, quando era paradigma dominante o homem produtor de riquezas materiais que animou o sonho burguês oitocentista – e fez das regras tutelares de seu patrimônio a dimensão privilegiada da própria personalidade –, faria sentido falar em danos não patrimoniais? Antes de a psicanálise instaurar o seu reinado, pondo a nu a relevância da saúde psíquica e da vida sexual e afetiva, poder-se-ia cogitar da hipótese de ‘dano psíquico’, ‘dano à vida afetiva’, ‘dano à vida conjugal’, ou de ‘dano à realização sexual’? Anteriormente ao desmedido império das técnicas e dos meios de comunicação, inclusive a internet, haveria como imaginar certos danos à vida privada e à intimidade? Antes dos avanços da genética, poder-se-ia pensar em danos decorrentes de manipulação celular em embriões?⁷⁸

Outro exemplo pode ser verificado no caso dos danos coletivos, sequer considerados quando a visão individualista da era das codificações⁷⁹ dominou o direito, discutidos a partir de questões sociais que deslocaram o foco do indivíduo para uma coletividade⁸⁰.

Em razão da permanente evolução da sociedade, é possível concluir que as alterações desse instituto serão ainda maiores no século XXI⁸¹, como

sua reparação. *In: A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.* São Paulo: RT, 2002. p. 408.

⁷⁷ Aída Kemelmajer de CARLUCCI, a partir da lição de Richard ABEL, menciona três fases da análise da pessoa humana no direito, “En un comienzo, para el juez, *you are what you own* (en consecuencia, los daños a la propiedad son los únicos verdaderamente estimados); en una segunda etapa, *you are what you earn* (interesan, entonces, los réditos de la persona; lo que ella pueda producir); hoy el juez debiera decirse *you are what you enjoy* (lo cual motiva la reparación del daño a la vida de relación, el daño al proyecto de vida)”. (CARLUCCI, Aída Kemelmajer. El daño a la persona. ¿sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?: *daños a la persona.* *In: Revista de derecho privado y comunitario.* Jorge Mosset Iturraspe [coord.]. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995. p. 71).

⁷⁸ MARTINS–COSTA, Judith Hofmeister. *Os danos à pessoa...*, *op. cit.*, p. 409.

⁷⁹ Sobre o individualismo: Michel VILLEY (*A formação do pensamento jurídico moderno.* Stéphane Rials (org.). Claudia Berliner (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005).

⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. O direito e o desenvolvimento sustentável: teoria geral do dano ambiental. *In: Revista de direito ambiental.* Vol. 28. São Paulo: RT, 2002. p. 141.

⁸¹ VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Atlas, 2008. p. 55.

profetiza Geneviève Viney, que entende que a responsabilidade civil,

[...] Deverá diversificar suas funções integrando os imperativos de dissuasão e de prevenção que foram um tanto negligenciados até o presente. Em poucas palavras, será preciso que ‘vista uma nova pele’. Esperemos, em consequência, que os jovens juristas que se responsabilizarão pelo direito futuro saibam demonstrar imaginação e clarividência a fim de propor as reformas que se impõem, e que os juízes, assim como os políticos, tenham a coragem de efetivar essas proposições⁸².

Ante a importância desse pressuposto e sua inegável ligação com o tema da teoria da perda de uma chance, outros aspectos relevantes para o tema serão tratados no decorrer dos demais capítulos subsequentes.

1.3 O NEXO CAUSAL E AS DIFICULDADES SUSCITADAS

O dano a ser reparado deve decorrer da conduta ou do risco previsto em lei. Essa afirmativa diz respeito ao pressuposto do nexo de causalidade. Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira:

[...] Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um ‘erro de conduta’; não basta que a vítima sofra um ‘dano’, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, ‘é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria’.⁸³

Neste pressuposto estariam presentes os grandes problemas práticos da responsabilidade civil.

Segundo a lição de Georges Ripert, a apuração da “existência de um laço entre a culpa e o prejuízo”⁸⁴ é a maior questão do dever de reparar, pois “nem tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode assim ser considerado juridicamente”⁸⁵.

⁸² VINEY, Geneviève. *As tendências atuais...*, *op. cit.*, p. 56.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 83.

⁸⁴ RIPERT, Georges. *A regra...*, *op. cit.*, p. 213.

⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 51.

Para Anderson Schreiber esse pressuposto, bem como a conduta culposa funcionaram durante muito tempo como os “filtros da reparação”⁸⁶.

Diferentemente da culpa que, em alguns casos, a sua comprovação é afastada por definição legal, o que facilita à parte imputar a responsabilidade ao ofensor, não existe semelhante previsão a afastar a ligação entre o antecedente (conduta ou risco previsto) e o conseqüente (dano)⁸⁷, ainda que difícil seja a sua verificação.

Ponto que torna a demonstração da causalidade mais árdua para o ofendido é a possibilidade da concorrência de causas⁸⁸ ou de danos, (isto é, quando deve ser definida qual causa gerou o prejuízo ou quais danos estão ligados a uma determinada causa⁸⁹). Na tentativa de solucionar o problema ou ao menos indicar possíveis caminhos, a doutrina elaborou diversas teorias que tentam facilitar a sua apreciação no caso concreto⁹⁰. Algumas são aqui mencionadas, brevemente, apenas para noções do tema principal do estudo que é a reparação de uma chance.

Uma das teorias a ser destacada é da equivalência das condições⁹¹, na qual são admitidas como causas do dano todas aquelas situações que no desencadeamento dos fatos contribuíram para a ocorrência do prejuízo, e por considerar que “todos os antecedentes são causas do prejuízo”⁹² é que se denomina como equivalência das condições.

Através de tal pensamento serão “causas de um dano todas as condições sem as quais este não se teria produzido”⁹³, o que permite que sejam inseridos elementos “estranhos no curso do nexa causal, permitindo uma linha regressiva quase infinita”⁹⁴.

⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁷ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 75.

⁸⁸ O vocábulo causa deve aqui ser entendido como “o fato que contribui para provocá-lo [o dano], ou para agravar os seus efeitos”. (NORONHA, Fernando. *O nexa de causalidade...*, *op. cit.*, p. 54).

⁸⁹ Nesse sentido: Caio Mário da Silva PEREIRA (*Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 85).

⁹⁰ De acordo com a classificação adotada por Gisela Sampaio da CRUZ as teorias são divididas em generalizadora, na qual está inserida a teoria da equivalência das condições, e nas teorias individualizadoras, nas quais estão incluídas a (i) teoria da causa próxima, (ii) teoria da causa eficiente e teoria da causa preponderante; (iii) teoria da causalidade adequada; (iv) teoria do escopo da norma jurídica violada; (v) teoria da ação humana; e (vi) teoria do dano direto e imediato (CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 33-111). Não são todas essas teorias que serão aqui mencionadas, visto que o objetivo não é esgotar o tema, apenas pinçar pontos específicos para melhor compreensão da reparação pela perda de uma chance.

⁹¹ A título de complementação tem-se que “A teoria da equivalência das condições, também denominada de “*conditio sine qua non*” (à letra, condição sem a qual não) ou da *causalidade naturalística*, que é bem antiga, mas que só foi desenvolvida no século XIX pelo criminalista alemão von Buri, quando pretendia explicar por que razão o cúmplice pode ser considerado responsável pelo crime cometido pelo autor” (NORONHA, Fernando. *O nexa de causalidade...*, *op. cit.*, p. 56).

⁹² RIPERT, Georges. *A regra...*, *op. cit.*, p. 217.

⁹³ RIPERT, Georges. *A regra...*, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil...*, *op. cit.*, p. 54.

Outra teoria é da causalidade adequada, criada pela doutrina francesa, inspirada nas ideias do filósofo alemão Von Kries, ao final do século XIX⁹⁵, cujos primeiros passos foram concebidos por Von Bar⁹⁶. Na visão destes doutrinadores e seus seguidores, o nexa causal deve ser averiguado a partir de todos os fatores que, de alguma forma, contribuíram e propiciaram para a ocorrência do dano.

São relevantes as contribuições para o resultado do dano, e apenas os fatores considerados como adequados para a sua ocorrência serão considerados como causa.

Para verificar o que será considerado como causa será realizada uma análise do desencadeamento normal dos acontecimentos envolvidos, fundamentado nos critérios da experiência e das condutas do homem médio⁹⁷, com a exclusão daquilo que “se mostrar indiferente para a verificação do dano”⁹⁸ e a permanência do que for considerado como fator que influenciou o resultado final⁹⁹.

Para Fernando Noronha essa teoria consegue selecionar as condições que teriam ocasionado o dano e, com isso, considerar o que será a causa¹⁰⁰.

A teoria da causa adequada foi alvo de severas críticas por não apresentar definições concretas e precisas de como devem ser procedidas as “avaliações de normalidade e probabilidade”¹⁰¹ da causa, deixando ao livre critério e apreciação do magistrado¹⁰² avaliar o que pode ser considerado como tal.

Não obstante o fato de que os defensores da causalidade adequada tentem definir parâmetros para a apreciação do que será causa no caso concreto, “jamais lograram alcançar um acordo acerca dos critérios mais ou menos objetivos que permitissem selecionar, entre as diversas causas de um dano, aquela que teve o poder intrínseco de produzi-lo no caso concreto”¹⁰³.

Uma terceira teoria é a do dano direto e imediato, também denominada como teoria do nexa causal direto ou imediato ou da interrupção do nexa

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 87.

⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 53.

⁹⁷ Como exemplo, vale citar “Se A, ao pretender erigir edifício de vulto, usando bate-estaca possante, abala a estrutura do prédio vizinho que por isso vem a desabar, incumbe-lhe responder pelo dano. É possível até que o desabamento haja sido, em parte, provocado por defeito do próprio prédio, cuja construção não atendera ao melhor padrão técnico, de modo a suportar o impacto das obras vizinhas. Ocorre que tal fato devia ter sido levado em conta por A. Estava ele dentro da previsão ordinária e por isso não tem força para desfazer o nexa de causalidade” (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 51)

⁹⁸ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal...*, *op. cit.*, p. 70.

⁹⁹ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁰ NORONHA, Fernando. *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁰² CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal...*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, pp. 55-56.

causal¹⁰⁴, que define o que será considerado como causa através de critérios mais objetivos que a ‘causalidade adequada’.

Por essa teoria, a causa atua como parâmetro limitador da extensão do dano¹⁰⁵, que fica restrito, apenas e tão somente, àquilo que foi causado pela conduta ou risco criado, com a exclusão do que decorre de causas extraordinárias.

Entende-se que essa terceira teoria foi adotada pelo artigo 1.151 do Código Civil francês, o qual influenciou o direito brasileiro¹⁰⁶, dispondo o artigo 403, do Código Civil pátrio, cujo teor é utilizado tanto para casos de responsabilidade contratual quanto extracontratual¹⁰⁷, que “ainda que a inexecução resulte do dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”¹⁰⁸.

A expressão “efeito dela direto e imediato”¹⁰⁹, prevista no dispositivo legal mencionado (artigo 403 do Código Civil¹¹⁰), restringe demasiadamente o que será reparável, excluindo, por exemplo, danos indiretos¹¹¹.

A doutrina que discute a matéria defende que “Se houver situações em que se possa afirmar com segurança que o pensamento do legislador às vezes vai além da letra da lei (ou seja, que a lei *majis dixit quam voluit*, como diziam os clássicos), este será seguramente uma delas”¹¹².

Para evitar uma restrição demasiada, criou-se uma subteoria que é a da necessidade da causa, através da qual é interpretada a teoria do dano direto e imediato.

¹⁰⁴ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal...*, cit., p. 96.

¹⁰⁵ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, op. cit., p. 48.

¹⁰⁶ Para Fernando NORONHA o artigo 1.151, do Código Civil francês, “passou para diversos outros códigos, como os italianos de 1865 (art. 1.229) e de 1942 (art. 1.223), e os nossos, de 1916 (art. 1.060) e de 2002 (art. 403)”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 595).

Compartilham desse posicionamento: Antonio Lindbergh C. MONTENEGRO (*Ressarcimento...*, op. cit., p. 50); Anderson SCHREIBER (*Novos paradigmas...*, op. cit., p. 56); ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965. p. 338.) e Gisela Sampaio CRUZ (*O problema do nexa causal...*, op. cit., p. 107).

¹⁰⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 199.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei n.º 10.406..., op. cit..

¹⁰⁹ BRASIL. Lei n.º 10.406..., op. cit..

¹¹⁰ BRASIL. Lei n.º 10.406..., op. cit..

¹¹¹ A crítica desta teoria é a excessiva restrição, pois retira todo e qualquer dano indireto, o que pode acarretar maiores prejuízos ao ofendido, por exemplo, o dano ocasionado ao veículo utilizado para o trabalho, que acarreta a locação de outro automóvel, o qual, mesmo não sendo considerado efeito direto e imediato do acidente, deve ser incluído como dano a reparar. (NORONHA, Fernando. *O nexa de causalidade...*, op. cit., p. 60).

¹¹² NORONHA, Fernando. *O nexa de causalidade...*, op. cit., p. 60.

Essa subteoria baseia-se no exemplo elaborado por Pothier da vaca adquirida por um fazendeiro. No aludido exemplo, o animal adquirido estava doente e morreu pouco tempo depois da sua aquisição. Antes de morrer, contaminou todo o rebanho do fazendeiro. Os animais ficaram doentes e não contribuíam para a lavoura, para arar e adubar.

Com isso, o fazendeiro não plantou e não colheu. Por conseguinte, não conseguiu efetuar o pagamento de suas dívidas e a fazenda foi executada judicialmente. Diante de tais acontecimentos, surge a indagação se o vendedor da vaca adquirida pelo fazendeiro seria responsável pela perda da fazenda, pois vendeu um animal doente.

Pothier responde que não, em virtude da presença de *concausas*¹¹³, não sendo o comerciante obrigado a reparar os danos que não sejam consequência direta do que realizou¹¹⁴, e, principalmente, por não ser “efeito necessário de determinada causa”¹¹⁵.

Mesmo que a subteoria da *necessariedade da causa* seja a que melhor explica “a doutrina do dano direito e imediato, adotada pelo Código Civil brasileiro”¹¹⁶, também, não é suficiente para resolver todos os problemas da verificação do *nexo causal*.

A jurisprudência (diante de casos em que a comprovação do *liame causal* é carga muito pesada para o ofendido e restam dúvidas se a conduta discutida certamente ocasionou o dano¹¹⁷) relaciona o *nexo causal* a aspectos lógicos da ocorrência do prejuízo¹¹⁸, com o objetivo de não deixar a vítima sem reparação. Nesses casos, a relação de causalidade é analisada de forma “intuitiva e atécnica, ora sob a influência de uma escola, ora de outra”¹¹⁹.

Até mesmo, como afirma Anderson Schreiber, é possível verificar situações que mesmo totalmente ausente a configuração do pressuposto da causalidade, “sob a ótica de qualquer das teorias doutrinariamente reconhecidas, as cortes acabam condenando o responsável de modo a não deixar a vítima sem reparação”¹²⁰.

É a flexibilização do pressuposto do *nexo causal*, fundamentado no princípio da reparação integral do ofendido, como bem explica Gisela Sampaio da Cruz:

¹¹³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações...*, *op. cit.*, p. 343.

¹¹⁴ NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade...*, *op. cit.*, p. 59.

¹¹⁵ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal...*, *op. cit.*, p. 100.

¹¹⁶ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal...*, *op. cit.*, p. 111.

¹¹⁷ JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, *op. cit.*, p. 67.

¹¹⁸ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. *O dever...*, *op. cit.*, p. 195.

¹¹⁹ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal...*, *op. cit.*, p. 122. Para Anderson SCHREIBER, não se trata de aplicação atécnica, pois “Uma análise mais profunda, porém, demonstra que o caos reinante em matéria de *nexo causal* corresponde não a insistentes equívocos do nosso Poder Judiciário, mas a uma deliberada abordagem do problema da causalidade de modo a lhe assegurar uma solução, por assim dizer, flexível”. (SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 61).

¹²⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas...*, *op. cit.*, p. 62.

Nos últimos tempos, acompanhando as transformações da responsabilidade civil, o conceito denexo causal foi flexibilizado, com vistas a permitir a efetivação do princípio da reparação integral. Não é mais possível em alguns casos, à luz dos princípios constitucionais, exigir da vítima a prova cabal e absoluta da relação de causalidade. Dessa forma, apesar de o nexo causal ser, tal qual o dano, um dos elementos da responsabilidade civil, exige-se, com fundamento na nova ordem constitucional, que a prova da relação de causalidade seja flexibilizada em certas situações¹²¹.

Se de um lado a flexibilização desenfreada do nexo causal deve ser criticada e impedida pelo Poder Judiciário para evitar um desenfreado número de indenizações indevidas, de outro lado, a nova tendência a se desvincular de uma interpretação do nexo causal de forma tão rígida é medida necessária para permitir a reparação em casos que não o seriam¹²².

Analisado o instituto da responsabilidade civil e seus pressupostos na atual visão existente, serão a seguir tratadas algumas questões pontuais do dever de reparar, antes de adentrar no tema principal deste estudo, a reparação por chances.

2. A ANÁLISE DO DEVER DE REPARAR

O estudo que se pretende realizar nessa seção versa sobre as circunstâncias que devem estar presentes para surgir o dever de reparar¹²³ um

¹²¹ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal...*, op. cit., p. 347.

¹²² Neste sentido, importante, mencionar o estudo do nexo de imputação, descrito na obra de Roberto ALTHEIM (*Direito de Danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008. pp. 127-142).

¹²³ Denominado como “dever de indenizar” por Hans KELSEN (*Teoria pura do direito*. 5.ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Editor Armênio Armado, 1979. pp. 181-183); Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado...*, op. cit., t. 22. pp. 181-227). e Clóvis Veríssimo do COUTO E SILVA, *O dever...*, op. cit., pp. 191-215. Nesse estudo é denominado como dever de reparar. Como dever, por partir da premissa de que o vocábulo dever está ligado à ideia de violação de um direito que corresponderá no dever a ser imputado a outrem, no sentido da doutrina de Hans KELSEN, que ensina que: “Em estreita conexão com os conceitos de dever jurídico e de direito subjetivo (*Berechtigung*) está, segundo a concepção tradicional, o conceito de relação jurídica. Esta é definida como relação entre sujeitos jurídicos, quer dizer, entre o sujeito de um dever jurídico e o sujeito do correspondente direito (*Berechtigung*) ou – o que não é o mesmo – como relação entre um dever jurídico e o correspondente direito (*Berechtigung*) – definição em que as palavras ‘dever’ (*Pflicht*) e ‘direito’ (*Berechtigung*) devem ser entendidas no sentido da teoria tradicional. Dizer que dever e direito se correspondem significa que o direito é um reflexo do dever, que existe uma relação entre dois indivíduos dos quais um é obrigado a uma determinada conduta em face do outro”. (KELSEN, Hans. op. cit., p.231.). E o vocábulo reparar

prejuízo causado a outrem¹²⁴, incluindo a reparação de uma chance perdida.

Entende-se que são dois pontos atrelados a serem estudados para melhor compreensão do dever de reparar, a violação de um dever primário (geral ou contratual) e a ocorrência de um dano decorrente dessa violação¹²⁵.

Por conseguinte, existem dois deveres, o principal de não causar danos a outrem e o subsidiário de reparar os prejuízos causados, devendo ser destacado que um depende do outro, pois “Há atos ilícitos que não importam danos patrimoniais, morais ou estéticos e, conseqüentemente, não são indenizativos”¹²⁶, ou seja, não basta a infração a um dever, é necessário que desta violação decorra um prejuízo, classificado como dano, sob pena de não restar caracterizado o dever de reparar.

A partir desse entendimento será necessária uma conduta¹²⁷, na responsabilidade subjetiva, que contrarie um dever legal ou contratual, da qual decorra prejuízo a um interesse previamente tutelado¹²⁸.

O artigo 159 do Código Civil revogado considerava a existência de uma conduta ilícita¹²⁹ ou a ocorrência de um prejuízo¹³⁰. O vocábulo “ou” era interpretado como sinônimo de “e”¹³¹, razão pela qual se entendia, desde então,

com fundamento na interpretação de que essa expressão “inclui a indenização e dela extravaza” (FRANÇA, R. Limongi. *Reparação do dano moral*. Vol. 77, n.631. São Paulo: RT, p. 34.) tendo em vista que “Na linguagem do direito brasileiro, reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. Indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *op. cit.*, p.181).

¹²⁴ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation. In: *Revue trimestrielle de droit civil*. Vol. 86, n.1. Paris: Dalloz, 1987. p. 1.

¹²⁵ No entendimento kelseniano, um indivíduo “não só é obrigado a não causar a outrem qualquer prejuízo com a sua conduta, mas ainda, no caso de, com essa conduta, ter causado um prejuízo a outrem, a indemnizar esse prejuízo”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura...*, *op. cit.*, p. 182).

¹²⁶ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250.

¹²⁷ Além disso, existe a possibilidade de uma conduta lícita, nos termos previstos em lei, como o artigo 188, II e artigo 929, ambos do Código Civil brasileiro (BRASIL. Lei n.º 10.406..., *op. cit.*).

¹²⁸ LORENZO, Miguel Federico de. *El daño injusto en la responsabilidad civil: alterum non laedere*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1997. p. 51.

¹²⁹ É importante destacar que a conduta lícita pode ocasionar dano, como nos casos do artigo 188, II e 929, ambos do Código Civil vigente (BRASIL. Lei n.º 10.406..., *op. cit.*).

¹³⁰ BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil brasileiro, revogado. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 10 jan. 2002. Impresso e disponível em: Vade Mecum universitário. São Paulo: RT, 2009. Artigo 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

¹³¹ Para Silvio de Salvo VENOSA, a adoção do vocábulo ‘ou’ pelo antigo dispositivo legal é indiferente, porque em muitas vezes os vocábulos ‘e’ - ‘ou’ são utilizados de forma sinônima, não acarretando problemas para a aplicação do texto legal. Também, porque a simples violação do direito sem a ocorrência do dano, não acarreta a necessidade de reparar, salvo as expressas

a necessária existência dos dois elementos, quais sejam, a violação de um dever e a ocorrência de um dano.

Esse entendimento é mantido pelo Código Civil vigente, em seu artigo 186¹³², o qual possui redação semelhante ao anterior, apenas mais clara e expressa, de que a violação de um dever que acarrete o dano é que ensejará o dever de reparar, com o objetivo de “sancionar a violação do preceito, cominando ao responsável a reparação do dano”¹³³.

2.1 O PRINCÍPIO DO ALTERUM NON LAEDERE E O DEVER DE REPARAR

O dever de reparar é entendido como o de não causar dano a outrem¹³⁴, considerado doutrinariamente como um princípio geral do direito¹³⁵, a partir do qual ocasionado um dano, esse deverá ser reparado¹³⁶.

Tal princípio representa as consequências a serem arcadas por aquele que causar uma lesão e a sua obrigação em restabelecer o equilíbrio econômico e jurídico alterado por tal ofensa¹³⁷, tendo como premissa que “o dever de não lesar a ninguém corresponde ao direito, também de ordem geral, de não ser lesado”¹³⁸.

Assim, existe um dever jurídico originário de não causar dano, que violado acarreta o dever sucessivo de reparar o prejuízo causado¹³⁹.

previsões. Mas, com certeza, no texto revogado o legislador não foi devidamente claro, como é de se esperar. Já no artigo 186, Código Civil de 2002, foi adotado o vocábulo ‘e’, conforme se verifica: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente, moral, comete ato ilícito”. (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil...*, op. cit., p. 16).

¹³² BRASIL. Lei n.º 10.406..., op. cit.

¹³³ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, op. cit., p. 581.

¹³⁴ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoria...*, op. cit., p. 5.

¹³⁵ KARILA DE VAN, Juliana. Le droit de nuire. In: *Revue trimestrielle de droit civile*. Vol. 94, n.3. Paris: Dalloz, 1995. p.533.

¹³⁶ Como afirma Rui STOCO, “Constitui verdadeiro truísmo e verdade apodíctica do ordenamento jurídico de que aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”. (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade...*, op. cit., p. 113.)

¹³⁷ Neste sentido, tem-se a máxima afirmada por Rui STOCO “Trata-se da emanação direta da máxima *honestae vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, ou seja, viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”. (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade...*, op. cit., p. 114)

¹³⁸ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações...*, op. cit., p. 242.

¹³⁹ Para melhor entendimento, transcreve-se o exemplo mencionado por Sérgio CAVALIERI FILHO, que “todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se aí, um dever originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, op. cit., p. 24).

Em consequência desta premissa de que toda pessoa deve abster-se de causar dano a outrem, o comportamento de não lesar não diz respeito apenas às condutas comissivas, mas também às omissivas, desde que exista uma relação que apresente o dever de seguridade, ou seja, que imponha a um dos sujeitos o sacrifício de sua liberdade de abstenção, obrigando-no a um comportamento ativo para prevenir o dano a ser sofrido por outrem, isto é, deve existir a obrigação a determinar um comportamento ativo para a não ocorrência da lesão¹⁴⁰.

Este dever originário pode ter sua origem no princípio geral de não causar dano, bem como no descumprimento de deveres pactuados.

Poderá ser decorrente das condutas a que estava contratualmente obrigado o ofensor, do não cumprimento de obrigação por inadimplemento, má execução ou atraso no cumprimento de contrato firmado entre as partes; bem como, proveniente da violação de direitos alheios, sejam esses absolutos, tais como os direitos da personalidade, ou simples, como direitos de créditos, além das condutas antijurídicas contrárias a situações dignas de proteção jurídica¹⁴¹.

Em virtude das situações distintas da qual pode decorrer o dever originário tem-se a responsabilidade contratual¹⁴² e extracontratual ou delitual¹⁴³. O Código Civil Brasileiro adota a teoria dualista ou clássica¹⁴⁴ que admite a responsabilidade civil em ambos os casos.

A distinção entre elas é fonte de dificuldades doutrinárias atuais¹⁴⁵.

¹⁴⁰ LORENZO, Miguel Federico de. *El daño injusto...*, *op. cit.*, pp. 91-93.

¹⁴¹ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos...*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁴² Fernando NORONHA entende que a terminologia adequada é “responsabilidade negocial”, porque o vocábulo “responsabilidade contratual” não abrange a reparação dos danos advindos de negócios unilaterais. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 431).

¹⁴³ A definição de responsabilidade delitual invoca a ideia de culpa, que, anteriormente, era o pressuposto imprescindível da responsabilidade civil. Ante a evolução do instituto, que admite a responsabilidade sem culpa, tal terminologia apresenta uma conotação pejorativa, que, não obstante, adotada pela doutrina contemporânea, como uma precaução opta-se pela adoção de outros termos, tal como a responsabilidade extracontratual. (BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: Les obligations*. 6.ed. Paris: Montchrestien, 1997. pp. 305-306).

¹⁴⁴ A teoria unitária defende que os efeitos entre ambas são idênticos, o que não justifica a dicotomia entre contratual e extracontratual. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, *op. cit.*, p. 38).

¹⁴⁵ No direito brasileiro, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078/1990) entende-se que foi superada essa clássica distinção para a relação de consumo, que equiparou a “consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, *op. cit.*, p. 38). Sobre o tema ver: LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras

Entende Antonio Lindbergh Montenegro que a doutrina considera a tese monística, enquanto na lei predomina a tese dualística¹⁴⁶.

Ambas apresentam como objetivo a reparação de um dano, em virtude do descumprimento de um dever jurídico preexistente¹⁴⁷, o que as diferencia é a origem desse dever¹⁴⁸. No caso da responsabilidade contratual, existe um contrato celebrado entre ofendido e ofensor, sendo a inexecução do pactuado que acarretará o dever de reparar. Por sua vez, na responsabilidade extracontratual é a violação de uma regra de conduta que originará a reparação, portanto, não se trata de descumprimento de contrato, mas sim de lei.

Em virtude da origem do dever ser diversa, entende-se que surgiria um dever autônomo de reclamar a reparação, pois, no caso da responsabilidade extracontratual, a norma que dispõe sobre o ressarcimento é diferente do comportamento ilícito que causou o dano; enquanto na responsabilidade contratual, seria o dever de reparar diverso da obrigação pactuada originariamente¹⁴⁹.

Para Adriano De Cupis no caso do dano decorrente do inadimplemento ou mora contratual, a obrigação de reparar não seria autônoma, pois decorreria de uma evolução, como se fosse uma transformação do direito pactuado¹⁵⁰.

Não obstante as discussões doutrinárias pertinentes, considerado como premissa o princípio de não causar dano a outrem e entendendo que o dever primário que foi violado (geral ou contratual) e o dever sucessivo de reparar são autônomos, não há o que se falar em diferenciação entre responsabilidade contratual ou extracontratual para o estudo da reparação¹⁵¹, pois não existiria uma espécie de dano contratual e uma espécie de dano extracontratual¹⁵².

No caso da teoria da perda de uma chance, é importante salientar que ela pode decorrer tanto de situações contratuais quanto extracontratuais, portanto a violação de um dever primário geral ou contratual.

anotações em face do novo código civil brasileiro. In: *Revista de direito privado*. Vol. 5, n.19. São Paulo: RT, 2004. pp. 261-269.

¹⁴⁶ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, op. cit., p. 5.

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, op. cit., p. 37.

¹⁴⁸ JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, op. cit., p. 32.

¹⁴⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações...*, op. cit., pp. 169-170.

¹⁵⁰ É o que defende Adriano DE CUPIS (*El daño...*, op. cit., pp. 777-779).

¹⁵¹ RIPERT, Geroges. *A regra...*, op. cit., p. 242.

¹⁵² LORENZO, Miguel Federico de. (*El daño injusto...*, op. cit., p. 57). Em sentido contrário, entende Carlos Alberto GHERSI que as consequências da reparação seriam distintas para os casos da responsabilidade contratual e aquelas decorrentes de relações não contratuais, por serem classificadas em imediatas, mediatas e causais. Argumenta que para os adeptos de tal distinção o inadimplemento contratual apresenta consequências imediatas e em alguns casos mediatas, mas na órbita extracontratual, dependendo do intenção do ofensor, além de consequências imediatas e mediatas, poderão ser apresentadas consequências causais. (GHERSI, Carlos Alberto. *Teoria...*, op. cit., p. 6)

Quando da análise da conduta, ressalta-se que não necessariamente o dano será ocasionado por uma conduta contrária ao direito¹⁵³, porque expressamente são previstas exceções legais que determinam o dever de reparar mesmo quando a conduta que deu causa ao prejuízo seja lícita¹⁵⁴.

A título de exemplificação tem-se o artigo 188, inciso II, do Código Civil¹⁵⁵, no qual aquele que em perigo iminente deteriorar coisa alheia ou causar lesão a terceiro, comete uma conduta lícita, mas deverá reparar o dano ao dono da coisa ou que sofreu o prejuízo, desde que não seja esse o responsável pelo perigo, nos termos do artigo 929, do mesmo diploma legal¹⁵⁶. Sem olvidar as situações previstas em lei de responsabilidade por fato de outrem disposto no artigo 932 do Código civil¹⁵⁷.

2.2 A ANÁLISE DO PREJUÍZO CAUSADO PELA VIOLAÇÃO DO DEVER PRIMÁRIO E OS REQUISITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO COMO DANO

Além da violação de um dever para que surja a necessidade de reparação deve ocorrer o dano, fundamentado no princípio de que ninguém pode ser lesado.

¹⁵³ ENNECCERUS, Ludwig, LEHMANN, Heinrich. *Derecho de obligaciones*. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1950-1954, p. 653. No mesmo sentido: GHERSI, Carlos Alberto. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵⁴ Normalmente, a reparação está fundada em um ato ilícito lato sensu, ou seja, “a conduta ilícita pode resultar tanto de conduta positiva (ação) como negativa (omissão), dependendo, exclusivamente, da natureza do dever infringido” (BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria...*, plano da existência, *op. cit.*, p. 247). Mas o ordenamento jurídico brasileiro, admite o ato-fato jurídico indenizativo que são as situações nas quais “de um ato humano não contrário ao direito (=lícito) decorre prejuízo a terceiro, com dever de indenizar”. (BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria...*, plano da existência, *op. cit.*, p. 137).

¹⁵⁵ BRASIL. Lei nº. 10.406..., *op. cit.*: Art. 188 “Não constituem atos ilícito: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

¹⁵⁶ BRASIL. Lei nº. 10.406..., *op. cit.*: Art. 929. “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

¹⁵⁷ BRASIL. Lei nº. 10.406..., *op. cit.*: 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. Artigo 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Importante compreender quando um prejuízo como suporte fático¹⁵⁸ se transforma em reparável como categoria jurídica¹⁵⁹, tendo em vista que não são todas as lesões ocorridas no mundo dos fatos¹⁶⁰ que se transformam em relevantes para o mundo jurídico¹⁶¹.

Situações existem que mesmo ante o descumprimento de um dever (legal ou contratual), não há que se falar em dano, pois alguns prejuízos caracterizados como fenômeno físico podem não ser considerados como fenômeno jurídico e, portanto, não fundamentam a reparação¹⁶².

Por exemplo, obrigações relacionadas à mera cortesia podem configurar prejuízos no mundo dos fatos, mas não necessariamente se tornam danos no mundo jurídico¹⁶³. Também, apenas a título de exemplificação, existem situações de mero incômodo que no mundo dos fatos podem se concretizar, mas que não alcançam o mundo do direito¹⁶⁴.

¹⁵⁸ O vocábulo suporte fático mencionado está relacionado com o significado de suporte fático hipotético ou abstrato, ou seja, o enunciado da norma jurídica. Para melhor compreensão destacam-se algumas noções de teoria geral do direito, eis que “Quando aludimos a suporte fático estamos fazendo referência a algo (=fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. *Suporte fático*, assim é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (=ocorram) no mundo os seus elementos é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, poder-se-á falar em conceitos jurídicos” (BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria...*, plano da existência, *op. cit.*, p. 43).

¹⁵⁹ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁰ Importante mencionar a distinção entre mundo dos fatos e mundo jurídico para melhor compreensão. Marcos BERNARDES DE MELLO define “mundo dos fatos (=parte do mundo composta dos fatos não-jurídicos) e mundo jurídico (=parte do mundo formada apenas pelos fatos jurídicos)” (BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato Jurídico*: plano da eficácia. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8).

¹⁶¹ ALTERINI, Atilio Aníbal. *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶² DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁶³ Com efeito, na vida social são assumidas questões de mera cortesia como quando se compromete a realizar um passeio ou a dançar com alguém, que mesmo assumidos juridicamente, não adquirem um caráter obrigatório, em caso de descumprimento, não ocorrendo a sua caracterização como tutela jurídica (DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 175). Explica Marcos BERNARDES DE MELLO que “(...) somente o fato jurídico que esteja regulado por norma jurídica pode ser considerado um fato jurídico, ou seja, um fato gerador de direitos, deveres, pretensões, obrigações ou de qualquer outro efeito jurídico. As meras relações de cortesia, por exemplo, não criam situações jurídicas, como a de A poder exigir que seu vizinho B o cumprimente toda manhã, sob pena de ser constrangido a fazê-lo ou punindo por não o fazer”. (BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria...*, plano da existência, *op. cit.*, p. 9)

¹⁶⁴ Neste sentido, tem-se a doutrina de Antonio Jeová dos SANTOS: “Existe, para todos uma obrigação genérica de não prejudicar, exposto no princípio do *alterum non laedere*. De forma correlata e como se fosse o outro lado da moeda, existe um direito, também genérico, de ser ressarcido, que assiste a toda pessoa que invoque e prove que foi afetada em seus sentimentos. Esse princípio sofre mitigação quando se trata de ressarcimento de dano moral. Simples

Devem ser verificadas as razões pelas quais um prejuízo adentra o mundo jurídico¹⁶⁵, bem como os requisitos legais para tanto, ou seja, a necessidade de previsão legal específica ou a possibilidade de adoção de um sistema geral.

Um maior cuidado com as situações que podem ser consideradas como relevantes ou não para figurarem como dano é presenciando na atualidade, ante a maior insatisfação e incessante procura de responsáveis pelos percalços cotidianos, como tão bem posiciona Tzvetan Todorov:

[...] aqui podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por aquilo que não vai bem na vida. Se meu filho cai na rua, a culpa é da cidade, que não fez as calçadas planas o suficiente; se corto o dedo cortando grama, a culpa é do fabricante de cortadores de grama. Nos processos criminais, a melhor defesa parece ser: eu sou uma antiga vítima, tenho sido maltratado durante anos por meus pais; então, tenho o direito de massacrá-los hoje (ou, uma variante, de levá-los à justiça por todo o mal que me fizeram); fui brutalizada por meu marido, e isso explica por que o castrei. Se não sou feliz hoje, a culpa é dos meus pais no passado, de minha sociedade no presente: eles não fizeram o necessário para o meu desenvolvimento. A única hesitação que posso ter é saber se para obter a reparação me volto para um

desconforto não justifica indenização”. (SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Lejus, 1997. p. 34).

Esse é o entendimento verificado em decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que não determina o dever de reparar quando se trata de mero dissabor, por entender que esse “não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 403.919*. Quarta Turma. Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 15 de maio de 2003. Disponível em: www.stj.gov.br Acesso em: mar. 2009.)

¹⁶⁵ Não são todos os prejuízos sofridos que adentram o mundo jurídico, pois “nem todos os fatos - mesmo conduta - têm para a vida humana em sociedade o mesmo valor, a mesma importância. (...) Quando, no entanto, o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edita norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social. Disto resulta claro que a norma jurídica atua sobre os fatos relevantes que compõem o mundo para atribuir-lhes a função de gera conseqüências específicas (=efeitos jurídicos) em relação ao comportamento dos homens no meio social, constituindo um *plus* quanto à sua natureza peculiar.” (BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria...*, plano da existência, *op. cit.*, p. 9).

Em complementação vale ressaltar a doutrina de Luiz Edson FACHIN: “(...) Numa formulação lógica, não há fato indiferente ao Direito. O Direito faz um juízo de valor sobre eles, e alguns ficam à margem do que o sistema estatui como condição de ser”. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 69)

advogado ou para um psicoterapeuta; mas, nos dois casos, sou uma pura vítima e minha responsabilidade não é levada em conta¹⁶⁶.

Para limitar essa busca por responsáveis e a reparação de toda e qualquer situação, deve ser analisado o que é a lesão hábil a ensejar o dever de reparar¹⁶⁷, que “requiere de varios presupuestos”¹⁶⁸, os quais poderão ser variáveis de acordo com “critérios temporais de conveniência”¹⁶⁹ e sociedade, diferente em cada país, mesmo que de sistemas jurídicos semelhantes¹⁷⁰.

Miguel Federico Lorenzo doutrina que o dano reparável pode ser definido através de três modelos¹⁷¹. O primeiro tipifica o que será considerado como dano. O segundo apóia-se em uma cláusula geral sobre o tema, assim, caberá ao juiz determinar as necessárias limitações e especificações do que será reparável¹⁷². E no terceiro modelo, o dano é definido através de um método eclético entre os dois anteriores, ou seja, uma cláusula geral de atribuição de

¹⁶⁶ TODOROV, Tzvetan. *O homem densenraizado*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 225.

¹⁶⁷ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 16. Para Antonio Lindbergh MONTENEGRO é a “obrigação” de reparar que caracterizará a entrada de determinado prejuízo ao mundo jurídico e sua definição como dano, justifica que “o dano entra no mundo jurídico ou adquire juridicidade, quando dele dimana a obrigação de indenizar” e não o contrário, ou seja, será considerado dano quando dele decorrer a obrigação de reparar. (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 8).

No presente estudo, o entendimento adotado é de que o direito subjetivo da reparação nasce quando lesado um interesse tutelado pelo direito objetivo, visto que a ordem jurídica prevê o “dever de não lesar esse interesse” (KELSEN, Hans. *Teoria pura...*, *op. cit.*, p. 182-193). Desta forma, deve existir o dano inserido no mundo jurídico, para lesado gerar o dever de reparar.

¹⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. La lesion física a la persona: el cuerpo y la salud: el daño emergente y el lucro cessante: daños a la persona. In: *Revista de derecho privado y comunitário*. Jorge Mosset Iturraspe [coord.]. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995. p. 106.

¹⁶⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 20.

¹⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷¹ LORENZO, Miguel Federico de. *El daño injusto...*, *op. cit.*, p. 31-32.

¹⁷² Cláusula geral na definição mencionada por Judith Hofmeister MARTINS-COSTA é o enunciado legal que “ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desdenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas”. (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000. p. 286) Tratam-se do meio “legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standars*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo”. (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé...*, *op. cit.*, p. 274).

responsabilidade e limites previstos na legislação em geral.

A tipificação fechada, primeiro modelo dessa classificação de Miguel Federico Lorenzo¹⁷³, é defendido por Ludwig Enneccerus e Heinrich Lehmann que entendem ser necessária a determinação do direito objetivo específico para que a lesão possa ser considerada como dano¹⁷⁴, com exceção à violação aos bons costumes.

Esse sistema encontra grande resistência doutrinária, sendo pouco defensável diante da realidade contemporânea¹⁷⁵.

O principal fundamento que embasa a crítica em face de um modelo fechado consiste em acreditar ser uma pretensão ilusória a tentativa de definir todos os direitos que ensejam o dever de reparar, tendo em vista a dinâmica dos interesses mercedores de proteção e que a cada momento surgem novas situações que podem sujeitar indivíduos a suportar danos que sequer eram pensados há uma década¹⁷⁶.

O moroso desenvolvimento do sistema legislativo, não seria capaz de acompanhar as necessidades e os interesses do reconhecimento jurídico¹⁷⁷.

No segundo sistema de danos, mencionado por Miguel Federico Lorenzo, é adotada a cláusula geral de não prejudicar a outrem, a partir do princípio do *alterum non laedere*. Esse modelo teria sido adotado pelo sistema francês¹⁷⁸, conforme se verifica do artigo 1.382 daquela codificação, ao preceituar uma regra geral de conduta que: “Qualquer fato da pessoa que causar dano a outrem, obriga este pela culpa em razão do qual ele ocorreu, a reparar”¹⁷⁹, em cujo ordenamento são considerados como dano a lesão a um direito civil ou a um direito não expressamente previsto, mas protegido por convenções ou demais interesses legítimos¹⁸⁰.

Ressaltando que a decisão em imputar ao ofensor a responsabilidade pelo dano é “ética, política e filosófica, antes de jurídica”¹⁸¹.

¹⁷³ LORENZO, Miguel Federico de. *El daño injusto...*, op. cit., p. 31-32.

¹⁷⁴ ENNECERUS, Ludwig; LEHMAN, Heinrich. *Derecho de obligaciones...*, op. cit., p. 638.

¹⁷⁵ SCALISI, Vincenzo. Danno alla persona e ingiustizia. In: *Rivista di diritto civile*. Vol. .13, n.2. Padova: Cedam, , 2007. pp. 149 e 152.

¹⁷⁶ É o exemplo mencionado por Anderson SCHREIBER sobre o “caso recente de dois estudantes que, munidos tão-somente de um computador com câmera (*webcam*), captaram a intimidade de uma adolescente, difundindo-a de modo planetário. E resultado semelhante poderia ter sido alcançado apenas com um celular, como revela o preocupante modismo britânico do *happy slapping*”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, op. cit., p. 4)

¹⁷⁷ LORENZO, Miguel Federico de. *El daño injusto...*, op. cit., pp. 73-75.

¹⁷⁸ JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, op. cit., pp. 45-46.

¹⁷⁹ Tradução do artigo 1.382 do Código Napoleônico, que dispõe no original: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”.

¹⁸⁰ ANRYS, Henri. *La responsabilité civile médicale*. Bruxelas: Maison Ferdinand Larcier, 1974. p. 189.

¹⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...*, op. cit., p. 21.

Por isso, é a adoção de cláusulas gerais¹⁸² para a reparação, “lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea”¹⁸³, que permite incluir e alterar os danos de acordo com as necessidades sociais, em respeito a fatores “econômicos, sociais, políticos e influências de ordem moral”¹⁸⁴.

Para Miguel Federico Lorenzo, esse segundo modelo seria a melhor opção, ao deixar para o intérprete a verificação dos limites e especificações do que será considerado como dano, a partir do princípio do *alterum non laedere*¹⁸⁵.

O ordenamento brasileiro teria adotado o terceiro sistema, qual seja uma cláusula geral de responsabilidade civil, prevista no artigo 159¹⁸⁶ do Código Civil de 1916 revogado e nos artigos 186 e 927 do atual Código Civil de 2002¹⁸⁷, fundada no dever de não lesar¹⁸⁸, bem como uma limitação do seu objeto do dano, através de alguns danos tipificados¹⁸⁹.

No modelo misto, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, “a responsabilização não depende do princípio da anterioridade de arquétipo incriminador específico”¹⁹⁰, ante a adoção da cláusula geral¹⁹¹, cujos limites

¹⁸² Como defende Anderson SCHREIBER. “(...) Em todo o mundo restou demonstrada a falência do modelo regulamentar inspirado na pretensão de completude das codificações oitocentistas, diante da multiplicação desconcertante de novas situações e expectativas que caracterizam as sociedades atuais. (...)”. “(...) Tudo isso impõe, como consequência necessária, a rejeição de concepções que pretendam selecionar os interesses mercedores de tutela com base em uma prévia especificação legislativa, seja sob a forma de direito subjetivo absoluto, seja por meio de qualquer categoria inflexível (...)”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 115-117).

¹⁸³ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte do Código Civil de 2002. In: *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 20.

¹⁸⁴ LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1963, p. 17.

¹⁸⁵ LORENZO, Miguel Federico de. *El daño injusto...*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei nº. 3.071..., *op. cit.*. Art. 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553”.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei nº. 10.406..., *op. cit.* 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”. Artigo 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

¹⁸⁸ É o posicionamento de Rui STOCO, na análise de ambos os artigos definindo-os como cláusulas gerais “(...) e não tipológicas ou fechadas, servindo ao Direito como um todo assumindo multifórmicas, ganhando sentido polissêmico, regendo os mais diversos comportamentos não permitidos – seja através da ação ou omissão -, e assegurando necessária longevidade”. (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 114)

¹⁸⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O conceito de dano...*, *op. cit.*, p. 220.

¹⁹⁰ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁹¹ As cláusulas gerais são interpretadas através de uma análise sistêmica do direito, como “pontes

serão estabelecidos pela interpretação da lesão a um interesse jurídico¹⁹². Será considerado como interesse jurídico “aquilo que determinada comunidade considera digno de tutela jurídica, razão pela qual, se modificado o que, na pessoa e em sua personalidade, se considera digno de interesse, haverá imediato reflexo no conceito de dano”¹⁹³.

Caso a matéria verse sobre lesões aos direitos de personalidade essa conceituação do que é o interesse não surte tantos problemas doutrinários, pois a proteção desses direitos “ultrapassa a construção tradicional do direito subjetivo, devendo ser colocada em supremacia a todo e qualquer interesse colocado em jogo”¹⁹⁴, portanto, não estará adstrita a previsão legal¹⁹⁵.

Nos demais casos, o interesse jurídico varia de acordo com a época e questões sociais¹⁹⁶.

Esse terceiro modelo é criticado pelo próprio Miguel Federico Lorenzo por entender que limitar o dano injusto ao interesse reconhecido previamente à sua lesão seria contrário ao princípio geral de não lesar¹⁹⁷.

Nesse estudo entende-se que a previsão normativa prévia¹⁹⁸ não

que ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé...*, *op. cit.*, p. 115).

¹⁹² É importante salientar que a doutrina italiana que apresentou maior justificava, neste sentido, eis que a sua interpretação de dano “*ingiusto*”, ou seja, hábil a reparar, era atrelada a interpretação de que se tratava de lesão a um direito subjetivo (BUSNELLI, Francesco Donato. *Perdita di una ‘chance’ e risarcimento del danno*. In: *Il Foro Italiano*. Vol. 88. Roma: Foro Italiano, , 1965, p. 50) e, posteriormente, ampliou a interpretação do dano para o interesse juridicamente protegido.

No mesmo sentido do dano como lesão a um interesse jurídico, cita-se Massimo BLANCA (O danno ingiusto: a propósito del risarcimento da lesione di interessi. In: *Rivista di diritto civile*. Vol. 46, n. 5. Milão: Padova, 2000, p. 689.) e Vincenzo SCALISI (*Danno alla persona...*, *op. cit.*, pp. 147-163).

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Os danos à pessoa...*, *op. cit.*, p. 409.

¹⁹⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 50.

¹⁹⁵ O dano à personalidade é direito absoluto, ou seja, todos são sujeitos passivos, pois devem respeitá-lo. “Os direitos de personalidade são tipicamente direitos absolutos, já que todos são obrigados a respeitá-los, abstando-se de violá-los. O direito à vida, à honra, à saúde, ao nome, e, g., são direitos que se impõem a todos, não somente a determinada pessoa, de modo que podem ser violados por qualquer um. Por isso, o dever de abster-se de violá-los é de todos”. (BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria...*, plano da eficácia, p. 206).

¹⁹⁶ LOREZENTTI, Ricardo Luiz. *La lesion física a la persona...*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁹⁷ LORENZO, Miguel Federico de. *El daño injusto...*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁹⁸ A norma como a interpretação de um enunciado lingüístico, “lido e confrontado com o inteiro ordenamento, em dialética com os fatos históricos concretos, com as relações individuais e sociais. A função do sistema é, portanto, necessária – não como resultado estático, mas – como o instrumento e o fim dinamicamente conhecíveis, como uma experiência global, idônea a transformar a lei em direito, o enunciado lingüístico em norma” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do*

contraria o princípio do *alterum non laedere*, e será dano a lesão a um interesse jurídico relevante, independente da sua previsão legislativa específica, o que permite a aplicação da teoria da perda de uma chance¹⁹⁹.

3. A JURISPRUDÊNCIA E SEU IMPORTANTE PAPEL PARA ADAPTAÇÃO À REALIDADE SOCIAL

As constantes mudanças nas relações sociais atuam de forma a lapidar o direito e possuem relevante papel na elaboração das normas jurídicas, conforme doutrina Fernando Noronha:

Todas as normas jurídicas, sejam elas formuladas pela via legislativa, sejam-no pela via consuetudinária ou pela jurisprudencial (como acontece mesmo na nossa sociedade, não obstante a oficial divisão de poderes), surgem em resposta a determinadas necessidades sociais, cuja regulamentação se impõe do ponto de vista da própria sociedade, ou, como se diria melhor, dos grupos que detêm o poder político, já que é a este que cabe a direção da sociedade. Em vez de ‘necessidades sociais’, talvez fosse preferível afirmar que as normas jurídicas são formuladas em resposta a determinadas pressões sociais. Na verdade, são as forças sociais que condicionam a evolução do direito: este reflete em cada época o equilíbrio (umas vezes mais estável, outras bem instáveis) obtido no jogo entre as aspirações e os poderes associados às diversas forças atuantes, embora nesse jogo estejam sempre presentes, com pano de fundo, determinados valores prevalecentes na sociedade, que são os elementos que dão coesão a esta [...].²⁰⁰

Como o pressuposto do Direito Civil é regular as relações sociais²⁰¹, a sua

Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 78).

¹⁹⁹ Clóvis Veríssimo do COUTO E SILVA destaca que: “Além dos direitos subjetivos que podem ser lesados pelas atividades das pessoas (...) uma questão de grande importância doutrinária e prática é, entretanto, a que se relaciona com a tutela de certos interesses, como, p. ex., a ‘chance’ ou mesmo interesses que podem ocorrer a todos, e por esta razão denominados interesses coletivos”. (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O conceito de dano...*, op. cit., p. 221).

²⁰⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 99.

²⁰¹ Como afirma Carlos Alberto da MOTA PINTO “O direito civil contém a *disciplina positiva* da actividade de convivência da pessoa humana com as outras pessoas. Tutela os interesses dos *homens em relação com outros homens* nos vários planos da vida onde essa cooperação entre pessoas se processa, formulando as normas a que ela se deve sujeitar.” (...) “Quer dizer: o direito civil (de *cives* = cidadãos) situa-se no *núcleo mais íntimo e fundamental da sociedade*; disciplina

sobrevivência está condicionada à capacidade de renovação²⁰² para melhor “espelha(r) a sociedade em que se insere”²⁰³ e ser entendido como “um direito vivo”²⁰⁴.

Não obstante o fato de que “uma codificação bem-concedida aspira de tal maneira à permanência e a coerência lógica que tende a resistir à mudança e, conseqüentemente, a só perder seu significado normativo muito gradativamente”²⁰⁵, a lentidão do processo legislativo é incompatível com a mencionada necessidade de adaptação, eis que:

“[...] apenas aguardar a previsão legal, caso a caso, para a conformação do viés objetivo da responsabilização é circunstância que tantas vezes tem atado a percuciência do direito, tem engessado seu exercício em face do dano concretizado e tem, insuportavelmente, deixado sem resultado a situação prejudicial enfrentada pela vítima de danos”²⁰⁶.

Couberam à jurisprudência e à doutrina o papel de “trocar práticas de medievo pelos saberes construídos às portas do terceiro milênio”²⁰⁷, mantendo vivo o Direito Civil.

E foi a jurisprudência, aqui entendida como fonte de direito²⁰⁸, que melhor cumpriu a sua função, para solucionar os problemas apresentados pela

as *relações sociais de pessoa para pessoa*, que constituem o cerne e o conteúdo necessário da vida na sociedade e ao serviço de cuja possibilidade e desenvolvimento está toda a organização social”. (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3.ed. actual. Coimbra: Coimbra Ed., 1985. pp. 42 e 44).

²⁰² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 105.

²⁰³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 97.

²⁰⁴ RIOS, Arthur E. S. , *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 74-75.

²⁰⁵ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Carlos Eduardo Lima Machado (trad.). 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 241.

²⁰⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta...*, *op. cit.*, p. 817.

²⁰⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica...*, *op. cit.*, p. 6.

²⁰⁸ A questão da fonte de direito é importante para aqui se mencionar “(...) pode por fonte de Direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efectivamente, só costuma designar-se como ‘fonte’ o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. Neste sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico-positivo, fonte do direito só pode ser o Direito”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura...*, *op. cit.*, p. 323).

sociedade, contrapondo-se às perspectivas normativas²⁰⁹ e doutrinárias²¹⁰.

Com vistas a um resultado justo, atuam as decisões dos tribunais como a maior fonte de direito ao instituto da responsabilidade civil, seja através de uma adaptação do enunciado da lei ou, em determinados casos, por meio de uma interpretação contrária ao sentido literal dessa²¹¹.

A doutrina possui o seu papel, mesmo secundário no que diz respeito à responsabilidade civil, com desenvolvimento mais relevante nas últimas décadas, conforme adiante se verifica.

3.1 A SUPERAÇÃO DA ERA DA SEGURANÇA: AS CLÁUSULAS GERAIS E AS ALTERAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Antes de tratar do relevante papel da jurisprudência no âmbito da responsabilidade civil, é importante resgatar o posicionamento que predominou perante a legislação e a doutrina brasileiras até a metade do século XX.

No Brasil, a ideia de Codificação²¹², que pretendia antever todas as relações sociais e, conseqüentemente, todos os problemas delas advindos²¹³,

²⁰⁹ É importante destacar que o vocábulo norma é aqui utilizado nos termos da seguinte definição: “Um documento normativo (uma fonte do direito) é um agregado de enunciados do discurso prescritivo. (...) (1) chamo ‘disposição’ qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes; (2) chamo ‘norma’ todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmento de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim: a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado”. (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 25-26).

²¹⁰ A doutrina pode ser entendida como fonte de direito, desde que considerada como fonte indireta, conforme leciona Antonio Carlos MORATO: “As fontes formais, que são as que apresentam imediata relevância em nosso trabalho, dividem-se em fontes diretas (também chamadas de imediatas) e em fontes indiretas (ou mediatas). As fontes diretas são a lei e o costume, ao passo que são consideradas como fontes indiretas a doutrina e a jurisprudência”. (MORATO, Antonio Carlos. *Norma Jurídica: fontes do direito*. In: LATUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 38).

²¹¹ É como afirma Luiz Edson FACHIN: “O Direito vai progressivamente se abrindo para uma certa porosidade, no sentido de apreender essas relações, dar relevância jurídica, inclusive na lacuna da lei e, às vezes, até mesmo contra o sentido literal da regra, quando a aplicação desse sentido não conduz a resultado justo e razoável num caso concreto”. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica...*, op. cit., p. 95)

²¹² Sobre o tema da “era das codificações” ler R. C. van CAENEGEM (Uma introdução histórica..., op. cit.); Sérgio Said STAUT JÚNIOR (A escola da exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do direito. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (Org.). *Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas*. Pelotas: Delfos, 2008. pp. 103-112) e Michel VILLEY (A formação do pensamento..., op. cit.).

²¹³ Predominava a ideia que “as leis criadas pela somatória das razões dos sujeitos autônomos

iniciou-se mais tarde, comparada com os códigos oitocentistas que lhe influenciaram.

Foi frente a uma sociedade que começava a se despir das ideias escravocratas, majoritariamente agrícola, composta de pobres excluídos não identificados com a massa de operários da indústria presente nos países europeus²¹⁴, que surgiu a primeira codificação civil brasileira.

Patrimonialista²¹⁵ em sua essência, fiel aos princípios da burguesia da época oitocentista, sem absorver as novas tendências legislativas e doutrinárias da época²¹⁶, o Código Civil de 1916 impôs uma jurisprudência atrelada à lei engessada por uma codificação.

A ideia defendida à época era a segurança jurídica e para tanto, as decisões judiciais deveriam estar fundamentadas “na lei e não na direção dos julgados, ou inclinações dos magistrados porque nem sempre elas são antecipadamente conhecidas”²¹⁷.

Contudo, o ideal defendido pela codificação de prever toda e qualquer situação social, bem como da certeza jurídica, torna-se incoerente e insuficiente no decorrer do século passado, “à medida que o civilismo pretensamente neutro se assimilou ao servilismo burocrata doutrinário e jurisprudencial”²¹⁸.

poderia prever qualquer problema surgido na sociedade, de forma a previamente estabelecer os mecanismos adequados de pacificação social. Isto porque tais sujeitos autônomos poderiam por meio da razão entender completamente o mundo”. (ALTHEIM Roberto. *A atividade interpretativa...*, *op. cit.*, p. 132).

²¹⁴ Esse é o posicionamento defendido por Orlando GOMES, ao afirmar que “Ao tempo em que Clóvis Beviláqua apresentou o Projeto do Código Civil brasileiro, éramos, na precisa observação de Sílvio Romero, uma nação embrionária, cuja indústria mais importante consistia em lavoura rudimentar, extensiva, servida ontem por dois milhões de escravos e, àquele tempo, abolida da escravatura, isto é, na última década do século XIX, por trabalhadores nacionais e algumas dezenas de milhares de colonos de procedência européia; a população em geral era pobre, na sua maioria, eram os pobres da inércia e não os proletários no sentido socialista, porque não era operários rurais ou fabris”. (GOMES, Orlando. *Raízes históricas...*, *op. cit.*, p. 24).

²¹⁵ “O objectivo da classe ascendente, a partir da livre iniciativa apoiada na autonomia da vontade e na crença de uma ordem natural do desenvolvimento económico, é, com a tomada do Poder, o reconhecimento do seu poder económico numa sociedade essencialmente rural (propriedade fundiária), poder que se mede pela quantidade e qualidade dos bens possuídos; por isso, os juristas constroem a propriedade como o direito essencial do indivíduo, um direito de carácter absoluto e exclusivo que o Estado não deve violar, salvo os limites externos impostos por necessidades colectivas ou por razões de vizinhança”. (FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Caminho, 1989. (Coleção Universitária, 45), p. 21).

²¹⁶ No âmbito da responsabilidade civil, no final do século XIX, as legislações, inclusive francesa que tanto inspirou o Código Civil brasileiro, já previam a responsabilidade por riscos, como no caso da Legislação francesa sobre os Acidentes de Trabalho, de 9 de abril de 1898, o que foi ignorado pela codificação brasileira.

²¹⁷ ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral e a desagregação social*. Vol.758. São Paulo: RT, 1998, p. 47.

²¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica...*, *op. cit.*, p. 11.

A resolução dos problemas e discussões que batiam às portas do Poder Judiciário não mais era possível através da “rígida sistematização dos sistemas jurídicos; o mundo da segurança, a idéia de perenidade das categorias e conceitos jurídicos”²¹⁹ começou a ruir, ante a necessidade de permitir a ampla interpretação e adaptação de seus enunciados pelos magistrados²²⁰.

A constatação da impossibilidade de se manter o direito estagnado em um código²²¹, a impossibilidade do legislador em “prever tão espantoso desenvolvimento”²²², acrescido ao moroso processo legislativo²²³, posicionaram a jurisprudência como importante fator para a adaptação da legislação ao caso concreto²²⁴.

As decisões dos tribunais passaram a dispor de soluções para cada caso, adaptando a legislação engessada do Código aos anseios da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 teve um papel muito importante nessa alteração legislativa, pois através de regras mais flexíveis, consagrou diversas modificações jurídicas da época e, no campo da responsabilidade civil, afirmou a possibilidade de ser reparado o dano moral²²⁵, a responsabilidade

²¹⁹ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. O sistema jurídico herdado do positivismo científico e os códigos civis novcentistas. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. n. 36. Curitiba: Instituto, 1996. p. 253.

²²⁰ Posicionamento esse necessário para manutenção da codificação, como no caso do Código de Napoleão que “só conseguiu sobreviver duzentos anos pelo fato de ter evoluído na prática, mediante uma jurisprudência construtiva que, sem abandonar a letra de lei, deu-lhe nova interpretação”. (WALD, Arnaldo. *A evolução...*, *op. cit.*, p. 100.)

²²¹ “O Código Civil brasileiro é um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionada pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. É a cristalização axiológica das idéias dominantes no seu tempo, principalmente nas classes superiores. Reflete as concepções filosóficas dos grupos dominantes, detentores do poder político e social da época, concepções essas por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômico – político – sociais”. (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A evolução do direito civil brasileiro. In: *Revista de direito civil: imobiliário, agrário e empresarial*. Vol.7, n. 24. São Paulo: RT, 1983. p. 79).

²²² AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 17.

²²³ LORENZO, Miguel Federico de. *El daño injusto...*, *op. cit.*, p. 75.

²²⁴ Como afirma Anderson SCHREIBER: “(...) O conteúdo de um código é sempre dinâmico, no sentido de que suas normas não são nunca dadas, mas construídas e reconstruídas dia-a-dia pelos seus intérpretes”. (SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. In: *Revista trimestral de direito civil*. Vol. 12. Rio de Janeiro: Padma, 2002. p. 3).

²²⁵ A previsão da reparação por danos morais trouxe grande impacto para o direito civil, como bem salienta Sergio CAVALIEIR FILHO: “Tenho como certo que um grande passo da Constituição de 88, em matéria de responsabilidade civil foi com relação ao dano moral. Também sou de um tempo de magistratura que não se admitia, em muitos casos, indenização por danos morais; (...) Dava-se em certos casos e não se dava em outros. Depois tive o privilégio de integrar o nosso antigo Tribunal de Alçada, que foi extinto há mais de dez anos atrás. No Tribunal de Alçada se discutia muito, naquele tempo, se o dano moral podia ou não ser cumulado, com o dano material. (...) Havia uma grande divergência. Bom,

do Estado por erro judicial²²⁶, a questão da culpa no acidente do trabalho²²⁷, a responsabilidade objetiva do Estado²²⁸, além de traçar uma nova perspectiva ao dispor como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, III), o que resultou na repersonalização do direito civil.

Como salienta Eroulths Cortiano Junior:

No âmbito do direito privado deixa-se (*rectius*: está se deixando) atrás a velha concepção de patrimonialismo, marcante nas codificações que praticamente atravessaram este século. O Direito Civil deixa de ser marcado pela propriedade, contrato, testamento e família. Uma contemporânea visão do direito procura tutelar não apenas estas figuras pelo que elas representam em si mesmas, mas deve tutelar certos valores tidos como merecedores de proteção: a última *ratio* do direito é o homem e os valores encerrados em si²²⁹.

Apesar da tendência descodificadora, que permitiu uma maior flexibilidade das decisões judiciais, bem como a superação das ideias patrimonialista e individualista decorrentes da codificação, no ano de 2002, entrou em vigor um novo²³⁰ Código Civil.

Essa legislação, diversamente do Código que o precedeu apresenta cláusulas gerais²³¹ em muitos temas, permitindo que a jurisprudência adapte

a Constituição de 88, também no meu entender, constitucionalizou a matéria, colocou uma pá de cal em cima disto. Em primeiro lugar, ao estabelecer que o dano moral é indenizável. Isto está no art. 5º, incisos V e X, entre as garantias constitucionais, no dispositivo que trata dos direitos fundamentais: diz que o dano moral é indenizável, portanto esta questão ficou totalmente superada”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Os danos morais no Judiciário brasileiro e sua evolução desde 1988. In: TEPETINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 97).

²²⁶ BRASIL. *A Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: RT, 1988. Art. 5º, LXXV: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”

²²⁷ BRASIL, *A constituição...*, *op. cit.*, Art. 5º, XXVIII: “segunda contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;”

²²⁸ BRASIL, *A constituição...*, *op. cit.*, Art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

²²⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos...*, *op. cit.*, p. 32.

²³⁰ “(...) temos um Código novo mas que, quanto à responsabilidade civil, nasce velho” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 549).

²³¹ Como bem afirma Rui STOCO: “O Código Civil de 2002 em vigor abandonou os sistemas e tipos fechados, cujo hermetismo impedia um processo exegético ampliativo e dúctil, de modo a dar maior eficiência e alcance às normas. A esta nova cultura jurídica corresponde um

as suas regras à realidade social.

Esses foram, sucintamente, os caminhos percorridos pela legislação que permitiram à jurisprudência ocupar seu merecido papel de destaque e, conseqüentemente, a maior proximidade aos problemas sociais levados ao Poder Judiciário.

Por sua vez, a doutrina no tema da responsabilidade civil, com poucas exceções, permaneceu mais atrelada ao modelo estático apresentado pelo Código do que em igualdade à dinamicidade dos tribunais²³².

Os manuais de direito à época do Código Civil de 1916 pouca divergência apresentavam perante a legislação, não apenas de forma sintática, mas também, porque relacionados a conceitos individuais e patrimonialistas da lei. Assim, a doutrina não acompanhava as evoluções jurisprudenciais, o que demonstrava um diálogo desconexo entre elas (doutrina e jurisprudência)²³³.

Difícil analisar a razão pela qual a doutrina esteve durante tanto tempo estagnada, com algumas raras exceções, relacionando-se a conceitos e definições retrógrados, insistindo “com freqüência nas fórmulas abstractas da posição já esgotada do positivismo jurídico”²³⁴.

novo modelo de código”. (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 114). Repita-se a definição de cláusula geral trazida por Judith MARTINS-COSTA, já transcrita no presente trabalho, como o enunciado legal que “ao invés de traçar puntualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desdenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas”. (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé...*, *op. cit.*, p. 286). Tratam-se do meio “legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standars*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo”. (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé...*, *op. cit.*, p. 274).

²³² Com efeito, o que se verifica é que “(...) enquanto a imensa maioria dos manuais de direito civil continuam a descrever uma Responsabilidade Civil fundada nas bases individualistas do pensamento liberal, as cortes judiciais esticam antigos conceitos, relativizam noções clássicas, transformam cotidianamente o instituto a fim de obter resultados mais justos nos conflitos que lhe são submetidos” (SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.745).

²³³ Como bem afirma Maria Celina Bodin de MORAES: “A doutrina, de fato, tem falhado na elaboração dogmática de novos critérios de responsabilidade civil e a jurisprudência, premiada pelas necessidades impostas pela realidade social, vem desempenhando a tarefa por conta própria, criando um universo discricionário e, não raro, incoerente”. (MORAES, Celina Bodin. Prefácio. Prefácio. In SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 12).

²³⁴ FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema...*, *op. cit.*, p. 20.

Talvez, porque a doutrina sentia-se confortável em manter os critérios da responsabilidade civil, apresentando uma “repetição acrítica [...] de tamanha promiscuidade conceitual, descomprometida com a legalidade constitucional”²³⁵, ou em razão da evolução jurisprudencial, os doutrinadores não conseguiam atender a dinâmica atuação dos Tribunais e apresentar respostas a essas novas alterações²³⁶.

Para Gustavo Tepedino, o não acompanhamento da doutrina em matéria de direito civil decorre do Estado autoritário que por tantos anos tomou o poder no país e “que acabou por estimular a formação de juristas dedicados a áreas politicamente menos comprometedoras”²³⁷.

Destaca-se que o descompasso doutrinário perante a evolução jurisprudencial ocorreu não apenas no direito brasileiro, e, como leciona Pietro Perlingieri, os doutrinadores estariam descomprometidos em criticar as decisões judiciais e atuar como integrantes do sistema das fontes “talvez porque a maior parte dos ‘doutores’ está submersa nos negócios”²³⁸.

Independentemente da razão pela qual a doutrina permaneceu estagnada e os manuais não acompanharam as necessidades sociais, deixando a jurisprudência desamparada de parâmetros, seja no direito brasileiro ou estrangeiro, foi com a adoção de cláusulas gerais, que essa deficiência ganhou destaque e incitou a necessidade de manifestações doutrinárias²³⁹.

Assim, existiu um despertar doutrinário para orientar a construção jurisprudencial, em especial no âmbito da responsabilidade civil, onde se verifica que “Se a jurisprudência é o canteiro de obras da responsabilidade, a doutrina é a arquiteta dessa construção”²⁴⁰ e, se ausentes tais parâmetros, a jurisprudência se desenvolve “de modo clandestino, pontual e verdadeiramente aleatório”²⁴¹.

Mesmo com o despertar doutrinário decorrente da adoção das

²³⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes...*, *op. cit.*, p. XXVIII.

²³⁶ “A riqueza de temas, todavia, e a amplitude do seu campo de atuação, a par de tornarem a jurisprudência extremamente abundante e dinâmica, dificultam uma sistematização doutrinária ou científica da responsabilidade civil; cada um dos seus desdobramentos, se, por um lado, traz luz sobre determinado aspecto da questão, por outro, cria, verdadeiras zonas cinzentas, de modo a não permitir consenso sobre outros aspectos”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, *op. cit.*, p. 21).

²³⁷ TEPEDINO, Gustavo. O tão esperado (e fugaz?) encontro da doutrina com a jurisprudência. *In: Revista trimestral de direito civil*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Padma., 2000. p. 3.

²³⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito...*, *op. cit.*, p. 22.

²³⁹ Isto porque, as cláusulas gerais adotadas em outras codificações “suscitaram compreensível desconfiança, em razão do alto grau de discricionariedade atribuída ao intérprete: ou se tornavam letra morta ou dependiam de uma construção doutrinária capaz de lhes atribuir um conteúdo menos subjetivo” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes...*, *op. cit.*, p. XIX).

²⁴⁰ MARTINS – COSTA, Judith Hofmeister. Apresentação. *In: SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 17.

²⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *A responsabilidade civil como...*, *op. cit.*, p. 745.

cláusulas gerais²⁴², é a jurisprudência que maior destaque possui para manter vivo o direito, com a adaptação de regras existentes, bem como a criação de novas teorias, tal qual a teoria da perda de uma chance.

3.2 A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Na responsabilidade civil, é possível verificar que os Tribunais, visando encontrar um entendimento devido para cada caso concreto, relativizam os conceitos clássicos e “transformam cotidianamente o instituto [da responsabilidade civil] a fim de obter resultados mais justos nos conflitos que lhe são submetidos”²⁴³, muitas vezes apresentando interpretações que vão muito além do texto legal.

Por conseguinte, é a jurisprudência a grande responsável pela evolução do instituto, como leciona Louis Josserand:

[...] como pudeste notar, a evolução da responsabilidade se tem produzido com o mínimo de intervenção legislativa: ela foi sobretudo obra da jurisprudência que, na França, na Bélgica e noutros países, tem sabido tirar partido maravilhoso dos textos e dos princípios que tinha à sua disposição e os têm acomodado ao gôsto do dia, com uma oportunidade, um senso das realidades práticas e uma engenhosidade verdadeiramente admiráveis; graças a ela viu-se – segundo a palavra de Jean Cruet, um dos melhores juristas franceses, prematuramente roubado à ciência – viu-se [*sic*] ‘o direito evoluir sob uma legislação imóvel’, e o juiz foi a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas velhas do direito tradicional.²⁴⁴

E esse é o papel dos tribunais, pois se a legislação tem o caráter estático, cabe às decisões judiciais, através da análise dos pressupostos fundamentais,

²⁴² É o que salienta Gustavo TEPEDINO: “O resultado aí está: os princípios e as cláusulas gerais ganham densidade normativa, graças à obra da doutrina e da jurisprudência. Os direitos da personalidade, assim como as novas hipóteses de responsabilidade civil, incluindo a ampla reparação por danos morais, encontram-se cada vez mais consagrados; a função social da propriedade adquire conteúdo bem definido, assim como se concretiza a boa-fé contratual e a proteção do consumidor, particularmente no que concerne aos contratos de adesão, aos planos de saúde, aos contratos bancários e aos financiamentos de bens e serviços essenciais. Tem-se, de outra parte, um renovado direito de família, baseado na igualdade do homem e da mulher e na tutela do melhor interesse da criança. A julgar pela jurisprudência do STJ dos últimos anos, estamos diante de rara confluência, da doutrina com a jurisprudência, para a construção do direito civil contemporâneo”. (TEPEDINO, Gustavo. *O tão esperado...*, *op. cit.*, p. 4).

²⁴³ SCHREIBER, Anderson. *A responsabilidade civil como...*, *op. cit.*, p. 745.

²⁴⁴ JOSSEMAND, Louis. *Evolução...*, *op. cit.*, p. 559.

encontrar o entendimento devido para cada caso concreto²⁴⁵.

A ampla discricionariedade permitiu uma atuação “criadora” da jurisprudência, que muitas vezes, visando unicamente reparar o dano, “as cortes distanciam-se, cada vez mais, das bases teóricas do instituto”²⁴⁶.

É que mesmo em casos de não estarem presentes os requisitos clássicos “diante de um dano que merece indenização, os tribunais buscam nos elementos da teoria da responsabilidade civil a fundamentação para sua decisão”²⁴⁷.

Não se trata de uma crise paradigmática²⁴⁸, mas sim de uma tendência em razão da necessidade dos tribunais em se adaptarem a realidades sociais relegadas pela doutrina e pela lei.

Algumas das alterações decorrentes da jurisprudência que merecem destaque são: a teoria do risco, o desenvolvimento das responsabilidades dos profissionais e a proteção aos direitos da personalidade²⁴⁹.

Também, com vistas à reparação do dano nota-se uma relativização dos pressupostos da responsabilidade civil apresentada pelos Tribunais, como ocorre com o nexos causal²⁵⁰. Por exemplo, em casos que estão presentes excludentes do liame causal, como a culpa exclusiva da vítima²⁵¹, o fato de

²⁴⁵ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 15.

²⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 3.

²⁴⁷ ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos...*, *op. cit.*, p. 104.

²⁴⁸ Não se trata de crise da responsabilidade civil, como bem salienta Anderson SCHREIBER “Percorrendo, de olhos abertos, o corredor escuro que separa as salas de aula das salas de audiência, pode-se constatar que a chamada crise da responsabilidade civil nada tem de inesperado. Trata-se bem, ao contrário, de uma alteração progressiva e até anunciada. Como em todos os outros campos do direito privado, o que se verifica é um choque entre velhas estruturas e novas funções. Sob as máscaras da responsabilidade civil, a dogmática liberal, individualista e exclusivamente patrimonial do instituto vem sendo distendida, esticada, manipulada pelas cortes judiciais no seu intuitivo esforço de atender a um propósito mais solidário e mais consentâneo com a axiologia constitucional” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 3.)

²⁴⁹ VINEY, Geneviève. *As tendências atuais...*, *op. cit.*, pp. 45-51.

²⁵⁰ Sobre a matéria ler Anderson SCHREIBER (*Novos paradigmas...*, *op. cit.*, pp. 64-68).

²⁵¹ Como culpa exclusiva da vítima, apresenta-se o caso do escorregador julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n.º 868594300. Julgamento: 10 de agosto de 1999. Disponível em: www.tjsp.jus.br, acesso em: 3 out. 2009.), cujo acórdão foi mantido, parcialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 287.849. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 17 de abril de 2001. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 6 mar. 2009). Esclarece-se que no caso em questão, o autor ficou tetraplégico quando, em um hotel fazenda, se utilizou de um escorregador para criança e mergulhou de cabeça na piscina existente no local. Responsabilizou-se a empresa de turismo e o hotel pelo evento, por entender existir culpa concorrente das empresas, ante a precária iluminação que não permitia verificar a profundidade da piscina e, o Tribunal entendeu que por se tratar de relação de consumo, quando da ocorrência de concorrência de culpas, não haveria que se falar em exclusão de responsabilidade pela culpa da vítima. Por isso, foi afastada a culpa exclusiva da vítima, que “a

terceiro, caso fortuito ou força maior, e por tal razão os danos advindos de tais situações não seriam reparados, tem a jurisprudência admitido uma ampliação do nexo de causalidade, seja pela gravidade do dano ou pela impossibilidade de responsabilizar terceiro.

É o que ocorreu no “caso do carro forte”²⁵², em que se discutiu o atropelamento de transeunte por veículo de transporte de valores. O evento danoso ocorreu porque o motorista da empresa de transportes de valores foi atingido por tiros disparados por marginais providos de armas de grande potencial lesivo, com isso, ele perdeu o controle do veículo e veio a atropelar a vítima, que faleceu.

Na primeira instância, o pedido inicial foi julgado improcedente, por entender que se tratava de motivo de força maior. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou a reparação, sob o fundamento de que existiu omissão da empresa, em evitar que o motorista do veículo, sabidamente transporte de risco, fosse eventualmente atingido e pudesse colocar em perigo a vida de terceiros.

O Superior Tribunal de Justiça manteve a referida decisão, cujo acórdão restou assim ementado.

Responsabilidade civil. Teoria do risco (presunção de culpa). Atividade perigosa (transportador de valores). Acidente de trânsito (atropelamento de terceiro). Inexistência de culpa da vítima (indenização). 1. É responsável aquele que causa dano a terceiro no exercício de atividade perigosa, sem culpa da vítima. 2. Ultimamente vem conquistando espaço o princípio que se assenta na teoria do risco, ou do exercício da atividade perigosa, daí há de se entender que aquele que desenvolve tal atividade responderá pelo dano causado. 3. A atividade de transporte de valores cria um risco para terceiros. ‘Neste quadro’, conforme o acórdão estadual ‘não parece razoável mandar a família do pedestre atropelado reclamar, dos autores não

doutrina e o trabalho pretoriano construíram a hipótese, pois como se dizia no Direito Romano: *quo quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*” (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 185). Contudo, ambas foram condenadas ao pagamento de indenização, o que no posicionamento de Anderson SCHREIBER reflete a prévia análise da reparação ou não do dano, para posterior verificação dos requisitos e afirma que: “A toda evidência, a decisão aludida fundou-se na relativização de um tradicional fator de rompimento do nexo causal – a culpa exclusiva da vítima -, que, na espécie, sofreu drástica restrição em seu poder de interrupção, com a cristalina finalidade de assegurar ao acidentado alguma espécie de reparação, que a assistência pública, em um país como o Brasil, seria incapaz de garantir mesmo no que tange ao mínimo indispensável para o adequado tratamento médico da lesão” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 68).

²⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 185.659. Terceira Turma. Relator Designado Ministro Nilson Naves. Julgamento: 26 de junho de 2000. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 5 mar. 2009.

identificados do latrocínio, a indenização devida, quando a vítima foi morta pelo veículo da ré, que explora a atividade sabidamente perigosa, com o fim de lucro⁷. Inexistência de caso fortuito ou força maior. 4. Recurso especial, quanto à questão principal, fundado no art. 1.058 e seu parágrafo único do Cód. Civil, de que a Turma não conheceu, por maioria de votos²⁵³.

Considerada a causa da morte, que foi o atropelamento pelo veículo da empresa de transportes de valores, foram desconsideradas as razões pelas quais ocorreu a perda de controle do veículo pelo motorista.

Do aludido acórdão ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que seria impossível à viúva demandar em face dos autores responsáveis pelos disparos dos tiros qualquer indenização; assim, para não deixá-la desamparada de qualquer reparação, foi condenada a empresa de transportes²⁵⁴.

Fica claro que o Tribunal entendeu por não deixar a vítima desamparada e sem o recebimento de qualquer indenização, relativizando o pressuposto do nexo causal, não obstante a presença de um de seus excludentes.

Esta ânsia de reparação pode ocasionar injustiças, como bem salienta Anderson Schreiber, quando “O ônus de auxiliar as vítimas pertence a todos, mas vem atribuído a cada réu aleatória e isoladamente, o que acaba por resultar em injustiça, a rigor, tão grave quanto manter o dano sobre a vítima”²⁵⁵.

Também, como exemplo de ampliação do nexo causal, o tão conhecido e salientado pelo doutrinador Anderson Schreiber caso do escorregador julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁵⁶, cuja decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵⁷.

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 185.659. Terceira Turma. Relator Designado Ministro Nilson Naves. Julgamento: 26 de junho de 2000. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 5 mar. 2009.

²⁵⁴ No caso em comento, é flagrante que a perda de controle do motorista ocorreu por força maior, não imputada a ele ou a própria empresa de transportes, mas sim em decorrência de fato de terceiro, o que, dentro da doutrina tradicional é definido como excludente da responsabilidade. Se perante o passageiro a empresa de transporte não pode se eximir de responsabilidade, ante fato de terceiro, conforme atualmente previsto no artigo 735, do Código Civil (“A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”) (BRASIL. Lei n.º. 10.406..., *op. cit.*), existiu uma ampliação da aplicação de tal dispositivo legal para além dos passageiros, com o objetivo de não deixar a vítima sem a sua devida reparação.

²⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 7.

²⁵⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n.º 868594300. Décima Câmara de Direito Privado A. Julgamento em 10 de agosto de 1999.

²⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 287.849. Quarta Turma. Relator

Esclarece-se que no caso em questão, o autor ficou tetraplégico quando, em um hotel fazenda, se utilizou de um escorregador para criança e mergulhou de cabeça na piscina existente no local. Responsabilizou-se a empresa de turismo e o hotel pelo evento, por entender existir culpa concorrente das empresas, ante a precária iluminação que não permitia verificar a profundidade da piscina e, o Tribunal entendeu que por se tratar de relação de consumo, quando da ocorrência de concorrência de culpas, não haveria que se falar em exclusão de responsabilidade pela culpa da vítima.

Afastada a culpa exclusiva da vítima²⁵⁸, foram ambas as empresas condenadas ao pagamento de indenização, o que no posicionamento de Anderson Schreiber reflete a prévia análise da reparação ou não do dano, para posterior verificação dos requisitos e afirma que:

A toda evidência, a decisão aludida fundou-se na relativização de um tradicional fator de rompimento do nexos causal – a culpa exclusiva da vítima –, que, na espécie, sofreu drástica restrição em seu poder de interrupção, com a cristalina finalidade de assegurar ao acidentado alguma espécie de reparação, que a assistência pública, em um país como o Brasil, seria incapaz de garantir mesmo no que tange ao mínimo indispensável para o adequado tratamento médico da lesão²⁵⁹.

Afora as questões que colocam em dúvida a atuação justa das decisões acima mencionadas, o objetivo é destacar a atuação dos Tribunais para buscar a qualquer custo a reparação dos danos sofridos, interpretando extensivamente regras específicas e flexibilizando os pressupostos da responsabilidade civil.

Dentre as criações jurisprudenciais, no presente estudo é destacada a teoria da perda de uma chance, criada através de uma decisão da Corte de Cassação Francesa, em 1889.

Naquele caso, a Corte de Cassação Francesa decidiu pela condenação de funcionário ministerial que, em virtude de suas condutas, impossibilitou o êxito da demanda proposta por um cidadão. Esse é considerado como o primeiro caso de aplicação de reparação de chance perdida na jurisprudência francesa, local em que teve o seu maior expoente²⁶⁰.

Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em 17 de abril de 2001.

²⁵⁸ A culpa exclusiva da vítima afasta o nexos causal e consequentemente é excludente da responsabilidade civil, “como se dizia no Direito Romano: *quo quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*” (STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade...*, op. cit., p. 185).

²⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, op. cit., p. 68.

²⁶⁰ COUTO ESILVA, Clóvis Veríssimo do. *O conceito de dano...*, op. cit., p. 222. Especificamente, o caso foi julgado pela “Chambre de Requetes”, em 1889 e, em 1911 pela “Chambre Civile” (CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice: dans la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1983. p. 33).

Em consequência, a maioria dos ordenamentos que teve influência do Código de Napoleão aos poucos passou a aplicar a indenização em casos análogos.

O desenvolvimento da teoria seguiu a sua criação, ou seja, foram os Tribunais que não apenas originaram, como também, desenvolveram tal teoria.

No caso dos países da *common law* também são verificados posicionamentos semelhantes.

O primeiro caso, que pode ser considerado como julgamento de ‘chance’ em tal sistema, foi *Chaplin v. Hicks*, julgado em 1911, na Inglaterra, no qual a autora da demanda foi impedida, pela comissão do concurso, contrariamente ao pactuado entre as partes, a participar da fase final de um concurso de beleza.

Nesta fase, existia uma probabilidade da autora conseguir alguma premiação, porque estava dentre as cinquenta finalistas, momento em que as candidatas concorreriam a doze prêmios. Assim, a vítima teria vinte e cinco por cento de chances de ser premiada, probabilidade esta entendida como suficiente para fundamentar a reparação pela teoria da perda de uma chance²⁶¹.

No Brasil, é a jurisprudência que mais tem tratado a teoria, desenvolvendo em muitos casos decisões equivocadas e desarrazoadas, seguindo a tendência de reparar a vítima a todo custo.

Para tanto, devem ser analisadas algumas das premissas que devem estar presentes no caso concreto, para que a reparação pela perda de uma chance possa ser concedida.

²⁶¹ Esse exemplo é mencionado por Rafael Peteffi SILVA que afirma a existência de diversos julgados em relação a matéria nos ordenamentos, também, da Common Law. (SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007).

PARTE II

A PROPOSTA DA REPARAÇÃO CIVIL POR CHANCES

4. PREMISSAS PARA O ESTUDO DA REPARAÇÃO POR CHANCES

A teoria criada pelos Tribunais funda-se no resultado favorável que alguém alcançaria em razão do desencadeamento normal de eventos, cujo processo de acontecimentos foi interrompido e a vantagem esperada não veio a ocorrer. Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva:

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estaticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza²⁶².

Não obstante a aparente simplicidade do conceito, a aplicação da teoria percorre caminhos tortuosos que devem ser destacados e serão objetos de estudo no presente trabalho, seja para evitar a reparação indevida, seja para permitir que a efetiva chance perdida não deixe de ser reparada.

Predominou durante muito tempo a ideia do “tudo ou nada”²⁶³, isto é, ou existia o nexo causal entre a conduta (culposa ou prevista legalmente) e o dano como resultado final para ensejar a reparação ou nada seria reparado. Nesta perspectiva, rejeitava-se a teoria da perda de uma chance, que propõe a existência de um dano reparável dentro de uma “zona intermediária”²⁶⁴, localizada entre o dano certo inteiramente reparável e o dano eventual. A chance está, assim, dentro de uma zona gris entre o que pode ser reparável e o que deve ser rejeitado²⁶⁵.

²⁶² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 13.

²⁶³ Expressão muito utilizada na doutrina americana como “all or nothing”, citada por doutrinadores como MAKDISI, John. Proportional liability: a comprehensive rule to apportion tort damages. *North Carolina law review*, n.67, 1989. p. 2 e LORD, Polly A. Loss of chance in legal malpractice. *Washington law review*, n. 61, out. 1986. p. 1.

²⁶⁴ BENABENT, Alain. *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 403.

²⁶⁵ O dano deve ser certo e atual para ensejar a reparação, e “Em virtude da necessidade de certeza e atualidade no prejuízo sofrido pela vítima, a fim de que esse seja ressarcido, muitos doutrinadores admitem a existência de uma ‘zona gris’, na qual se localiza a teoria da perda de uma chance, pois não se trata de um dano certo e atual, mas sim, de probabilidades”. (GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance*. Vol. 840. São Paulo: RT, 2005. pp. 17-18).

Não significa dizer que se trata de reparar um dano eventual ou apenas uma teoria para fomentar a reparação indiscriminada. Pelo contrário, a teoria da perda de uma chance é encarada com seriedade e vem sendo aplicada cada vez mais nos países ocidentais influenciados pela jurisprudência francesa.

Em França, berço de sua criação, a importância da teoria é tamanha que o Professor Pierre Catala ao elaborar um projeto de reforma do direito das obrigações, no ano de 2005²⁶⁶, cuja exposição de motivos referente a responsabilidade civil foi elaborada pela doutrinadora Geneviève Viney²⁶⁷, propôs a inclusão expressa da reparação por perda de chances no artigo 1.346 do Código Civil daquele país, considerando-na como dano reparável distinto da vantagem que se esperava se a chance tivesse se realizado²⁶⁸.

A reparação da chance perdida não é admitida de maneira unânime nos ordenamentos jurídicos, mesmo aqueles semelhantes e influenciados no âmbito da responsabilidade civil pela legislação francesa²⁶⁹, local de sua criação e maior aplicação.

No ordenamento jurídico brasileiro, nem sempre essa teoria foi aceita²⁷⁰, mas timidamente, vem ocupando relevante papel nas decisões judiciais que versam sobre o tema da responsabilidade civil²⁷¹, tendência que:

²⁶⁶ VINEY, Geneviève. Exposition de Môtifs: articles 1340-1386 de la responsabilité civile. [s.l.]: [s.n.], 2005. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf. Acessado em: 18.03. 2009.

²⁶⁷ VINEY, Geneviève. *Exposition..., op. cit.*, pp. 141-151.

²⁶⁸ Texto original do artigo 1346 na Proposta de reforma do Código Civil apresentada pelo Profesor Catala: “La perte d’une chance constitue un préjudice réparable distinct de l’avantage qu’aurait procuré cette chance si elle s’était réalisée” (VINEY, Geneviève. *Exposition..., op. cit.*, p. 141-151). Tradução livre: A perda de uma chance constitui um dano reparável distinto da vantagem esperada se a vantagem tivesse se realizado.

²⁶⁹ Menciona Thomas Kadner GRAZIANO: “In at least 12 European legal orders, the concept of loss of a chance is still either unknown or has been rejected. Germany, Austria, Switzerland and Greece all belong to this category. Other countries that have not (or not yet) adopted the loss of chance approach are Hungary, the Czech Republic, Slovenia, Estonia, Denmark, Sweden, Norway and Finland”. (GRAZIANO, Kadner. *Loss of a Chance in European Private Law. ‘all or nothing’ or partial liability in cases of uncertain causation. In: European review of private law. Vol. 16, n. 6. Londres: Kluwer Law International BV, 2008. p. 1022*). Tradução livre: Em pelo menos doze ordenamentos jurídicos europeus, o conceito de perda da chance é desconhecido ou tem sido rejeitado. Alemanha, Áustria, Suíça e Grécia pertencem a esta categoria. Outros países que não adotam (ou ainda não adotam) a perda da chance são Hungria, República Tcheca, Eslovênia, Estônia, Dinamarca, Suécia, Noruega e Finlândia.

²⁷⁰ Em 1992, Vera Maria Jacob de FRADERA afirmou que o direito brasileiro não considerava indenizável a perda de uma chance. (FRADERA, Vera Maria Jacob de. *A responsabilidade civil dos médicos. In: AJURIS: revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Vol. 55. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1992. p. 131.*)

²⁷¹ Afirma Sérgio SAVI: “(...) ainda que analisada de forma superficial pela maior parte da doutrina brasileira, percebe-se claramente que tanto os autores clássicos, quanto os contemporâneos, acabam

[...] aparece como o caminho que o direito nacional segue e continuará a seguir, eis que, no ordenamento brasileiro não se encontra qualquer dispositivo que possa tornar-se um óbice para a aplicação da teoria da perda de uma chance. Também se acredita que as propostas sobre a quantificação do dano, bem como as diferenciações em relação a modalidades de responsabilidade pela criação de riscos, estão em total conformidade com o nosso direito positivo e poderão enriquecer o modelo jurídico nacional da teoria da perda de uma chance²⁷².

Para a sua aplicação no país, merece destaque a palestra proferida por François Chabas em 1990, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Estado considerado como precursor da sua aplicação²⁷³.

A teoria ganhou efetiva notoriedade dentre os juristas brasileiros com o caso conhecido como “Show do Milhão”, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 788.459/BA, no qual se discutia o equivocado questionamento elaborado em programa de perguntas e respostas (Show do Milhão)²⁷⁴.

Apesar da sua aplicação jurisprudencial no país, a doutrina permaneceu dissociada da evolução jurisprudencial neste tema e pouco se preocupou com a matéria,

por aceitar a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance em nosso ordenamento”. (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 36)

²⁷² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 215-216.

²⁷³ Considera-se como tal a decisão proferida nos autos da Apelação Cível n.º 589069996, de relatoria do antigo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cuja ementa se transcreve: “Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado é de indenização por perda de uma chance” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 589069996. Quinta Câmara Cível. Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 12 de junho de 1990. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 14.02.2002).

Rafael Peteffi da SILVA entende que o acórdão acima mencionado, mesmo considerado como precursor da teoria da perda de uma chance, não seria caso de aplicação da teoria, pois era caso de dano final entre a conduta culposa e o dano sofrido pelo paciente. Assim, estaria equivocada a aplicação da teoria. (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 192)

²⁷⁴ Apenas a título de complementação, apesar de ser objeto de estudo nas próximas seções, tem-se que o referido acórdão possui a seguinte ementa: “Recurso Especial. 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 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.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br Acessado em: 1.03.2009).

existindo poucas linhas nos manuais de responsabilidade civil sobre o assunto²⁷⁵.

No início, a sua aplicação estava mais restrita a casos de responsabilidade civil dos profissionais liberais, em especial médicos e advogados, mas no decorrer da última década ampliou sua aplicação para outras situações que versam sobre responsabilidade civil, incluindo direito do trabalho²⁷⁶ e direito administrativo²⁷⁷, exemplificativamente.

Nesta presente seção serão tratadas algumas premissas para melhor compreensão do tema, a partir do cenário que criou e permitiu a adoção da teoria, além das características intrínsecas da chance.

4.1 AS ALTERAÇÕES DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O CENÁRIO QUE PERMITIU A CRIAÇÃO DA TEORIA

As mudanças ocorridas no âmbito da responsabilidade civil, mencionadas no Capítulo precedente, criaram um novo cenário no ordenamento

²⁷⁵ Nos últimos anos é possível destacar livros específicos sobre o tema, aqui citados em ordem cronológica de suas edições, o livro de autoria de Sérgio Novais DIAS (*Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999), que se referia especificamente a questões advocatícias, posteriormente, em 2006, o livro de Sérgio SAVI (*Responsabilidade..., op. cit.*) e no ano seguinte, foi publicado o livro de Rafael Peteffi da SILVA (*Responsabilidade..., op. cit.*). Em 2009, foi publicado um livro com vistas à responsabilidade médica, por Grácia Cristina Moreira do ROSÁRIO (*A perda de uma chance na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

²⁷⁶ Ver os seguintes julgados: 1. MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Recurso Ordinário n.º 01405-2008-077-02-00-0. Oitava Turma. Relatora: Des. Cleube de Freitas Pereira. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico: 25 de maio de 2009. Disponível em: www.trt3.jus.br. Acessado em: 8.07. 2009.

2. MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Recurso Ordinário n.º 00709-2008-033-03-00-5. Décima Turma. Relatora Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima. Julgamento: 08 de julho de 2009. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 15 de julho de 2009. Disponível em: www.trt3.jus.br Acesso em: 7 out. 2009.

3. MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Recurso Ordinário n.º 00409-2008-134-03-00-0. Sexta Turma. Relator Desembargador Ricardo Antonio Mohallem. Redator Designado Convocado Fernando Antonio Viegas Peixoto. Julgamento: 29 de setembro de 2008. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 11 de outubro de 2008. Disponível em: www.trt3.jus.br, acesso em: 12 nov. 2009.

4. MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Recurso Ordinário n.º 00204-2008-111-03-00-01. Quinta Turma. Relator Convocado Rogério Valle Ferreira. Julgamento: 26 de agosto de 2008. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 06 de setembro de 2008. Disponível em: www.trt3.jus.br, acesso em: 3 mar. 2009.

5. MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Recurso Ordinário n.º 01518-2003-029-03-00-7. Terceira Turma. Relator Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira. Julgamento: 26 de novembro de 2003. Diário da Justiça de Minas Gerais, 06 de dezembro de 2003. Disponível em: www.trt3.jus.br, acesso em: 12 mar. 2009.

6. MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Terceira Região. Recurso Ordinário n.º 01196-2007-001-23-00. Relator Desembargador Luiz Alcântara. Julgamento: 04 de junho de 2008. Diário da Justiça do Mato Grosso, 30 de junho de 2008. Disponível em: www.trt23.jus.br, acesso em: 5 mar. 2009.

²⁷⁷ Sobre o assunto, destaca-se a obra de SALLET, Frédérique. *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative a la responsabilite de la puissance publique*. Paris: LGDJ, 1994.

jurídico que permitiu a maior reparação de lesões sofridas em face dos interesses juridicamente protegidos, incluindo a possibilidade de criação da teoria da perda de uma chance.

A admissão de uma responsabilidade objetiva não é considerada como causa para a criação de tal teoria²⁷⁸, que pode ser aplicada em ambos os casos, tanto com fundamento no elemento subjetivo da culpa, quanto na previsão de um risco²⁷⁹. Contudo, é a consequência da criação da responsabilidade objetiva, que alterou o paradigma ‘de quem é o responsável’ para ‘quem sofreu uma lesão’, que se torna relevante para o estudo da reparação por chances, em conjunto, aos fenômenos da objetivação, coletivização e ampliação dos danos indenizáveis²⁸⁰.

²⁷⁸ Com interpretação diversa, cita-se o trecho do voto proferido no julgamento dos Embargos Infringentes n.º 00446/2002 no qual afirmou que: “Nesse processo evolutivo – da responsabilidade com culpa para a responsabilidade sem culpa – surge na França, na década de 60, do século passado, a teoria da ‘perda de uma chance’ (*perte d’une chance*), de larga aceitação pelas doutrina e jurisprudência francesas, ainda nos dias atuais”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes n.º 00446/2002. Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Werson Rego. Julgamento: 03 de junho de 2003. Disponível em: www.tjrj.jus.br, acesso em: 12 out. 2009.).

²⁷⁹ Diversamente, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, contrariando a efetiva doutrina sobre a teoria, afastou a sua aplicabilidade em casos de responsabilidade objetiva, sem adentrar nas questões se caberia ou não a reparação pela chance no caso em comento, fundamento esse que não encontra respaldo na doutrina brasileira ou estrangeira sobre o tema. Da ementa destaca-se: “Ação de indenização por dano moral e patrimonial. Aplicação ao caso em tela do código de defesa do consumidor. Responsabilidade objetiva da prestadora de serviços pré-hospitalar emergenciais. Inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance não obstante ser uma mitigação da responsabilidade subjetiva a referida teoria francesa se aproxima mais do aspecto da culpa. Dever de reparação da sociedade civil em razão do sofrimento dos autores diante da má prestação do serviço. (...). 1. A teoria da *La Perte d’une Chance de survie eu [sic] de guérison* não obstante ser uma mitigação da teoria subjetiva da responsabilidade civil, se aproxima mais desta, não podendo ser aplicada num caso onde incide a responsabilização objetiva da prestadora de serviços. (...)”. (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 162.369-2. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Waldemir Luiz da Rocha. Julgamento: 21 de dezembro de 2004. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 16 jul. 2009.).

²⁸⁰ Neste sentido, além do que já foi tratado no Capítulo anterior, tem-se a lição de René SAVATIER: “(...) Une civilisation avancée, et qui craint la decadence, tend instinctivement à assurer autant que possible son *équilibre*; et la réparation des prejudices causes est une manière de le rétablir. C’est également une manière d’assurer, pour chaque member de la Société, la *sécurité* vers laquelle il aspire d’autant plus que la vie moderne (...). Enfin, c’est à une idée de *pitié*, bien conforme au développement du droit moderne, que correspond encore la réparation, de plus en plus complete accordée à une victime généralement innocente”. (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: L.G.D.J., 1939. t.1. p. 1). Tradução livre: Uma civilização avançada, e que teme a decadência, tende instintivamente a assegurar tanto quanto possível seu equilíbrio; e a reparação dos danos é uma maneira de restabelecer. É igualmente uma maneira de assegurar, a cada membro da sociedade, a segurança que se aspira mais que a vida moderna. Enfim, é uma ideia de compaixão, de acordo com o desenvolvimento do direito moderno, que corresponde

O fenômeno da objetivação está relacionado com o afastamento do pressuposto da conduta culposa em casos predeterminados ou diante da previsão do Código Civil vigente, dentro da interpretação da cláusula geral prevista pelo artigo 927 do mencionado diploma legal.

A objetivação derivou da mudança social do século XIX decorrente da Revolução Industrial, da qual adveio um risco antes não conhecido que além de tornar extremamente difícil a constatação da culpa, com a identificação de quem teria causado o evento danoso, cujos atos (condutas) eram “com frequência ‘anônimos’ e não decorriam de específicos atos individuais”²⁸¹, multiplicou os danos a serem ressarcidos²⁸².

Esse fenômeno se contrapõe em face da noção das codificações acerca de uma sociedade individualista, pressuposto do Código Napoleônico²⁸³, que tanto influenciou a primeira codificação civil brasileira²⁸⁴ e teve seu maior ápice durante o século XX, quando a sociedade passou a ser mais dependente das máquinas, ficando o homem à mercê de suas possíveis falhas²⁸⁵.

Com a objetivação, a ideia da culpa é afastada e passa a ser analisado com maior primor o prejuízo sofrido pela vítima. Por conseguinte, aumentam o número de indenizações e o patrimônio individual do ofendido

também à reparação, cada vez mais de acordo à uma vítima normalmente inocente.

²⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade...*, op. cit., p. 878.

²⁸² JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, op. cit., p. 10.

²⁸³ “Da fumaça e dos gritos da Revolução Francesa, do sangue jorrando da lâmina da guilhotina, dos versos combativos da Marselhesa, que até hoje nos levantam, nasce um novo tempo, a História Moderna, que tem no Código Napoleão o seu modelo jurídico, alicerçada no permanente ideal de igualdade entre os seres humanos e na sua sagrada liberdade”. (...) “Napoleão Bonaparte continua vivo, nas páginas de ‘seu Código Civil’, por ele imortalizado, muito mais que as batalhas que venceu, porque nada, em tempo algum, derrotará o ideal de liberdade que nele nos deixou”. (SOUZA, Sílvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. In: *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2004, pp. 50-51).

²⁸⁴ “A nossa primeira codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. (...)”

Tal ordem de coisas, própria do Estado liberal, altera-se profundamente no Estado intervencionista do século XX, no qual a atenção do legislador se desloca para a função social que os institutos privados devem cumprir, procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais (...). “(TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed., rev. e atual. Rio e Janeiro: Renovar, 2008. pp. 231-232).

²⁸⁵ A ideia pode ser verificada através da doutrina de Patrice JOURDAIN: “Le phénomène s’est encore amplifié au XXe siècle avec le progrès technique: aujourd’hui, la machine est partout et l’homme est de plus en plus fréquemment victime de ses défaillances”. (JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, op. cit., p. 10). Tradução livre: Com o progressor tecnológico, o fenômeno é maior no século XX: hoje, a máquina está por toda parte e o homem cada vez mais se torna freqüente vítima de suas falhas.

passa a não ser suficiente para a reparação.

Surge a necessidade de diluir entre a coletividade o ônus da indenização²⁸⁶ e, em consequência, advém a ideia do seguro de responsabilidade civil²⁸⁷.

É o declínio da responsabilidade individual²⁸⁸, conhecido como fenômeno da coletivização, quando para garantir o pagamento das demandas indenizatórias, opta-se, de forma secundária, a realizar a diluição do seu valor por toda uma comunidade; assim, todos os integrantes de um grupo passam a ser responsáveis pela reparação de um dos seus membros²⁸⁹.

A tendência da securitização apresenta, ou ao menos leva a presumir que apresentará, “a solução para a amplitude de indenização que se almeja em prol da paz social”²⁹⁰.

Esses dois fenômenos, objetivação e coletivização, abrangem o anseio social de reparação integral da vítima²⁹¹, evitando a insolvabilidade daqueles considerados como responsáveis pelo pagamento da indenização²⁹².

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a responsabilidade civil subjetiva imperou até o advento da Constituição Federal de 1988, que ampliou os casos de responsabilidade objetiva²⁹³, bem como dispôs sobre os fenômenos

²⁸⁶ “Cette ‘objectivation’ de la responsabilité n’eût cependant pas suffi à atteindre le but d’indemnisation qu’elle se fixait, car les patrimoines individuels se montrent bien trop étroits pour garantir effectivement la réparation de tous les dommages dont chacun peut être déclaré responsable indépendamment de sa faute. Il devenait nécessaire d’assurer une ‘collectivisation’ de la responsabilité afin de diluer la charge de l’indemnisation et de la rendre plus supportable”. (JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, *op. cit.*, p. 13). Tradução livre: A objetivação da responsabilidade não atende suficientemente as indenizações que ela fixa, porque os patrimônios individuais, daqueles que podem ser declarados responsáveis independentemente da sua culpa, se mostram muito aquém da possibilidade de garantir efetivamente a reparação de todos os danos. Por isso, necessário assegurar uma coletivização da responsabilidade, para diluir a carga de indenização e torná-la mais suportável.

²⁸⁷ “(...) O seguro de responsabilidade passa a garantir melhor a reparação do dano sofrido pelo lesado, ao mesmo tempo que alivia o ônus incidente sobre o responsável: este fica transferido para a coletividade das pessoas que exercem uma mesma atividade, geradora do mesmo risco, e que são quem paga os prêmios relativos ao seguro respectivo”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 543).

²⁸⁸ Sobre o tema VINEY, Geneviève. Le déclin de la responsabilité individuelle. In: CARVAL, Suzanne (Org.). *La construction de la responsabilité civile: controverses doctrinales*. Paris: 2001. pp. 332-337.

²⁸⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 544.

²⁹⁰ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito civil...*, *op. cit.*, p. 22.

²⁹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 542.

²⁹² LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L’évolution de la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 19.

²⁹³ “A responsabilidade civil derivada, não do ato ilícito, mas de fonte legislativa (*ex lege*) ampliou-se sobremaneira na atualidade, expressão de tendência que se solidifica, no caso brasileiro, com a Constituição de 5 de outubro de 1988, que projeta o dever de reparação para além dos conflitos da conduta culposa dos indivíduos”. (TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil

da objetivização e coletivização na responsabilidade civil²⁹⁴.

E foi com a Carta Magna, através dos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, preceituados no artigo 3º, incisos I e III, que foram retirados “da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia”²⁹⁵, sendo traçadas legalmente as primeiras linhas do “caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social”²⁹⁶.

A previsão da solidariedade social ampliou a responsabilidade civil e alterou o foco “do indivíduo considerado em si mesmo para o indivíduo considerado em suas relações”²⁹⁷, influenciando também a reparação por chances²⁹⁸.

Ademais, seguindo os modelos das constituições do pós-guerra, a Constituição Federal de 1988 enfatizou o princípio da dignidade humana e o inseriu como fundamento da República e assim, todos os ramos do direito, inclusive a responsabilidade civil, devem atender a esse princípio²⁹⁹, ou seja, toda e qualquer ofensa à dignidade da pessoa humana passa a ser considerada como dano³⁰⁰ e “Um universo de interesses merecedores de tutela veio dar

no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed., rev. e atual. Rio e Janeiro: Renovar, 2008. p. 203).

²⁹⁴ Para Gustavo TEPEDINO, a Constituição Federal de 1988 dispôs acerca da responsabilidade objetiva e do seguro social através do artigos 7, incisos XXVIII e 21, XXIII, ‘c’, além do artigo 37, § 6. Ainda, no entendimento do autor, a cumulação dos danos morais e materiais é decorrente da preocupação do constituinte em dispor acerca da responsabilidade objetiva e seguro social. (TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil...*, op. cit., pp. 204-205). Antes da Constituição, a primeira lei que abriu uma exceção acerca da culpabilidade foi o Decreto n.º 2.681/1912, que tratava das estradas de ferro e previa a presunção da culpa, seguida da lei acidentária no Brasil, através do Decreto legislativo n.º 3.724/1919. Posteriormente, foi editada a lei das atividades de mineração (Decreto Lei n.º 227/1967), depois, as atividades nucleares, prevista na Lei n.º 6.453/1977 e a lei do transporte aéreo (Lei n. 7.565/1986), que anteriores à Constituição Federal de 1988, demonstram a tendência que “nos últimos cinquenta anos, tem transformado a dogmática da responsabilidade civil em todo o mundo, fomentando, na Europa, inúmeras leis disciplinadoras da responsabilidade civil e, nos Estados Unidos, a abertura do caminho para a universalização do seguro social, entrevendo-se uma espécie de securitização das atividades produtivas”. (TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil...*, op. cit., p. 213)

²⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil...*, op. cit., p.204.

²⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil...*, op. cit., p. 204.

²⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade...*, op. cit., p. 878.

²⁹⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 228.

²⁹⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano eficiente. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 133.

³⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...*, op. cit., p. 286.

margem, diante da sua violação, a danos que antes sequer eram considerados juridicamente como tais, tendo, de forma direta ou indireta, negada a sua ressarcibilidade³⁰¹.

O Código Civil brasileiro de 2002 ampliou os casos da responsabilidade objetiva, além de prever uma cláusula geral acerca do risco, no artigo 927, parágrafo único, conforme mencionado no Capítulo precedente.

Também, acrescenta-se à mudança de paradigma da culpa para o dano, a inserção do ser humano em primeiro plano do direito e, como consequência, o entendimento de que todas as lesões por ele sofridas passam a ser consideradas como danos sujeitos à reparação³⁰².

Ocorreu, assim, uma ampliação dos danos reparáveis, possibilitada por existir no ordenamento jurídico brasileiro, tal como na legislação francesa, uma cláusula geral de reparar³⁰³ no artigo 186 do Código Civil pátrio³⁰⁴.

E, conforme tratado anteriormente, o sistema que possui uma cláusula geral de danos torna-se mais flexível e com a possibilidade de apresentar uma resposta imediata ao aparecimento de novos interesses que devam ser protegidos³⁰⁵, respondendo aos anseios da vida em sociedade, caracterizada como uma fonte ilimitada de prejuízos, especialmente nos tempos atuais³⁰⁶.

A ampliação dos danos reparáveis tem grande influência na admissão da teoria da perda de uma chance³⁰⁷.

³⁰¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, pp. 85-86.

³⁰² “(...) Ora, se o novo padrão solidarista do direito modificou o eixo da disciplina da culpa para a reparação do dano, é evidente que vários danos que até então não eram indenizados por serem incertos, intangíveis ou com efeitos puramente emocionais passam a ser reparados. Assim, prejuízos representados por quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis (...)” (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 72).

³⁰³ No direito francês o Código Civil prevê uma cláusula geral de danos no artigo 1382, cujo original prevê que: “Article 1382 - Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.” Tradução livre: “Qualquer fato da pessoa que causar dano a outrem, obriga este, pela culpa em razão do qual ele ocorreu, a reparar”.

³⁰⁴ BRASIL, Lei n.º 10.406..., *op. cit.* Artigo 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”.

³⁰⁵ LORENZO, Miguel Federico. *El daño injusto...*, *op. cit.*, p. 46-47.

³⁰⁶ “A sociedade contemporânea assiste a uma dupla expansão, que compreende não apenas os meios lesivos, mas também os interesses lesados”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *op. cit.*, p. 3)

³⁰⁷ É o que afirma Rafael Peteffi da SILVA: “(...) grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos”. (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 74)

Foi através desse aumento de prejuízos a serem considerados como danos e, também, uma interpretação menos rigorosa da comprovação do pressuposto do nexo causal³⁰⁸, com vistas a prover à vítima a reparação integral, que possibilitou a reparação da chance entendida como “um tipo especial de prejuízo”³⁰⁹.

No tocante a interpretação menos rigorosa do nexo causal, além de entendê-lo como de grande importância para o tema, parte da doutrina leciona que foi a necessária interpretação mais flexível da causalidade, contrária ao rigor de sua comprovação, que criou a teoria da perda de uma chance³¹⁰.

Por esse entendimento, a alteração da rigorosa análise do nexo causal não apenas teria propiciado um campo para sua elaboração, mas diretamente causado a sua criação.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que tal teoria surgiu em decorrência da dificuldade em verificar o nexo causal entre a conduta e o resultado final, mas estaria o juiz seguro de que “a falta facilitou a superveniência do resultado”³¹¹ ou impossibilitou que determinado procedimento seguisse o seu curso natural que, possivelmente, alcançaria um resultado satisfatório.

Assim, existiria uma vítima que necessita ser ressarcida, mas o seu dano não guarda relação causal com a conduta culposa ou risco. Para solucionar tal problema, teria surgido uma nova interpretação da causalidade com a criação da teoria da reparação da perda de uma chance³¹².

Compartilha do mesmo posicionamento Claudia Lima Marques, que afirma que tal teoria é utilizada para facilitar a comprovação do nexo causal³¹³, e Bruno Miragem, para quem a perda de uma chance surgiu como facilitador da prova desse pressuposto³¹⁴.

³⁰⁸ SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 52. São Paulo: RT, 2004. p. 308.

³⁰⁹ FRADERA, Vera Maria Jacob. *A responsabilidade...*, op. cit., p. 130.

³¹⁰ É o que leciona Luiz Gonzáles MORÁN: “La dificultad de establecer en muchos supuestos de reclamación de responsabilidad médica la relación de causalidad entre la actividad del médico y el daño padecido ha llevado a la jurisprudencia y doctrina francesa a la adopción de una fórmula de compromiso para poder acceder a la indemnización (aunque sólo sea parcial) del daño sufrido por el enfermo, aunque no se haya probado la existencia del vínculo de causalidad: la teoría de la pérdida de posibilidades de curación o de superveniencia”. (MORÁN, Luiz Gonzáles. *La responsabilidad civil del médico*. Barcelona: Jose Maria Bosch S.A., 1990, p. 128)

³¹¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, v. 718. 1995, p. 51.

³¹² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 51.

³¹³ MARQUES, Claudia Lima. *A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor*. Vol. 827. São Paulo: RT, 2004. p. 33.

³¹⁴ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. In: *Revista de direito do consumidor*. n. 63, São Paulo: RT, 2007. p. 86.

Em artigo que foi um dos pioneiros sobre a matéria no país, Vera Maria Jacob de Fradera doutrina que a aplicação da perda de uma chance está relacionada aos casos que apresentam dúvidas sobre o nexo de causalidade entre o dano e a conduta culposa³¹⁵.

Na doutrina estrangeira é possível exemplificar os seguintes doutrinadores que também entendem que a teoria da perda de uma chance foi criada pela interpretação extensiva do nexo causal, Tommaso Gualano³¹⁶, Luiz Gonzáles Morán³¹⁷, Alain Bénabent³¹⁸, Jean Penneau³¹⁹ e Thomas Kadner Graziano³²⁰.

Portanto, para tais doutrinadores, a criação da teoria está relacionada ao nexo causal³²¹, enquanto a sua aplicação direciona-se ao dano, muito mais do que à causalidade.

Para François Chabas existem duas teorias quando se analisa a reparação por chances, uma verdadeira e uma falsa, sendo a primeira fundada no estudo da nova forma de dano, e a segunda, baseada na verificação de um diferente nexo causal³²².

Se para a sua criação, o nexo causal foi elemento de grande relevância perante a aplicação, esse pressuposto ocupará uma posição secundária, desde que entendida a chance como um dano específico.

Isto porque a partir da premissa de que a chance, por si só, é um dano a ser reparado, o nexo causal será analisado entre a conduta e esse prejuízo ocorrido, com a adoção das teorias da causalidade existentes, sem que se faça necessária uma nova interpretação desse pressuposto. Nesse sentido afirma Rafael Peteffi da Silva:

³¹⁵ FRADERA, Vera Maria Jacob, *A responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 130.

³¹⁶ Entende Tommaso GUALANO “(...) la chance viene utilizzata per facilitare la prova del nesso causale tra condotta [inadempiente o illecita] e danno [perdita del bene giurido finale], alleggerendo l'onere probatorio del danneggiato nei casi in cui questo risulti di difficile raggiungimento”. (GUALANO, Tommaso. *Perdita di chance*. In: VETOORI, Giuseppe (Org.). *Il danno risarcibile*. Vol.1. Milão: CEDAM, 2004. p. 124). Tradução livre: a chance tem sido utilizada para facilitar o nexo causal da conduta (inadimplemente ou ilícita) e do dano (perda do bem jurídico final), abrandando o ônus probatório do ofendido no caso de resultado de difícil comprovação.

³¹⁷ MORÁN, Luiz Gonzáles. *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 128.

³¹⁸ BENABENT, Alain. *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 337.

³¹⁹ PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*. 3.ed. Paris: Dalloz, 2004, p. 36.

³²⁰ GRAZIANO, Kadner. *Loss of a chance...*, *op. cit.*, p. 1017.

³²¹ HUREAU, Jacques; POITOUT, Dominique G. *L'Expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*. 2.ed. Paris: Masson, 2005. p. 12.

³²² CHABAS, François. La perte d'une chance em droit français. In: GUILLOD, Olivier (Ed.). *Développements récents du droit de la responsabilité civile*. Zurique: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991. p. 133.

Por intermédio dos argumentos expostos, grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita denexo de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior cobertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos. [...]. A simples interrupção do processo aleatório no qual se encontrava a vítima é suficiente para caracterizar um dano reparável: a perda de uma chance. As chances perdidas seriam passíveis de aferição pecuniária, exatamente como ocorreria com o roubo de um bilhete de loteria antes do resultado do sorteio³²³.

Há exceção em admitir o nexo causal como secundário na aplicação da teoria, que diz respeito às situações de responsabilidade médica. A doutrina defende que, nesses casos, a chance perdida será analisada pelas lentes do nexocausal³²⁴, em virtude da maior dificuldade em comprovar tal pressuposto³²⁵.

Adotada a teoria de François Chabas³²⁶, a responsabilidade médica é uma aplicação falsa da teoria, porque analisa a chance pela causalidade.

Nesse estudo, a premissa maior é restabelecer o equilíbrio jurídico econômico rompido e, assim, antes de analisar o pressuposto da causalidade, mesmo quando se discute responsabilidade médica, não há como ultrapassar a necessária verificação do que deverá ser reparado que é a chance e, portanto, o dano reparável.

4.2 A CHANCE PERDIDA E O REQUISITO DA CERTEZA: UM DANO ESPECÍFICO OU UMA PARCELA DO PREJUÍZO?

O dano para ser reparável deve ser certo³²⁷, não se pode tratar de prejuízo meramente hipotético. A certeza está no ofendido suportar ou prestes a suportar um prejuízo ao seu interesse jurídico³²⁸.

Como analisar o requisito da certeza quando se trata de uma vantagem que se esperava alcançar e não alcançou; um prejuízo que se pretendia obstar, mas se concretizou?

³²³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 74-75.

³²⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Graus de culpa e a redução equitativa da indenização*. Vol. 839. São Paulo: RT, 2005. p. 65.

³²⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Graus de culpa...*, *op. cit.*, p. 63.

³²⁶ CHABAS, François. *La perte d'une chance...*, *op. cit.*, p. 133.

³²⁷ “Dano certo é aquele cuja existência acha-se completamente determinada, de tal modo que dúvidas não parem quanto à sua efetividade” (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 25.)

³²⁸ CHARTIER, Yves. *La réparation...*, *op. cit.*, pp. 23-26.

Essas são situações em que os resultados finais, que deveriam ser obtidos ou obstados, dependem de diversos fatores para ocorrer e, ante a conduta que interrompeu o desencadeamento de eventos, sequer é possível “saber se viria a concretizar-se”³²⁹. Por isso, aquilo que era esperado alcançar ou evitar são danos eventuais e não serão reparados³³⁰.

Exemplificativamente o cavalo que não inicia a corrida hípica³³¹ porque o seu transportador atrasa o transporte e assim, não chega a tempo. O prêmio perdido é incerto e por isso não será reparável, mas antes do início da corrida já era possível prever quantas chances tinha o animal de provavelmente alcançar uma boa colocação.

Mesmo que o prêmio final seja incerto, porque ante a não entrega em tempo do animal não será possível saber qual seria o resultado final, existe a chance, avaliada pela probabilidade do cavalo ganhar a corrida ou conseguir boa classificação.

É essa chance que fundamenta a teoria desse estudo e para ser reparável, ela deve apresentar as características e requisitos de um dano³³², ou seja, resultar da lesão a um interesse jurídico, com existência certa³³³ e devidamente comprovada³³⁴.

A chance é analisada não através do resultado final que se realizaria, o qual é incerto, mas das probabilidades que o ofendido possuía em obter a vantagem. Deste modo, quando se perde uma chance concreta, existe uma certeza que embasa a sua reparação³³⁵ de que seria provável alcançar o resultado final.

A chance reparável é prévia à conduta que impossibilita obter a vantagem esperada³³⁶, portanto é certo que antes da ocorrência da conduta que interrompeu o desencadeamento de eventos poderia ser obtida uma vantagem,

³²⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 679.

³³⁰ Como bem ressalta Yves CHARTIER: “(...) pour savoir si un préjudice est immédiatement indemnisable, la distinction n'est pas à faire entre préjudice actuel et futur, mais entre préjudice certain et éventuel”. Tradução livre: para saber se o prejuízo é indenizável, a distinção não deve ser feita entre prejuízo atual e futuro, mas entre prejuízo certo e eventual. (CHARTIER, Yves. *La réparation...*, op. cit., p. 22)

³³¹ Apesar de concordar com o entendimento de Rafael Peteffi da SILVA de se tratar de um exemplo banal esse do proprietário de um cavalo que se vê impossibilitado de disputar um prêmio, porque o transportador não entregou o animal antes do início da corrida (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 153), essa situação hipotética bem demonstra o que aqui se pretende discorrer que são os casos em que interrompido total o procedimento, o resultado final será totalmente incerto, mas é possível apreciar a existência da chance.

³³² ANRYS, Henri. *La responsabilité civile...*, op. cit., p. 195.

³³³ BENUCCI, Eduardo Bonasi. *La responsabilidad civil*. Traducción Juan V. Fuentes Lojo e José Peré Raluy. Barcelo: José M^a Bosch, 1958. p. 44.

³³⁴ CHARTIER, Yves. *La réparation...*, op. cit., p. 21.

³³⁵ CHARTIER, Yves. *La réparation...*, op. cit., p. 31.

³³⁶ PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 46.

porque “havia a possibilidade de se fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo”³³⁷.

Existe aleatoriedade no resultado final, mas certeza na chance perdida³³⁸, com fundamento na probabilidade existente no momento da conduta que interrompeu o curso normal de acontecimentos³³⁹.

Assim, a chance é certa e “incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado”³⁴⁰, conforme a lição de Fernando Noronha:

[...] o dano da perda de chance é ainda um dano certo, que pode dizer respeito à frustração de uma vantagem que poderia acontecer no futuro (dano futuro) ou à frustração da possibilidade de ter evitado um prejuízo efetivamente verificado (dano presente); esse dano da perda de chance contrapõe-se a um dano final que, este sim, nas situações aqui consideradas, é dano meramente hipotético, eventual, incerto³⁴¹.

A partir desse entendimento, a chance é um dano em si mesma³⁴² com caráter de certeza³⁴³. Por isso, os demais pressupostos da responsabilidade civil serão analisados perante a chance perdida como um dano e não perante o resultado final³⁴⁴, por isso não é necessária uma nova interpretação da causalidade³⁴⁵.

³³⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 670.

³³⁸ Neste sentido é o posicionamento de Vaneska Donato de ARAÚJO, que “o dano decorrente da perda de uma chance é dano certo” (ARAÚJO, Vaneska Donato. *A perda de uma chance*. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. pp. 439-469), (Idem, *Ibidem*, p. 442).

³³⁹ “A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza” (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 13).

³⁴⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 672.

³⁴¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 672.

³⁴² Afirma Yves CHARTIER que: “(...) la perte d’une chance constitue par elle-même un préjudice”. Tradução livre: a perda de uma chance constitui ela mesma um prejuízo. (Yves CHARTIER, *La réparation...*, *op. cit.*, p. 30)

No mesmo sentido, Gerard MÉMETEAU: “(...) la perte d’une chance est un dommage réparable”. MÉMETEAU, Gerard. *Le droit*, 1985. p. 520). Tradução livre: a perda de uma chance é um dano reparável.

³⁴³ BENUCCI, Eduardo Bonasi. *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 46.

³⁴⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 670.

³⁴⁵ É o que afirma François CHABAS: “On remarque, dans ces affaires, les traits communs qui

É que deverão estar presentes: o dano, representado pela chance, a conduta que o causou (no caso de se tratar de responsabilidade subjetiva) e o nexo causal entre essa e o prejuízo (entendido como a perda sofrida). Portanto, da mesma forma, como ocorre nos demais casos da responsabilidade civil quando são necessários: a conduta ou o risco, o dano, configurado na chance, e o nexo causal entre ambos.

Os doutrinadores que inicialmente defenderam a sua aplicação entendem se tratar de um dano específico e autônomo³⁴⁶, no qual a perda é o que será reparável³⁴⁷, independente do resultado final.

A apreciação da chance como um dano específico é mais fácil quando existe a interrupção do desencadeamento de eventos e o resultado final nunca virá a acontecer.

Entender a chance como dano específico perante o resultado final, não significa atribuir total independência entre ambos, mas destacar que será reparada a chance e não a vantagem que se pretendia obter.

É que a análise da chance depende da própria ocorrência desse resultado final³⁴⁸, nos dizeres de Rafael Peteffi da Silva “[...] A necessidade da vítima de esperar até o final do processo aleatório – mesmo que a perda das chances já tenha sido constatada em momento anterior – para saber se poderá intentar ação de reparação macula a autonomia das chances perdidas”³⁴⁹.

sont les caractéristiques du problème: 1. une faute de l’agent. 2. Un enjeu total (gain du procès, obtention du poste d’hôtesse) perdu et qui *pourrait* être le préjudice. 3. Une absence de preuve du lien de causalité entre la perte de cet enjeu et la faute, parce que, par définition, cet enjeu est aléatoire”. (CHABAS, François. *La perte d’une chance...*, *op. cit.*, p. 131). Tradução livre: Constatase, através dos estudos, que os pressupostos comuns característicos do problema são: 1. culpa do agente. 2. vantagem total (ganho de um processo, obtenção do cargo de recepcionista) perdida e a conduta culposa que possa ser o prejuízo. 3. Ausência de prova de nexo causal entre a perda de alcançar a vantagem total e a conduta culposa, que por definição é aleatória.

³⁴⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 19.

³⁴⁷ JOURDAIN, Patrice. *Responsabilité civile. In: Revue Trimestrielle de droit civil*. n. Paris: Sirey, 1992. p. 109.

³⁴⁸ Rafael Peteffi da SILVA menciona importantes exemplos que bem demonstram a ausência de autonomia da chance sobre o dano final, são eles: “Imagine-se o seguinte caso: um cliente contrata um advogado para realizar uma sustentação oral referente a um recurso de apelação. Qual seria o dano sofrido pela vítima se o advogado, de forma negligente, esquecesse de comparecer ao julgamento marcado, mas, ainda assim, o seu cliente lograsse a procedência do recurso? Na mesma linha de pensamento, imagine-se ainda o caso de um médico que não efetua um procedimento recomendado pela boa técnica – retirando quarenta por cento (40%) das chances de vida do paciente – mas este não sofre qualquer seqüela, devido a sua excepcional compleição física. Existiria a possibilidade de uma ação de indenização por parte do cliente e do paciente supramencionados? A resposta dos mais consagrados autores sobre perda de uma chance é pela negativa”. (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 50-51).

³⁴⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 50-51.

Também, o conteúdo econômico da chance será variável de acordo com o resultado final, pois se esse era patrimonial, assim o será a chance e da mesma forma, quando se tratar de dano extrapatrimonial.

Em virtude da dependência perante o resultado final³⁵⁰ que exige a efetiva ocorrência deste para que seja caracterizada a chance, bem como o conteúdo da reparação, não pode ser considerado como dano totalmente autônomo.

Há quem entenda o contrário, que a chance é totalmente independente e inclusive, como um terceiro gênero de dano, perante o dano material e moral. É o caso de Vaneska Donato de ARAÚJO, que afirma que “[...] a perda da chance de auferir benefício ou evitar evento desfavorável constitui um prejuízo específico e é independente do prejuízo final”³⁵¹.

Esse posicionamento está acompanhado por Tommaso Gualano, que entende ser a chance um bem jurídico autônomo e a reparação, se material ou extrapatrimonial, será característica própria do valor que compunha o patrimônio do ofendido diante da lesão que se deixou de obter³⁵², ou seja, é a chance perdida que define as características da reparação.

Para o presente estudo, a premissa é que a chance é um prejuízo distinto do resultado esperado³⁵³, constituindo por si só um dano certo³⁵⁴ e portanto, específico e hábil a representar um prejuízo³⁵⁵, mas que não se caracteriza como uma terceira espécie de dano, perante o dano material e moral, pois dependente do resultado final.

4.3 DA ESPERANÇA À CHANCE REPARÁVEL: A SUCESSÃO DE EVENTOS E O BENEFÍCIO ESPERADO

A teoria da perda de uma chance (perda de oportunidade ou perda de probabilidade³⁵⁶, denominações mais adequadas) decorre da frustração advinda da não obtenção de uma vantagem esperada, seja pelo benefício não alcançado ou pelo prejuízo que não fora obstado.

Tanto o benefício a ser obtido, quanto o prejuízo a ser impedido devem se tratar de probabilidades efetivas a embasarem o raciocínio lógico de

³⁵⁰ Como se trata de chance perdida, deve restar demonstrado que o resultado final não ocorreu. (AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing the injury in lost chance cases*. n.96, review 1335. Michigan Law Review, 1998. p. 5).

³⁵¹ ARAÚJO, Vaneska Donato. *A perda...*, op. cit., p. 443.

³⁵² GUALANO, Tommaso. *Perdita...*, op. cit., p. 125.

³⁵³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 679.

³⁵⁴ BENUCCI, Eduardo Bonasi. *La responsabilidad...*, op. cit., p. 46.

³⁵⁵ SAVATIER, René. *Traité...*, op. cit., p. 9.

³⁵⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil...*, op. cit., pp. 272-273.

que o benefício seria alcançado caso não existisse a conduta culposa.

Como o resultado final é aleatório³⁵⁷, a reparação refere-se não ao que se esperava obter como vantagem, mas às chances que existiam de conseguir essa vantagem³⁵⁸, “ligada não à vida, mas à sobrevivência, não a perda de um processo, mas ao seu êxito e não a permanência de uma enfermidade, mas de sua cura”³⁵⁹.

O sentimento intrínseco em se ver favorecido ou titular de determinado direito, mas que não possui uma manifestação correlata³⁶⁰ não é chance perdida a ser reparada, porque não apresenta probabilidade de ocorrer, pois a chance deve ser a probabilidade efetiva de um benefício a ser alcançado e não mera expectativa.

Por exemplo, o indivíduo que adquire um veículo que demora a ser entregue pelo vendedor e propõe uma ação de indenização, sob o fundamento de que, ante a espera, restou frustrada a possibilidade em firmar contrato de transporte com terceiro, sem a comprovação de que tal contrato efetivamente seria firmado, não pode ter a reparação concedida com fundamento na perda da chance.

É que se a probabilidade em firmar tal contrato não restar demonstrada, trata-se de simples esperança e não há que se falar em reparação com fundamento na teoria da perda de uma chance, pois não existe prova de que uma situação favorável provavelmente aconteceria³⁶¹.

³⁵⁷ RÉTIF, Samuel. Conditions de la responsabilité délictuelle. Responsabilité civile et assurances. Juris: classeur, Paris: JCP, n.5. 2008. p. 12. No mesmo sentido: Vaneska Donato ARAÚJO (A perda..., *op. cit.*, p. 439).

³⁵⁸ CHABAS, François. *La perte d'une chance...*, *op. cit.*, p. 132.

³⁵⁹ Tradução livre de François CHABAS (*La perte d'une chance...*, *op. cit.*, p. 133).

³⁶⁰ Para melhor compreensão menciona-se a lição do doutrinador Manuel Iglesias CUBRIA: “Se diferencia de la simples esperanza o *mera spes*, que puede tener en el campo subjetivo de las motivaciones psicológicas fundamentos muy serios, o, por el contrario, totalmente vanos, hasta el punto de que el sujeto esperanzado pueda hallarse afectado de una auténtica obsesión psicopática por su fe en lo irreal; pero en el campo de la alteridad, la simples esperanza no es más que la interna representación de la idoneidad de un sujeto para ser titular de un derecho hecha acto: subjetiva creencia en la posibilidad de llegar a ser propietario, donatario, heredero, acreedor, etc. Es, en definitiva, una situación subjetiva interna, que puede tener incluso en ocasiones un fundamento objetivo y serio, una manifestación externa – como la del mismo oferente que confiando en la bondad de su oferta, adquiere la esperanza de allegar el precio señalado como contraprestación; la del que se sabe instituido heredero, que confía en llegar a adir la herencia, etc. – pero que el ordenamiento no llega a valorar como digna de protección jurídica individualizada. Ciertamente en sus resultados, la esperanza responde a un concepto que para el jurista carece de utilidad práctica”. (CUBRIA, Manuel Iglesias. *Los derechos patrimoniales e eventuales*: estudio de las situaciones jurídicas de pendência. Oviedo: Librería Ojanguen, 1961. p. 14)

³⁶¹ Tal como o exemplo citado apresenta-se o seguinte julgado: “compra e venda. Automóvel. Alegado descumprimento pelo vendedor do prazo de entrega do bem. Prazo avençado não comprovado nos autos. Premissa básica para a indenização. Perda de uma chance não configurada. Mera expectativa de firmar contrato de terceiro. Não há nos autos elementos probatórios firmes que dêem certeza quanto ao prazo avençado pelas partes para entrega do veículo adquirido

Portanto, sem comprovação de que o desencadeamento de eventos acarretaria um efetivo benefício, não há que se falar em chances.

Exemplifica-se, também, pelo pedido de indenização formulado por empresa que teve um título indevidamente protestado e pleiteou verbas indenizatórias pela perda da chance em adquirir um produto, o qual auxiliaria o desempenho de suas atividades e, conseqüentemente, lhe traria maior lucro.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou improcedente o pedido, por não ter sido comprovada a pretensa compra obstada, além das vantagens que tal aquisição acarretaria à empresa. Da ementa do acórdão se destaca:

[...] 2) No que tange aos alegados danos materiais, o pedido não se insere propriamente ao conceito de lucros cessantes, mas sim naquilo que a doutrina francesa veio a denominar como ‘perda de uma chance’. Todavia, para o reconhecimento dessa espécie de dano, a vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário, estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas. O nexo causal surge da probabilidade de que a vantagem efetivamente ocorreria, não fosse a intervenção de um terceiro no fluxo causal. No caso em apreço – malgrado a falha da Ré em enviar a duplicata a protesto – inexistiu sequer um elemento a indicar que, não fosse a conduta da Ré, a Autora efetivamente adquiriria o financiamento para, somado ao capital próprio, comprar o caro equipamento de impressão que lhe geraria maior lucro. Daí porque impossível reconhecer qualquer dano material ou um dano moral mais extenso do que aquele já considerado em razão do protesto indevido³⁶².

Ausente uma correspondente situação externa para que demonstre o resultado que poderia ser alcançado, tratando-se de simples esperança sobre

na concessionária, o que seria a premissa básica para a eventual procedência do pedido de indenização pleiteado pela autora. Não restou provada a alegada perda da chance de firmar um contrato de transporte com terceiro. A responsabilidade civil pela perda de uma chance se funda na probabilidade de que haveria um ganho e na certeza de que da vantagem perdida resultou um prejuízo. Havia apenas uma expectativa de firmar o contrato e não a certeza de que o negócio seria concluído, tendo-se como único requisito a apresentação do veículo no período apurado para vistoria. Desprovimento do recurso”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.3956. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgamento: 30 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 16 out. 2009) (grifo nosso).

³⁶² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.13149. Quinta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Sumei Meira Cavalieri. Julgamento: 29 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 16 out. 2009.

a ocorrência de algo benéfico, não há que se falar em chance, pois a simples vontade de que algo benéfico ocorra não é reparável.

A chance deve ser resultante de um evento aparentemente plausível³⁶³, ou seja, possivelmente o ofendido viria a alcançar um benefício diante da sucessão dos eventos. Contudo, a probabilidade de ser concretizada essa vantagem se perdeu³⁶⁴, pela conduta de outrem.

A probabilidade é verificada pela estatística de como os fatos se desencadeiam em situações específicas ou até mesmo análogas, o que pode ser averiguado por apurações matemáticas³⁶⁵, que permitem prever o resultado de eventos incertos e seus comportamentos, bem como os prováveis resultados que adviriam deste desencadeamento de eventos³⁶⁶.

Assim, “se a estatística mostra que em cem casos de certa natureza, setenta são decorrentes de determinada causa ou produzem determinado resultado, tem-se projetadas setenta por cento de chances de obter certo resultado ou efeito”³⁶⁷.

Apesar de à primeira vista parecer que a apuração matemática apresentaria um resultado certo e exato, deve-se partir da premissa de que a probabilidade tem natureza incerta, podendo ser tendenciosa, pois, se de um lado é possível entender que o evento ocorreria, por outro, não viria a ocorrer³⁶⁸.

Ao magistrado cabe analisar os fatos reais e os eventos passados para realizar um raciocínio probabilístico não tendencioso³⁶⁹.

O importante é verificar que existirá a chance reparável quando comprovada a probabilidade de que um processo de eventos desencadearia um resultado favorável, mas não foi possível obter esse resultado em razão da conduta culposa ou legalmente prevista que interrompeu esse processo.

Também, que essa chance não se configure como mera expectativa ou sentimento intrínseco do ofendido, mas sim em uma efetiva probabilidade fundamentada em dados passados semelhantes ou análogos.

5. A “ZONA GRIS”: OS REQUISITOS E PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA A REPARAÇÃO POR CHANCES

Para melhor compreender a aplicação dessa teoria, serão tratados os pressupostos da responsabilidade civil à luz das probabilidades que configuram

³⁶³ HUET, Jérôme. Perte d'une chance: du plus ou moins classique: responsabilité civile. In: *Revue trimestrielle de droit civil*. Vol. 85. Paris: Dalloz, 1986. p. 118.

³⁶⁴ GUALANO, Tommaso. *Perdita...*, op. cit., p. 125.

³⁶⁵ BÉNABENT, Alain. *La chance et le droit*. Paris: Pichon & R. Durand – Auzias, 1973, p. 130.

³⁶⁶ BÉNABENT, Alain. *La chance...*, op. cit., p. 130.

³⁶⁷ BÉNABENT, Alain. *La chance...*, op. cit., p. 169.

³⁶⁸ BÉNABENT, Alain. *La chance...*, op. cit., p. 157.

³⁶⁹ BÉNABENT, Alain. *La chance...*, op. cit., p. 172-174.

a reparação por chances, sem olvidar a necessidade de delimitar os casos que podem ser considerados como chance reparável, a fim de evitar que essa reparação possa ser utilizada para fundamentar descabidas pretensões.

No tocante aos pressupostos da responsabilidade civil (conduta culposa ou previamente definida em lei, dano e nexo causal), ante o raciocínio de que a teoria da perda de uma chance está relacionada à existência de uma ordem lógica de acontecimentos que foi interrompida e, caso não o fosse, resultaria em uma vantagem ou evitaria a ocorrência de um dano, a sua reparação pode ser aplicada em diversos campos do direito³⁷⁰, desde que adaptada aos referidos pressupostos da responsabilidade civil³⁷¹, através de uma interpretação diferenciada³⁷².

Diz-se diferenciada, porque *conduta culposa, dano e nexo causal* serão analisados a partir do entendimento da chance como um dano específico a ser reparado, conforme salientou o relator Desembargador Odone Sanguiné, da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

[...] 10. O dever de indenizar com fundamento na perda de uma chance requer que o autor comprove que, caso inexistente a ação ou omissão do réu, teria efetivamente obtido o bem da vida almejado. O que ocorre, efetivamente, é que, para se falar em responsabilização por perda de uma chance, é preciso que esteja em curso uma situação que propicie uma oportunidade de, no futuro, uma pessoa auferir algum benefício, e que tal processo seja interrompido por um determinado fato antijurídico – que inviabiliza a oportunidade. 11. Os elementos que caracterizam a perda de uma chance são (a) a conduta do agente; (b) um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como o dano; e (c) 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). 12. 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 pretendido³⁷³.

³⁷⁰ ARAÚJO, Vaneska Donato. A perda..., *op. cit.*, p. 450.

³⁷¹ No presente estudo, a chance é considerada como dano específico e por isso, necessária a presença dos pressupostos da responsabilidade civil: conduta culposa (quando responsabilidade subjetiva) e nexo causal, sendo o dano a chance perdida.

³⁷² HUET, Jérôme. *Perte d'une chance...*, *op. cit.*, p. 119.

³⁷³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70025179458. Relator Desembargador Odone Sanguiné. Julgamento: 17 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em 28 set. 2009.

No tocante à conduta não existem grandes empecilhos para o seu estudo na perspectiva da reparação da chance. É importante ressaltar que pode ser cabível em casos de responsabilidade objetiva, definida em lei, quando então serão analisados os demais pressupostos (chance e nexos causal), bem como aplicada em situações de responsabilidade subjetiva, nas quais a conduta culposa será analisada (juntamente com a chance e o nexos causal).

Para analisar esse pressuposto, deve ser averiguada a existência prévia da chance, ou seja, a sucessão de fatos que provavelmente desencadearia em uma vantagem³⁷⁴, e se a conduta fez com que esse benefício fosse perdido³⁷⁵. Significa dizer que a conduta culposa interrompeu um procedimento normal de eventos, que poderia desencadear um benefício ao ofendido.

Então, a probabilidade que o benefício viesse a ocorrer deve existir previamente à conduta. Lembre-se que a vantagem esperada para ser alcançada dependeria de outros fatores, mas a probabilidade de que viria a ocorrer deve ser anterior à conduta que interrompeu a sequência probabilística.

François Chabas compartilha do posicionamento que antes de ser interrompido o desencadeamento de eventos, as probabilidades de alcançar o objetivo final já existem³⁷⁶, portanto, ao momento da conduta, culposa ou legalmente prevista, já está presente a probabilidade de se alcançar a vantagem esperada³⁷⁷.

A conduta faz desaparecer a aleatoriedade (álea) presente em um evento que poderia vir a se concretizar no futuro³⁷⁸, mas não mais poderá se concretizar, pois nos dizeres de Fernando Noronha, “um fato antijurídico interrompeu o processo que estava em curso e que podia conduzir ao resultado almejado”³⁷⁹.

Em casos de responsabilidade subjetiva, a conduta culposa deve restar configurada, pois não pode existir uma causa imaginária³⁸⁰.

Os Tribunais nem sempre decidem neste sentido, como no caso que versava sobre a responsabilidade médica, ou seja, subjetiva, tendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro excluído a análise da conduta dos réus, fundamentando

³⁷⁴ É o posicionamento doutrinário: “A perda de uma chance ocorre quando o causador de um dano por ato ilícito, como o seu ato, interrompeu um processo que podia trazer em favor de outra pessoa a obtenção de um lucro ou o afastamento de um prejuízo” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito...*, op. cit., p. 375)

³⁷⁵ CHABAS, François. *La perte d'une chance...*, op. cit., p. 132.

³⁷⁶ CHABAS, François. *La perte d'une chance...*, op. cit., p. 134.

³⁷⁷ FRANÇA. Cour de cassation. *Décision attaquée*: Cour d'appel de Grenoble (1re ch, civ.), 17 avr. 2001. Recueil Dalloz. N.º 9. Paris: Dalloz, 2004. p. 601.

³⁷⁸ CHABAS, François. *La perte d'une chance...*, op. cit., p. 134.

³⁷⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 678.

³⁸⁰ MÉMETEAU, Gerard. *Le droit médical...*, op. cit., p. 513.

a reparação no princípio da solidariedade humana, conforme se extrai de trechos do voto proferido no Recurso de Apelação Cível n.º 2008.001.59523.

[...] a parte ré deva indenizar a autora em razão [da] perda de seu filho, não que tenha chegado a existir conduta ilícita dos réus ou descumprimento contratual, mas pela falta de solidariedade humana, conduta injusta, que culminou com a perda da chance de se ver florescer uma vida que começava a se desenvolver no ventre da autora³⁸¹.

No caso em comento aplicou-se a teoria por entender que essa “visa a imposição da obrigação de indenizar, reparar ou compensar os danos injustos causados a bem material ou imaterial de pessoa inocente, que não deu causa ao fato, com ou sem culpa provada”³⁸².

A fundamentação está equivocada. Pela teoria da perda de uma chance será reparável a probabilidade do feto se desenvolver no ventre da mãe e não simplesmente pelo não desenvolvimento. Também, deveria ser averiguada a conduta culposa dos profissionais de saúde.

Pela análise do que é a teoria da perda de uma chance e diante da aludida decisão do Tribunal, conclui-se que na ânsia de reparar o dano, a perda da criança pela mãe, simplesmente foi adotada a teoria ora estudada como forma de tentar fundamentar a reparação, mas não que tenham sido analisados os necessários pressupostos.

A conduta culposa deve estar presente, quando se tratar de responsabilidade subjetiva, além da necessária análise da probabilidade de ser obtida a vantagem esperada.

³⁸¹ “Responsabilidade civil. Serviço hospitalar. Aplicação do cdc. Prestação defeituosa de serviço. Perda de feto. Danos morais. Teoria da perda de uma chance. A responsabilidade civil do hospital é objetiva, nos termos do artigo 14, do CDC, não cabendo investigar a culpa de seus prepostos, mas tão somente se o serviço prestado foi defeituoso ou não. Na hipótese dos autos os apelantes não lograram êxito em provar que os serviços prestados à autora não foram defeituosos e que tampouco houve culpa exclusiva da vítima ou de terceiros. Os procedimentos adotados pelos apelantes podem até ser justificados, mas evidenciam no contexto dos fatos negligência no trato do caso e erro na avaliação da situação do paciente, dando azo à aplicação da Teoria da Perda de uma Chance. Dano moral fixado em R\$ 90.000,00, mostra-se elevado, em conformidade com os valores adotados por esta Câmara. Recursos conhecidos, sendo dado parcial provimento a ambos para reduzir o valor do dano moral para R\$ 45.000,00”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.59523. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Sérgio Gerônimo Abreu da Silveira. Julgamento: 02 de dezembro de 2008. Disponível: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009).

³⁸² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.59523. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Sérgio Gerônimo Abreu da Silveira. Julgamento: 02 de dezembro de 2008. Disponível: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009).

Ademais, a conduta culposa deve manter uma relação de causalidade com o dano³⁸³, pois caso contrário afastada está a responsabilidade³⁸⁴.

Então, tal como ocorre em todos os casos de responsabilidade civil, quando se trata da teoria da perda de uma chance, o nexó causal deve restar configurado³⁸⁵, de maneira certa e não presumida³⁸⁶.

A sua comprovação é tarefa difícil³⁸⁷ e deve ser configurada em relação

³⁸³ Exemplificando, transcreve-se trecho da ementa proferida em julgamento no qual foi afastada a tentativa de debitar a responsabilidade do médico por erro em atendimento, contudo, caracterizada no procedimento pós-operatório, nos seguintes termos: "(...) 3. Mérito. Afastamento de erro médico durante ato cirúrgico. Evidente que sendo previsível a possibilidade de existência de necrose durante o procedimento, desde que observada a técnica médica, não se pode atribuir ao cirurgião erro médico no procedimento cirúrgico, uma vez que teria ele empregado toda sua diligência na realização do ato, cujo infortúnio decorreu de acidente, não chegando a caracterizar a imperícia, espécie de culpa imputável. 4. Reconhecimento de erro médico no acompanhamento pós-operatório. Não é tolerável a condução do tratamento desidioso no pós-operatório, quando o médico deixou de identificar quadro clínico sugestivo de complicação pós-cirúrgica, aí sim, ocorrente a responsabilidade do facultativo que agiu com negligência e imperícia. Teoria da perda de uma chance. 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. Posto isto, configurada a responsabilidade do demandado pelo agravamento do quadro clínico da autora, que o conduziu a risco de vida devido ao quadro de infecção generalizada, com conseqüências múltiplas, ainda que não se possa afirmar que o agir determinasse resultado diverso do efetivamente ocorrido, a conduta do demandado subtraiu da autora a chance de evitar ou minimizar o padecimento experimentado, e, por isto, incorre no dever de indenizar. (...) (grifei) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70013783782. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Odone Sanguiné. Julgamento: 12 de julho de 2006. Disponível: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 15 ago. 2009).

³⁸⁴ Como bem entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao afastar a responsabilidade do profissional médico, pois "Da análise dos fatos narrados e das provas carreadas nos autos, não há que se falar em negligência no atendimento prestado pela apelada. 2. Ainda que fosse diferente o atendimento prestado, as seqüelas sofridas pelo apelante seriam exatamente as mesmas, posto que decorrentes exclusivamente da violência do acidente sofrido, conforme esclarecimento prestado pelo Sr. Perito. 3. Não há que se falar em aplicação da teoria da responsabilização pela perda de uma chance, uma vez que demonstrado nos autos, que não haveria chance de recuperação caso o procedimento adotado no hospital apelado fosse diferente" (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 503.956-9. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima. Julgamento: 28 de agosto de 2008. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>, acesso em: 22 jul. 2009.)

³⁸⁵ LE TORNEAU, Philippe et Jacob N. *Assurances et responsabilité civile: la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1972. p. 142.

³⁸⁶ "(...) Mais si la preuve de la causalité du dommage reste à ses yeux incertaine, son doute doit avoir pour effet le rejet de la demande. C'est une règle de sécurité". (MÉMETEAU, Gerard. *Le droit médical...*, op. cit., p. 509). Tradução livre: Mas se a prova da causalidade do dano resta incerta, sem dúvida deve acarretar a rejeição da demanda. É uma regra de segurança.

³⁸⁷ PENNEAU, Jean. *La responsabilité...*, op. cit., p. 36.

à chance³⁸⁸. Eis que será incerto quando analisado pelo âmbito do resultado almejado e não ocorrido, mas deve ser certo em relação à probabilidade perdida³⁸⁹.

No presente estudo, parte-se do pressuposto da chance como dano específico, por isso, o nexa causal será analisado não entre o resultado final ou a vantagem almejada, mas entre a conduta e a chance perdida³⁹⁰ e, em consequência, podem ser adotadas as teorias existentes e mencionadas anteriormente, suficientes para a sua apreciação³⁹¹.

É possível, por exemplo, aplicar a teoria da causalidade adequada³⁹².

Jérôme Huet doutrina que como serão analisados eventos passados, quer dizer já desenvolvidos, não será possível verificar uma causalidade total, sendo a chance apreciada através da causalidade parcial, muito utilizada para a concorrência de responsabilidades³⁹³.

Para o autor, a ausência de relação causal entre a conduta e o resultado final, acarreta um nexa causal parcial e relativo³⁹⁴ para com a chance.

Esse posicionamento tem maior relevância quando entendida a chance como dependente do dano final, por justificar “uma noção de causalidade parcial para se poder reparar o prejuízo intermediário representado pela perda da chance”³⁹⁵.

Contudo, sendo a premissa do presente estudo a chance como um dano específico, não é necessária uma “desvirtuação do nexa causal, mas de uma evolução deste”³⁹⁶.

Neste sentido, transcreve-se trecho do voto proferido no recurso de Apelação Cível n.º 2008.001.13652 do Desembargador Werson Rego, que divergiu do voto da relatora, do qual se destaca:

O conceito de nexa causal, ou nexa etiológico, ou relação de causalidade não é jurídico, mas proveniente de leis naturais. É pois, um vínculo, uma relação de causa e efeito que se estabelece entre um determinado comportamento e um evento, permitindo-se concluir,

³⁸⁸ Eis que “Le rapport de causalité doit être certain et direct”. (LE TORNEAU, Philippe; N., *Jacob Assurances...*, *op. cit.*, p.142). Tradução livre: A relação de causalidade deve ser certa e direta.

³⁸⁹ SAVATIER, René. *Traité...*, *op. cit.*, t.1. p. 9.

³⁹⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico*. Vol. 733. São Paulo: RT, 1996. p. 67. No mesmo sentido, HUET, Jérôme. *Perte d'une chance...*, *op. cit.*, p. 117.

³⁹¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 52.

³⁹² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 678.

³⁹³ HUET, Jérôme. *Perte d'une chance...*, *op. cit.*, p. 119.

³⁹⁴ A causalidade parcial utilizada nos casos de responsabilidade coletiva, quando não é possível definir o responsável é defendida por Jacques Boré e John Makdisi, mencionados por Rafael Peteffi da SILVA, como adotada na teoria da perda de uma chance. (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 45-71.)

³⁹⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 66.

³⁹⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 233.

com base nas leis naturais, se a conduta (comissiva ou omissiva) de um determinado agente foi ou não a causa eficiente, direta e imediata, do dano alegado. Apura-se, em concreto, se o resultado danoso exsurge como consequência natural da voluntária conduta do agente. De imediato, portanto, é forçoso concluir que não há relação de causalidade entre as lesões físicas de que foi vítima a Autora e as faltas atribuíveis a agentes públicos municipais. Isso porque, no campo da responsabilidade civil, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a ‘teoria da causalidade adequada’. Não se pode olvidar, todavia, que os comportamentos dos agentes públicos municipais, isoladamente considerados, são, por si sós, causas eficientes de outros danos (danos morais puros, no caso concreto). [...] Se não se pode, com efeito, afirmar que a conduta dos prepostos do Réu foi a causa direta e imediata das lesões da autora, não menos correta é a afirmação de que, não fosse a falha na prestação do serviço, talvez a mesma estivesse curada. Chance de reversão havia, à época do acidente³⁹⁷.

No caso acima mencionado, a paciente sofreu uma queda dentro de supermercado, o que lhe ocasionou lesões, as quais foram agravadas em razão das condutas dos médicos da municipalidade. E por inexistir o nexos causal entre as lesões e as condutas médicas, decidiu-se por reparar de acordo e nos parâmetros dos “limites traçados pela conexão causal”³⁹⁸, isto é, configurado o nexos causal com a probabilidade de cura, reparou-se a chance perdida³⁹⁹.

³⁹⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.13652. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Redator Desembargador Werson Rego. Julgamento: 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br> Acesso em: 21 de out. de 2009.

³⁹⁸ Voto vencedor. RIO DE JANEIRO. Apelação Cível n.º 2008.001.13652. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Redator Desembargador Werson Rego. Voto vencido Relatora Desembargadora Lucia Miguel S. Lima. Julgamento: 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009.

³⁹⁹ Corroborando tal entendimento, cita-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual não foi realizada a tempestiva cirurgia e a paciente perdeu a visão do olho direito. O referido julgado apresenta a seguinte ementa: “Responsabilidade Civil/Consumerista. Clínica de Olhos. Deslocamento de Retina. Perda da Visão. Atendimento Tardio. Perda da Chance. Reparação. Inequivoca a responsabilização civil da autora [sic] por perpetrar à autora perda da chance de salvar a sua visão evidenciada pela conduta omissiva médica na primeira consulta marcada para 29.12.1999, por falta de profissional disponível na ocasião, transferindo-se, a consulta e atuação médica para o dia 03.01.2000, quando a lesão da mácula na retina já se consolidara, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e procedimento cirúrgico, nessa ocasião, sem a mínima possibilidade de sucesso. A questão da perda da chance se afigura na situação fática definitiva da visão de olho direito, que nada mais modificará, visto que o fato do qual dependeu o prejuízo está consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse, ao menos, possibilidade de

Os pressupostos da conduta e do nexa causal serão apreciados, portanto perante a chance. E ela será averiguada pela probabilidade.

5.1 A ANÁLISE DA PROBABILIDADE

O benefício que não aconteceu, “mas poderia ter ocorrido”⁴⁰⁰, traz em si a característica da aleatoriedade, por isso não será reparado. O que é reparado, com fundamento na teoria da perda de uma chance, é a probabilidade que existia da vantagem se concretizar⁴⁰¹. Porque existe certeza na probabilidade⁴⁰².

Diz-se que a chance é certa porque é possível avaliar o grau de probabilidade preexistente em evitar a ocorrência do prejuízo ou obter uma vantagem⁴⁰³.

Miguel Kfourri Neto leciona que se trata de uma possibilidade e uma certeza, pois “é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida – e disso resulta um dano indenizável. Noutras palavras: há incerteza no prejuízo – e certeza na probabilidade”⁴⁰⁴.

Para melhor esclarecimento, transcreve-se a lição de Fernando Noronha.

Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída⁴⁰⁵.

sucesso e salvaguarda de sua visão. Provimento parcial do segundo recurso e desprovimento do primeiro apelo”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2006.001.08137. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgamento: 25 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009.).

⁴⁰⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob. *A responsabilidade...*, op. cit., p. 130.

⁴⁰¹ CHABAS, François. *La perte d'une chance...*, op. cit., p. 132.

⁴⁰² “Les préjudices étant seuls réparables, par opposition aux préjudices éventuels qui ne sauraient faire l'objet d'une indemnisation, il est traditionnellement admis que la perte d'une chance – préjudice certain car la chance ne se réalisera plus, aléatoire en ce que nul ne sait si elle se serait réalisée – est réparable dans la mesure de sa certitude”. (VAILLIER, P. *Responsabilités civiles particulières*: citation 296: responsabilité civile et assurances. n. 10. Paris: Jûris Classeur, 2001. p. 15) Tradução livre: Os prejuízos serão somente reparáveis, em oposição aos prejuízos eventuais que não serão objeto de uma indenização, sendo tradicionalmente admitida que a perda de uma chance – prejuízo certo porque a chance não se realizará mais, aleatório por não se saber se ela se realizaria – seja reparável dentro da característica da certeza.

⁴⁰³ É o posicionamento defendido por Vaneska Donato ARAÚJO: “(...) a chance perdida constitui um dano real que será passível de indenização quando for possível calcular o grau de probabilidade de concretização da chance esperada ou de cessação do prejuízo. Assim, mesmo que se refira a eventos futuros, o dano decorrente da perda de uma chance é dano certo”. (ARAÚJO, Vaneska Donato. *A perda...*, op. cit., p. 442).

⁴⁰⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Graus de culpa...*, op. cit., p. 64.

⁴⁰⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 669-670.

Portanto, o requisito da certeza está na análise estatística de como uma série de eventos se desencadearia⁴⁰⁶, pois é a partir dessa probabilidade em alcançar uma vantagem que será possível definir se, quando da conduta culposa, existia uma probabilidade (chance) a ser reparada ou não.

Em consequência, dependendo do resultado dessa probabilidade, poder-se-á estar diante: a) de um resultado final reparável; b) uma chance; e c) uma situação totalmente hipotética que carece de reparação⁴⁰⁷.

Desta forma, desde que constatada a probabilidade em alcançar um benefício é que será possível a reparação da chance⁴⁰⁸, sem esquecer os demais pressupostos da responsabilidade civil supra mencionados (conduta e nexa causal).

Para Sérgio Savi a análise da probabilidade em obter a vantagem final deve ser apreciada a partir de um percentual. Entende o autor que será reparável quando comprovada a probabilidade favorável ao ofendido superior a 50% (cinquenta por cento)⁴⁰⁹. Caso contrário, mesmo ante a conduta do ofensor, não há que se falar em reparação⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ BÉNABENT, Alain. *La chance...*, *op. cit.*, p. 130.

⁴⁰⁷ Em situações que não foram comprovadas a probabilidade de resultado vantajoso a jurisprudência tem rejeitado a reparação por perda de uma chance (Exemplos: 1. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70021001383. Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador João Armando Bezerra Campos. Relator Redator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgamento: 05 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009. 2. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70014087167. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargadora Relatora Ana Maria Nedel Scalzilli. Julgamento: 27 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009). Por outro lado, quando se trata de responsabilidade advocatícia e médica existem diversos julgados que admitem uma presunção de que poderia ser alcançado um resultado vantajoso, não analisando devidamente a questão da probabilidade (1. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70023108350. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Voto vencido Desembargador Paulo Sergio Scarparo. Julgamento: 07 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009). 2. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70005948211. Sexta Câmara Cível. Relator Dr. José Conrado de Souza Júnior. Julgamento: 23 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: em 16 set. 2009. 3. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.27438. Vigésima Câmara Cível. Relatora Desembargadora Odete Knaack de Souza. Julgamento: 05 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009).

⁴⁰⁸ Nesse sentido é a doutrina de Eduardo Bonasi BENUCCI: “No puede, sin embargo, negarse ‘a priori’ la resarcibilidad de una posibilidad de ganancia, de una *chance*, que pueda ser valorada en sí misma aún prescindiendo del resultado final eventualmente incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”. (BENUCCI, Eduardo Bonasi. *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 45).

⁴⁰⁹ Afirma o autor que: “(...) 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 (...)” (SAVI, Sergio. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 60-61).

⁴¹⁰ Neste sentido é a lição de Maurizio BOCCHIOLA (Perdida di una ‘chance’ e certezza del danno.

Rafael Peteffi da Silva defende a necessidade de ser analisada a probabilidade da chance⁴¹¹, mas sem que essa esteja atrelada ao percentual sugerido de 50% (cinquenta por cento). O autor entende que a avaliação da chance deve ser realizada pela causalidade parcial e, conseqüentemente, a chance reparável será sempre correspondente ao dano causado⁴¹².

Na maioria dos casos, não é possível verificar com exatidão o percentual da probabilidade, tratando-se de um critério impreciso⁴¹³, com possíveis variações entre cinco a dez por cento que poderiam acarretar a reparabilidade ou não da chance.

Por exemplo, a não entrega de cavalo de corrida em tempo, um magistrado pode entender que existia uma probabilidade de 48% (quarenta e oito por cento) do animal alcançar o primeiro prêmio, enquanto outro, analisando a mesma situação, entenda que a chance era de 52% (cinquenta e dois por cento).

Pelo parâmetro fixo dos 50% (cinquenta por cento) de probabilidade, se o primeiro magistrado julgasse o caso a reparação por chances seria improcedente, enquanto que se fosse o segundo, existiria a reparação.

Em razão da imprecisão, a doutrina italiana que fundamentou a probabilidade de cinquenta por cento para distinguir a chance reparável da hipotética abandonou tal parâmetro⁴¹⁴.

Ao abandonar o percentual de 50% (cinquenta por cento) como divisor de águas, a necessária análise é que a probabilidade não pode ser tão ínfima a ponto de não ser merecedora de tutela⁴¹⁵, sem que para isso seja

In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Vol. 30. Milão: Editora Giuffré. p. 101).

⁴¹¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 59.

⁴¹² Essa questão é defendida para a adoção da causalidade parcial, com fundamento na doutrina norte-americana para o autor quando existe a retirada de mais de 50% de chances de se obter a vantagem esperada ocorreria a reparação do dano final e para a chance, exemplifica através do caso *Hamil contra Bashline*, no qual a Suprema Corte da Pensilvânia admitiu que teria sido aumentado o risco de falecimento do Sr. *Hamil*, que veio a óbito, através de uma elasticidade do nexo causal, e seria “nesse sentido que se afirma que o aumento de risco capaz de constituir um fator substancial pode estar abaixo dos cinquenta por cento de chances” (Rafael Peteffi SILVA, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 69).

⁴¹³ KING JUNIOR, Joseph H. *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences*. n. 90. review 1353. *Yale law journal*, 1981. p. 21.

⁴¹⁴ É o que afirma Maria Luisa Arcos VIEIRA: “A mi juicio plantea algunas dudas la exigência de que para demostrar la certeza del daño se deba acreditar que las probabilidades de êxito superaban el 50% (...) En los últimos tempos, la jurisprudência italiana ha abandonado aquel criterio, siendo suficiente demostrar que la conducta del demandado incrementó el riesgo de perjudicar al demandante”. (VIEIRA, Maira Luisa Arcos. *La ‘perdida de oportunidad’ como daño indemnizable: estudos de direito do consumidor*. Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Centro de Direito de Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra, 2005. pp.156-157).

⁴¹⁵ Fernando NORONHA afirma que “(...) A probabilidade poderá ser alta ou reduzida; poderá até ser tão desprezível que nem possa ser tida como correspondendo a um interesse digno de tutela

necessário fixar um percentual específico.

O importante é comprovar a existência da probabilidade⁴¹⁶ de que uma vantagem resultaria da sucessão de eventos⁴¹⁷ que foi interrompida.

A verificação da probabilidade pode ser realizada através da “relação estatística pré-científica”⁴¹⁸, apurada com fundamento em dados preexistente.

Por exemplo, casos médicos, que mesmo dependentes de fatores alheios⁴¹⁹, é possível verificar proporcionalmente pelo número de pacientes

jurídica, se se considerar a função social das obrigações”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 679).

⁴¹⁶ É o que afirma Joseph H. KING JR. que ressalta que tal comprovação deve ser suficientemente comprovada nos autos, mesmo que demande prova pericial (mencionada, por ele, como depoimento de perito, tendo em vista o sistema processual que fundamenta as ideias do autor). (KING JUNIOR, Joseph H. *Causation, valuation...*, *op. cit.*, p. 11).

⁴¹⁷ Para melhor esclarecimento, menciona-se o exemplo colacionado por Joseph H. KING JR.: “To illustrate, consider the case in which a doctor negligently fails to diagnose a patient’s cancerous condition until it has become inoperable. Assume further that even with a timely diagnosis the patient would have had only 30% chance of recovering from the disease and surviving over the long term. There are two ways of handling such a case. Under the traditional approach, this loss of a not-better-than-even chance of recovering from the cancer would not be compensable because it did not appear more likely that not that the patient would have survived with proper care. Recoverable damages, if any, would depend on the extent to which it appeared that cancer killed the patient sooner than it would have with timely diagnosis and treatment, and on the extent to which the delay in diagnosis aggravated the patient’s condition, such as by causing additional pain. A more rational approach, however, would allow recovery for the loss of the chance of cure even though the chance was not better than even. The probability of long-term survival would be reflected in the amount of damages awarded for the loss of the chance. While the plaintiff here could not prove by a preponderance of the evidence that he was denied a cure by the defendant’s negligence, he could show by a preponderance that he was deprived of a 30% chance of cure” (KING JUNIOR, Joseph H. *Causation, valuation...*, *op. cit.*, p. 6) (grifo nosso). Tradução livre: “Para exemplificar, considere o caso em que o médico negligente não realiza o diagnóstico de câncer em paciente até que não mais é possível operar. Considerando que mesmo se o diagnóstico fosse realizado em tempo, o paciente teria apenas 30% de se recuperar da doença e sobreviver por determinado tempo. Existem duas situações relevantes neste caso. Sobre a tradicional análise, essa perda de não mais do que a chance de se recuperar do câncer não seria compensada, porque não é maior que o paciente que teria recebido o devido cuidado. Os danos recuperáveis, se algum existe, dependem da amplitude que esse câncer acarreta a morte dos pacientes antes de ser recebido o devido diagnóstico ou tratamento, bem como o quanto o não diagnóstico agrava a condição do paciente, tal como ocasionando uma dor adicional. A abordagem mais racional, de qualquer maneira, será restabelecer a perda da chance de cura ainda que a chance não seja mais do que a situação normal. A probabilidade da sobrevivência a longo prazo reflete no valor do dano da perda da chance. Enquanto o autor não pode provar a evidência preponderante que a cura foi negada pela negligência do réu, ele pode demonstrar que foi privado da cura de 30%.

⁴¹⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 58.

⁴¹⁹ É que “(...) em certas atuações, não é possível alcançar cem por cento de êxito, pois a realização do tratamento ou da cirurgia, conforme a técnica utilizada, pode acarretar resultados não esperados, mesmo na ausência de erro médico, ou seja, independentemente da qualificação do

portadores de determinada patologia e submetidos a um tratamento específico, qual o percentual de pacientes que pode se curar totalmente, quantos apenas aumentam alguns anos de sobrevida e em quantos o tratamento não surtirá efeitos. Através dessa análise tem-se um dado estatístico⁴²⁰.

A estatística matemática pode ser aplicada em todos os casos de aplicação a chance, seja na ascensão da carreira⁴²¹ ou em uma corrida de cavalos⁴²², desde que presentes alguns precedentes, e apenas ante uma probabilidade com reais fundamentos é que será admitida a reparação pela perda de uma chance⁴²³.

Todavia, não são todos os casos que permitem a avaliação estatística, pois podem existir situações inéditas, nas quais não existem dados preexistentes.

Nesses casos, a probabilidade será avaliada por critérios diversos, eis que se não é possível realizar uma apuração sobre um percentual estatístico, necessário que se verifique uma probabilidade a partir dos dados existentes no processo.

Como exemplo, cita-se o transporte inadequado de obra de arte que impede a participação em concurso, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

No processo em análise a obra de arte inédita foi extraviada pelo transportador e, por tal razão, não foi exposta em fase final de concurso. O Tribunal entendeu que existiam concretas probabilidades da obra ser classificada entre os três primeiros lugares e, por tal razão, condenou a empresa transportadora ao pagamento da chance perdida pelo artista de permanecer no concurso e ganhar o prêmio final⁴²⁴.

profissional e da diligência, perícia e prudência com que atue nos procedimentos médicos. Assim, por exemplo, o próprio comportamento do doente, a relação metabólica, a saúde prévia e a vida pregressa do paciente”. (ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A perda...*, *op. cit.*, p. 31).

⁴²⁰ KING JUNIOR, Joseph H. *Causation, valuation...*, *op. cit.*, p. 13.

⁴²¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *O direito e o desenvolvimento...*, *op. cit.*, p. 123.

⁴²² JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, *op. cit.*, p. 130.

⁴²³ No mesmo sentido é a lição de Miguel Maria de Serpa LOPES: “Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance, que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o falhou foi a *chance*, cuja natureza é sempre problemática em sua realização”. (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 375).

⁴²⁴ “Ação de indenização. Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Extravio de obra de arte no transporte para um evento cultural. (...) 2. Apelações cíveis. Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Condenação em primeiro grau em parte do pedido. Contrato de transporte. Obras de arte que deixaram de chegar a tempo de concorrer a prêmios em mostra cultural. Ausência de responsabilidade da entidade realizadora do evento. Responsabilidade contratual somente da empresa transportadora. Indenização devida não só pelo valor do contrato (remessa e embalagem), mas também quanto aos insumos gastos para confecção da obra de arte. Concurso que exigia obra inédita. Imprestabilidade desta após a ocorrência da mostra. Indenização ainda

Não existiam outros concursos nos quais a mesma obra de arte teria participado, eis que se tratava de criação inédita, contudo, os elementos do processo, em especial, diante das anteriores fases do concurso, tornaram possível a verificação da probabilidade concreta em obter uma vantagem, a qual foi impossibilitada em razão do transporte inadequado.

A verificação da probabilidade é de extrema importância, eis que só será reparável aquilo que comprovadamente era provável de se obter⁴²⁵. Como só a chance real e séria que enseja reparação⁴²⁶, necessária a comprovação do requisito de certeza⁴²⁷ e assim, a verificação da probabilidade, sem a qual não há que se falar em reparação, mesmo que puramente moral.

Também, esse percentual é adotado como parâmetro para a reparação, por isso não pode ser tão ínfimo que a reparação seja fixada em valor zero, pois “Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é

pela ‘perda de uma chance’. Doutrina da ‘perte d’une chance’. Acolhimento pelo Superior Tribunal de Justiça. Autor com probabilidade efetiva de findar o concurso entre os três melhores trabalhos. Indenização calculada de acordo com a chance matemática de êxito. Majoração dos danos materiais e manutenção dos danos morais. Fixação razoável. Juros e correção tratados de foram correta. Reforma parcial da sentença, apelação da ré desprovida e apelação do autor provida em parte” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 471.982-0. Quinta Câmara Cível. Relator Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Rogério Ribas. Julgamento: 18 de novembro de 2008. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br> Acesso em: 22 jul. 2009).

⁴²⁵ Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, determinou a reparação por danos extrapatrimoniais, sem a análise da probabilidade, pela impossibilidade de participação em certame. O referido acórdão restou assim ementado: “Civil e processual civil. Ação de indenização. Contratação de entrega de documentos por transporte aéreo. Descumprimento. Denúnciação da lide. IRB. Descabimento. Contrato de seguro. Previsão de cobertura de danos pessoais. Abrangência de danos morais. Responsabilidade da segurada. Caracterização. Perda da chance de participar de licitação. Danos morais. Valor. Razoabilidade. Juros moratórios. Termo inicial. Agravo retido e Apelação 1 conhecidos e desprovidos. Apelação 2 conhecida e parcialmente provida. Nas ações de responsabilidade civil do fornecedor de serviços, é defesa a inclusão na lide do órgão responsável por eventual resseguro, cuja existência, ademais, sequer foi demonstrada. A previsão de cobertura de danos pessoais sem qualquer ressalva abrange os danos morais. É objetiva a responsabilidade do transportador. Ausente qualquer excludente, tais como caso fortuito ou de força maior, é inequívoco o dever de indenizar os respectivos prejuízos. A impossibilidade de participação em certame licitatório por entrega intempestiva da documentação exigida, constitui causa suficiente para justificar indenização a título de dano moral, seja por força da teoria da perda de uma chance, seja porque tal falha tem o condão de atingir a honra objetiva da empresa. A indenização fixada de acordo com as circunstâncias do caso concreto não comporta redução. Como se trata de responsabilidade contratual, os juros de mora incidem a partir da citação.” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 471.962-8. Décima Câmara Cível. Relator Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Vitor Roberto Silva. Julgamento: 03 de julho de 2008. Disponível: <http://portal.tjpr.jus.br>, acesso em: 22 jul. 2009.)

⁴²⁶ RÉTIF, Samuel. *Conditions de la responsabilité...*, op. cit., p. 12.

⁴²⁷ HUET, Jérôme. *Perte d’une chance...*, op. cit., p. 117.

certo e, portanto, não há indenização possível”⁴²⁸.

Diante do exposto é fundamental a análise da probabilidade nos casos da teoria da perda de uma chance para averiguar se existirá reparação e, em caso positivo, o que será reparado.

5.2 A CHANCE COMO “SALVADOR DA PÁTRIA”

Através da análise dos julgados existentes sobre a matéria⁴²⁹ verifica-se que a perda da chance é muitas vezes adotada como última tentativa de tentar reparar o dano suportado pelo ofendido, ante a atual tendência de que “diante de um dano que merece indenização, os tribunais buscam nos elementos da teoria da responsabilidade civil a fundamentação para sua decisão”⁴³⁰.

Contudo, o objetivo da reparação de chances não é ampliar possibilidades de ganhos infundados, mas sim proteger o ofendido, “sem que se preste a estimular demandas”⁴³¹ desarrazoadas. Por isso, deve a chance estar embasada em uma probabilidade real de ganho futuro, que provavelmente ocorreria, mas não o foi, em razão da indevida conduta adotada por outrem.

Também deve existir nexos causal entre a conduta de outrem e a interrupção do desencadeamento de fatos, eis que essa teoria não pode ser utilizada de forma abusiva na tentativa de definir um nexos causal inexistente⁴³², apenas para que algum valor seja recebido pela pretensa vítima.

A verdade é que não pode o magistrado, na ânsia de indenizar o ofendido, utilizar a teoria da perda de uma chance como mero fundamento da reparação⁴³³,

⁴²⁸ Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, retirado do acórdão cuja ementa se transcreve: “Processual civil. Rescisória. Violação à literal disposição de lei. Condenação a ressarcir dano incerto. Procedência. Os arts. 1.059 e 1.060 exigem dano “efetivo” como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e subsistente. Incerto é dano hipotético, eventual, que pode vir a ocorrer, ou não. A atualidade exige que o dano já tenha se verificado. Subsistente é o dano que ainda não foi ressarcido. Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é certo e, portanto, não há indenização possível. A teoria da perda da chance, caso aplicável à hipótese, deveria reconhecer o dever de indenizar um valor positivo, não podendo a liquidação apontá-lo como igual a zero. Viola literal disposição de lei o acórdão que não reconhece a certeza do dano, sujeitando-se, portanto, ao juízo rescisório em conformidade com o art. 485, V, CPC. Recurso Especial provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 965.758. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 19 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>, acesso em: 03 mar. 2009).

⁴²⁹ Em especial nas decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná nos anos de 2006 a 2008.

⁴³⁰ ALTHEIM, Roberto. *Direito de ...*, op. cit., p. 104.

⁴³¹ ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral...*, op. cit., p. 52.

⁴³² RÉTIF, Samuel. *Conditions de la responsabilité...*, op. cit., p. 13.

⁴³³ Como mencionado na seção anterior, na responsabilidade civil médica, muitas vezes a perda da chance é “o paraíso do juiz indeciso” (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 87),

quando não estão presentes os seus elementos, especialmente, a probabilidade.

Além dos casos em que é aplicada indevidamente a presente teoria como mero fundamento para reparação, em processos nos quais o pedido está fundamentado em tal teoria, deve restar comprovada a chance reparável fundada na probabilidade e não em mero sentimento⁴³⁴ de frustração, pois o que “só existe no mundo fantasioso do demandante”⁷⁴³⁵ não deve ser objeto de reparação.

Por isso, exemplificativamente, não merecem reparação: a) o atraso no vôo que impediu a chegada em um concurso, no qual o candidato não comprovou a probabilidade de êxito⁴³⁶; b) a perda de bagagem, quando não restar comprovado que este fato frustrou uma vantagem esperada⁴³⁷; c) a não entrega de documento em procedimento licitatório⁴³⁸, caso não reste comprovada

o que permitiria que sempre que o juiz não estabelecer um nexo de causalidade entre o dano final e a conduta do médico, haverá reparação por uma chance perdida.

⁴³⁴ De fato, em regra “os fatos psíquicos internos não interessam ao direito, porém êsse permite, excepcionalmente, a descida a eles, se se trata de determinar fato exterior, ou se estão em relação com êsse, de modo a servirem à classificação dêsse. (...) Na maioria dos casos, o direito prescinde de descida à vida psíquica interna, ou se satisfaz com o fato externo mais próximo do fato psíquico interno”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, op. cit.*, pp. 22-23).

⁴³⁵ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 26.

⁴³⁶ Neste sentido, destaca-se a ação proposta em face do cancelamento do vôo que impossibilitou a participação da autora em concurso perante o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que não se tratava de perda da chance, eis que a autora estava no início do certame, não sendo possível precisar as probabilidades de êxito, por outro lado, no tocante a danos extrapatrimoniais, a empresa aérea foi condenada a realizar o pagamento de indenização, com caráter punitivo. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.º 71001445428. Segunda Turma Recursal. Relator Dr. Eduardo Kraemer. Julgamento: 21 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 15 ago. 2009).

⁴³⁷ “Apelação cível. Transporte aéreo internacional. Carga avariada. Roupas e pertences pessoais. Responsabilidade solidária das companhias transportadoras. Dano moral. Perda da chance. (...) 3. Perda da chance. Autora que é publicitária e retornava ao Brasil, após dois danos em Portugal a serviço de agência de renome (W Brasil), e que sustenta ter perdido oportunidades de trabalho em São Paulo em virtude da inutilização de seu portfólio durante o transporte. Indenização indevida, na espécie, diante da ausência de prova concreta da oportunidade perdida. Por outro lado, se o portfólio era de significativa importância, para obtenção de emprego, exigiria maior cuidado por parte da autora, que deveria trazê-lo consigo, em vez de despachá-lo com a bagagem, que permaneceu estocada por um mês em terminal do aeroporto em Porto Alegre. (...)” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70012629093. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Orlando Heemann Júnior. Julgamento: 07 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 15 ago. 2009.). No caso em questão, o contrato é de transporte, ou seja, obrigação de resultado, portanto, ainda que determinados argumentos não pudessem ser aplicados ao caso, o que se destaca é que não restou comprovada a chance de emprego perdida, ante o inadimplemento do contrato ao não realizar a entrega devida das bagagens.

⁴³⁸ “Ação ordinária de indenização. Remessa de objetos mediante transporte aéreo para fins de

a probabilidade do ofendido ser bem sucedido no certame, dentre outros.

Nos exemplos acima mencionados não existem probabilidades comprovadas da chance perdida e se tratam de meras frustrações que devem ser repudiadas pelo direito, sob pena de fundamentar o anseio do indivíduo vitimizado mencionado por Todorov⁴³⁹, que pretende responsabilizar outrem por todos os seus problemas⁴⁴⁰.

Permitir a proliferação de demandas infundadas retira do Poder Judiciário o caráter de “instituição de integração social, de concórdia, de solvedor de litígios”⁴⁴¹ e o transforma em “elemento à desagregação social”⁴⁴².

A teoria da perda de uma chance deve ser analisada com grande cuidado e rigor para evitar demandas infundadas. Por exemplo, não é possível admitir um pedido com fundamento na teoria da perda de uma chance, fundado em acidente que tenha ocasionado o esmagamento dos dedos da mão direita de um indivíduo que pretendia ser um famoso pianista, porém nunca freqüentou uma aula de piano, ou não treinava com afinco, ou até mesmo não possuía talento algum. Essa pessoa não tem como comprovar a probabilidade que teria de alcançar grande sucesso, acaso gozasse de plena saúde e sua mão direita estivesse em perfeitas condições. Assim não há que se falar em reparação por chances.

Neste sentido vale destacar o julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que afastou a responsabilidade por perda de uma chance decorrente de acidente de trânsito, no qual a ofendida alegou que, em virtude de infortúnio, teria perdido a oportunidade de ascender na carreira de modelo profissional. Do acórdão destaca-se o seguinte trecho:

9. No que se refere a verba deferida à título do que se denominou ‘perda de uma chance’, ousamos discordar do i. Sentenciante, eis que no sistema legal vigente, só se indenizam danos diretos e efetivos,

participação em licitação. Atraso na entrega da carga extraviou temporário de alguns volumes, que ocasionaram a impossibilidade de participação no certame. (...) Alegação de que não seria cabível a reparação dos lucros que a autora deixou de auferir por não ter participado da licitação. Procedência. Uma vez que não há como se afirmar que a requerente seria vencedora no certame. Sendo hipotéticos e abstratos os danos sofridos, não há que se falar em reparação dos mesmos. (...)”(PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 354.171-1. Décima Câmara Cível. Relator Juiz Convocado Luiz Osório Moraes Panza. Julgamento: 24 de agosto 2006. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>, acesso em: 17 jul. 2009).

⁴³⁹ TODOROV, Tzvetan. *O homem desenraizado...*, op. cit., p. 225.

⁴⁴⁰ “(...) o desenvolvimento da noção de responsabilidade civil não se explica somente pelos fatores econômicos, mas também pela psicologia particular do homem do nosso tempo, que se recusa a crer no inevitável, na fatalidade, no acidente causado pela vida, procurando sempre um responsável, pelos danos e prejuízos que sofre” (WALD, Arnaldo. *A evolução...*, op. cit., p. 99).

⁴⁴¹ ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral...*, op. cit., p. 43.

⁴⁴² ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral...*, op. cit., p. 43.

por efeito imediato do ato culposos, se dano não houver, falta matéria para a indenização. Incerto e eventual é o dano quando resultado de hipotética situação;¹⁰. Com efeito, não há prova nos autos, de que a vítima fosse uma modelo profissional, como tantas que atuam na mídia. As suas atuações eram aleatórias. A profissão de modelo até poderia ser a aspiração profissional da 2ª apelante, mas isto não quer dizer que ela teria sucesso nas passarelas da vida;⁴⁴³

A reparação indiscriminada pode acarretar um clima de inquietação social⁴⁴⁴, “Há que se definir, pois, o que seja tolerável e o que seja indenizável, para valorizar-se qualitativamente a atividade judicante e não esvaziá-la de seus mais nobres e profundos objetivos através da multiplicação descontrolada de processos ou de soluções inaceitáveis”⁴⁴⁵.

Apesar de tema relativamente recente perante os Tribunais, percebe-se que esse é o caminho já adotado pelas cortes e o presente estudo tem como objetivo a adoção adequada da teoria e não o seu uso indiscriminado.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem aplicado com brilhantismo a teoria da perda de uma chance, reparando a probabilidade e rejeitando os pedidos infundados.

É o caso, por exemplo, das inúmeras demandas propostas em razão da fraude no jogo Toto Bola.

O jogo consistia em adquirir cartelas de sorteio elaboradas pela empresa Kater Administradora de Eventos Ltda. que explorava esses jogos de loteria em quatro Estados: Minas Gerais, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul. Contudo, tornou-se público que os sorteios eram realizados de forma fraudulenta através de um programa de computador que escolhia os números a serem sorteados pela máquina competente.

Os sorteios eram realizados previamente e do quais não participavam

⁴⁴³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2006.001.24854. Décima Câmara Cível. Relator Desembargador José Carlos Varanda. Julgamento: 07 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009.

⁴⁴⁴ “(...) Não podemos olvidar que a paz é um desiderato da pessoa humana sábia e deve ser entendida não somente no plano interior, mas, e principalmente, no social, ou seja, o homem que é um ser gregário, sociável e comunicativo, necessita por isto mesmo de paz social. E não posso concebê-la sem a paz jurídica.

Quando os profissionais exercem seu mister com sobressaltos, quando o cidadão se move sem tranqüilidade, institui-se um sistema de suspense que provoca a inquietude, as agonias, o sofrimento, as noites de insônia, os medos, a neurotização, enfim. E o estímulo a demandas generalizadas conspira, decisivamente, para estabelecimento deste triste quadro.” (ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral...*, *op. cit.*, p. 49).

⁴⁴⁵ ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral...*, *op. cit.*, p. 51.

o público, sendo possível a venda de cartelas após a sua realização⁴⁴⁶, o que permitiu que os fraudadores adquirissem as cartelas premiadas.

Muitos dos jogadores pleitearam, individualmente, a responsabilização do Poder Público e a empresa administradora para que essas fossem condenadas ao pagamento de indenização, inclusive pela perda da chance de se tornar vencedor.

Em razão da ínfima chance existente para que os ganhadores pudessem receber o prêmio final, os pedidos foram rejeitados sob o seguinte argumento:

Também não é caso de frustração de expectativa ou perda de uma chance. A aposta em jogo não é investimento de que se possa esperar a garantia de um retorno. Os valores investidos têm uma chance absolutamente reduzida de retornar ao apostador, e a probabilidade de êxito em sorteios dessa monta é absolutamente ínfima, de tal modo que não há falar em direito adquirido, ou mesmo em expectativa de direito. O que é garantido ao apostador é que participe do concurso, nada mais⁴⁴⁷.

Correto o afastamento da pretensão, pois caso contrário permitir-se-ia que cada apostador do país, provido do seu comprovante de participação de eventual concurso alegasse a perda da chance de receber o prêmio final, mesmo diante de ínfimas probabilidades de se tornar ganhador.

A análise da probabilidade da chance é necessária e mesmo não considerando o percentual de 50% (cinquenta por cento) como divisor de águas,

⁴⁴⁶ JUSBRASIL Justiça Federal condena responsáveis pelo Toto Bola. JusBrasil: notícias, 3 jul. 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1495247/justica-federal-condena-responsaveis-pelo-toto-bola> Acesso em: 15 out. 2009.

⁴⁴⁷ Esse trecho foi retirado do seguinte julgado: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020571261. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira. Julgamento: 05 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009. No mesmo sentido, apenas a título de exemplificação, ante o grande número existente de julgados, menciona-se os seguintes casos: 1. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70014176606. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira. Julgamento: 10 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009.

2. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70016538787. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira. Julgamento: 01º de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009.

3. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70017677436. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira. Julgamento: 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009.

4. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70017713801. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 13 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009.

este percentual não pode ser ínfimo a ponto de não configurar um interesse juridicamente relevante.

É importante que sejam analisados limites e parâmetros para a reparação por chances, para evitar o que ocorreu com o dano moral, que embasou demandas “motivadas por bizarras de toda ordem, verdadeiras extravagâncias jurídicas”⁴⁴⁸.

Como afirma Fernando Noronha, “Os danos ligados a chances perdidas não de ser danos certos, isto é, danos que não só sejam consequência adequada de um determinado fato jurídico, como também objeto de prova suficiente para demonstrar a sua ocorrência”⁴⁴⁹, razão pela qual tão necessária a verificação da probabilidade para reparar a chance⁴⁵⁰.

6. A CLASSIFICAÇÃO: A PARTIR DA POSIÇÃO DOUTRINÁRIA DE FERNANDO NORONHA

A teoria da perda da chance decorre da interrupção de uma ordem lógica de eventos que acarretaria uma vantagem ao ofendido⁴⁵¹ desde que existente uma probabilidade de ser alcançado o resultado vantajoso, quando da ocorrência da conduta culposa ou legalmente prevista.

Tal teoria pode ser aplicada em diversas situações, o que faz com que os doutrinadores criem categorias ou dividam as situações passíveis de reparação a fim de melhor estudar a sua aplicação.

Yves Chartier, através da análise das hipóteses mais frequentes constantes da jurisprudência da época (1983), dividiu as hipóteses de aplicação da perda de uma chance nas seguintes categorias: a) relacionada a um direito; b) de cura ou sobrevivência; c) de obter uma vantagem profissional ou acadêmica; d) de ser socorrido; e e) uma categoria única onde são incluídas situações diversas de menor ocorrência⁴⁵².

Outra divisão doutrinária relevante e que merece destaque, trata-se da classificação realizada por Thomas Kander Graziano, que classifica as chances perdidas nas seguintes situações: a) atuações de advogados, b) atuações de médicos, c) casos de competições e d) uma categoria de casos híbridos que englobariam questões gerais sem tanta relevância a formar uma própria categoria⁴⁵³.

⁴⁴⁸ ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral...*, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁴⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 671.

⁴⁵⁰ Sérgio SAVI, apresenta uma crítica, através de análise jurisprudencial, em tópico próprio, denominado como “mera possibilidade não é passível de indenização”, para que sejam rejeitadas as reparações em tais demandas. (SAVI, Sergio. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, PP. 56-61).

⁴⁵¹ ARAÚJO, Vaneska Donato. *A perda...*, *op. cit.*, p. 450.

⁴⁵² CHARTIER, Yves. *La réparation...*, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁵³ GRAZIANO, Kadner. *Loss of a chance...*, *op. cit.*, pp. 1013-1016.

Na doutrina brasileira, Rafael Peteffi da Silva dividiu as chances em: a) lograr êxito em um jogo de azar ou em uma competição esportiva; b) pela quebra do dever de informar; c) matéria contenciosa; d) matéria empresarial; e) obter alimentos no futuro e e) auferir melhor condição social⁴⁵⁴.

Não obstante os méritos das classificações acima mencionadas, as divisões categoriais são realizadas a partir de situações práticas e não em razão da chance, sua origem ou seu resultado no patrimônio do ofensor. Portanto, adotar tais classificações pode resultar no emolduramento da teoria da perda de uma chance apenas em tais hipóteses e nada mais.

Analisando as hipóteses da chance, a partir do que resultou em si, a doutrina de Geneviève Viney explica a teoria a partir da distinção entre: a) a perda de esperança em obter uma vantagem futura e b) o risco que compromete as chances de evitar uma deterioração da situação atual⁴⁵⁵.

Tal classificação é apropriada para estudar as chances, sem relacionar a casos específicos. Contudo, é na doutrina brasileira de Fernando Noronha que se encontra uma classificação ainda mais adequada para o estudo desta teoria.

O doutrinador classifica as chances em duas categorias em razão da sua ocorrência, sem relacioná-las a específicos casos práticos, da seguinte forma: a) a frustração em obter uma vantagem esperada e b) a frustração de evitar a ocorrência de um dano⁴⁵⁶.

Nessas duas espécies de reparação pela perda de uma chance estariam incluídas todas as hipóteses apreciadas pela sua origem e o resultado final suportado pelo ofendido.

Por se tratar de uma classificação mais abrangente, assim como por entender que melhor esclarece a matéria, é a classificação apresentada por Fernando Noronha seguida neste estudo, acrescida de outros entendimentos doutrinários, bem como exemplos colhidos em decisões proferidas por Tribunais brasileiros sobre a matéria.

Apenas para esclarecer, na primeira categoria está a *perda da chance de obter uma vantagem futura*⁴⁵⁷, que para ser caracterizada como reparável, deve ser demonstrada “a probabilidade de que tais eventos viriam a ocorrer,

⁴⁵⁴ SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade...*, op. cit., pp. 151-170.

⁴⁵⁵ VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1998. p. 41.

⁴⁵⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., pp. 669-692.

⁴⁵⁷ Para tanto justifica que: “Nessas duas submodalidades, a frustração da chance de obter a vantagem prevista surge porque o fato antijurídico interrompe um processo que estava em curso, mas em circunstâncias em que fica impossível afirmar que, sem a interrupção, o resultado em expectativa aconteceria necessariamente. Se fosse possível afirmar que esse resultado teria acontecido, se não tivesse havido a interrupção do processo, a hipótese não seria de uma mera chance frustrada e não suscitaria da responsabilidade por perda de chances”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 674).

como também que se evidencie que eles ainda são consequência[s] adequada[s] do fato antijurídico⁴⁵⁸.

Nessa classificação poderiam ser inseridos os casos da perda de uma chance relacionados a um direito, tais como a atuação de um advogado, dentro da divisão proposta por Yves Chartier, que diz respeito aos primeiros casos julgados pela Corte de Cassação francesa⁴⁵⁹.

São os casos nos quais não é possível verificar se o resultado final seria alcançado, pois em virtude da conduta do agente é impossível averiguar o que poderia ocorrer, ou seja, “um resultado futuro almejado, mas aleatório, fica impossibilitado pelo fato antijurídico presente”⁴⁶⁰.

Para Rafael Peteffi da Silva, quando ocorre a interrupção do processo com a impossibilidade de se saber se a vantagem esperada ocorreria, se está diante da teoria clássica e existirá total independência entre essa e o resultado final⁴⁶¹.

Na segunda classificação, “frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido, existem duas modalidades: a perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e a perda de uma chance pela falta de informação”⁴⁶². Ambas dizem respeito a um prejuízo presente que deveria ser evitado, mas não o foi.

Em tal categoria, são considerados os casos em que alguém “podia e devia ter evitado a ocorrência do dano, caso tivesse praticado um fato diverso daquele que lhe é imputado”⁴⁶³. Isto é, o processo em curso resulta em um prejuízo e a análise da chance deverá incidir sobre a probabilidade de não ocorrência desse prejuízo acaso existisse a conduta correta do agente. A chance perdida está na probabilidade de ser obstado o resultado final.

Feitas as considerações acerca das duas modalidades da classificação proposta por Fernando Noronha, sobre a chance como uma vantagem que restou frustrada a sua obtenção ou um prejuízo que restou frustrada a sua interrupção, serão apresentados alguns exemplos das duas classificações, em destaque para os casos de responsabilidade advocatícia e médica.

6.1 A FRUSTRAÇÃO EM OBTER UMA VANTAGEM ESPERADA

Para tal modalidade, o fundamento da reparação por chances é a interrupção do processo de acontecimentos, do qual se esperava um resultado

⁴⁵⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 674.

⁴⁵⁹ CHARTIER, Yves. *La réparation...*, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁶⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 677.

⁴⁶¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 82-86.

⁴⁶² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 673.

⁴⁶³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 675.

vantajoso ao final⁴⁶⁴, mas que não ocorreu, em virtude de uma conduta que impediu o transcurso normal de eventos.

Os pontos principais são, portanto, a vantagem que seria obtida e a probabilidade preexistente de que o benefício ocorreria.

Como exemplos já citados anteriormente, a perda da chance de ganhar uma corrida hípica, quando o cavalo não pode participar da competição; e a impossibilidade de evitar uma condenação judicial, em virtude da conduta do advogado que não adotou medidas disponíveis e possíveis para reverter a decisão⁴⁶⁵.

É a “frustração de se experimentar uma oportunidade que pudesse levar a vítima a uma situação mais favorável”⁴⁶⁶ que fundamenta o pedido, desde que devidamente comprovada a probabilidade em alcançar o resultado final.

Yves Chartier exemplifica, como esta modalidade de chance, a frustração em obter uma ascensão profissional, casos que para o autor não se perde uma chance, mas sim um direito, o direito de trabalhar⁴⁶⁷.

Tal exemplo pode ser encontrado na jurisprudência brasileira, como na ocorrência de um acidente que impediu o ofendido de obter o esperado sucesso nos seus estudos ou carreira⁴⁶⁸; a publicação equivocada do local do concurso que impossibilita que o candidato se apresente no local e horário adequados⁴⁶⁹;

⁴⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁶⁵ JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, *op. cit.*, p. 130.

⁴⁶⁶ GABURRI, Fernando. Dano material. In: HIRONAKA, Giselda M.F. Novaes (Orient.) e ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol. 5. São Paulo: RT, 2008. p. 85.

⁴⁶⁷ CHARTIER, Yves. *La réparation...*, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁶⁸ “(...) la victime peut être indemnisé lorsqu’un accident met fin à une perspective d’études ou de carrière. (...) L’évaluation des chances d’une victime qui faisait des études est la plus délicate. Elle suppose une double projection sur l’avenir. Elle nécessite, dans un premier temps, de peser des chances de réussite aux examens ou aux concours, et, dans une seconde étape, de dessiner un profil de carrière nécessairement imaginaire.” (CHARTIER, Yves. *La réparation...*, *op. cit.*, pp. 41-42). Tradução livre: A vítima pode ser indenizada desde que um acidente ponha fim a uma perspectiva de estudos ou de carreira. A avaliação das chances da vítima referente aos estudos é a mais delicada. Ela supõe uma dupla projeção do que está por vir. É necessário, em um primeiro momento, analisar as chances de sucesso nos exames ou concursos, e depois, em um segundo momento, analisar o perfil profissional da carreira do estudante, o que será necessariamente imaginário.

⁴⁶⁹ “Responsabilidade Civil. Edital De Seleção Que Indica Local Diverso Daquele Em Que Seriam Realizadas As Provas. Impossibilidade De Participar Do Evento. Reparação Dos Danos Materiais E Também Pela Perda Da Chance. Arbitramento Equitativo. Tendo a organizadora do certame divulgado equivocadamente a cidade onde seriam realizadas as provas – Passo Fundo, em vez de Porto Alegre – e tendo a parte autora comprovado sua inscrição e deslocamento até o local equivocadamente informado, restando impossibilitado de concorrer a uma das vagas abertas, é cabível o pleito e reparação dos danos sofridos”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Turma Recursal. Recurso Inominado n.º 71001796648. Terceira Turma Recursal. Relator Der. Eugênio Facchini Neto. Julgamento: 25 de novembro de 2008.

e o transporte prestado indevidamente que impede o participante de chegar a tempo de realizar a prova de determinado concurso⁴⁷⁰; todas são situações que ensejarão a reparação por chances desde que efetivamente comprovadas a probabilidade de ser alcançada a vantagem esperada, acaso o desencadeamento natural dos fatos não tivesse sido interrompido.

Em não existindo tal comprovação, o pedido de reparação deve ser rejeitado, quando a vantagem esperada é “aleatória por natureza”⁴⁷¹, como ocorreu no caso do indivíduo que ficou impossibilitado de participar de concurso, porque determinada instituição financeira, equivocadamente, não certificou o pagamento do boleto bancário para a inscrição no certame. Como o concurso sequer havia iniciado, não foi possível averiguar a probabilidade em obter uma vantagem pelo candidato, sendo que a incerteza não pode ser reparada⁴⁷².

Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009).

⁴⁷⁰ “Ação De Indenização. Autor que contratou com a demandada serviços de ensino nos quais incluído transporte para realização de concurso público. Atraso decorrente de má prestação dos serviços, que importou em perda de horário para ingresso no prédio onde se realizariam as provas. Perda de uma chance configurada. Indenização arbitrada com moderação. Responsabilidade da recorrente firmada em razão de ter sido através dela promovida a contratação do transporte. Recurso improvido. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Turma Recursal. Recurso Inominado n.º 71000889238. Segunda Turma Recursal. Relator Dr. Clóvis Moacyr Mattana Ramos. Julgamento: 07 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009). No mesmo sentido: “Responsabilidade Civil. Acidente em Coletivo. Autor que se submeteria à prova de capacidade física do concurso para inspetor de segurança penitenciária. Perda de uma chance. Responsabilidade objetiva. Nexos causal comprovado. Dano moral *in re ipsa*. Verbas fixadas corretamente. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento, com base no disposto no artigo 557, *caput*, do CPC (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.63286. Decisão monocrática. Relator Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Julgamento: 15 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009).

⁴⁷¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁷² “Indenizatória. Dano Moral. Deficiência Na Prestação De Serviço Bancário A Acarretar O Não Pagamento De Boleto Relativo À Inscrição Em Concurso Público. (...) 6. Não se verifica, porém, para fins de majoração do *quantum* indenizatório, a hipótese doutrinária e jurisprudencialmente conhecida como a ‘perda de uma chance’. Esta, para ser reconhecida pressupõe não apenas a possibilidade, em tese, passar no concurso, mas sim a efetiva ou concreta ‘probabilidade’ de vir a ser classificado no mesmo. Neste sentido, não há prova tempestiva nos autos de preparação prévia em curso, ou de prestação exitosa de outros concursos em época próxima, de modo a presumir a real probabilidade de que viesse o autor a se classificar e seguir na correspondente atividade profissional.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Turma Recursal. Recurso Inominado n.º 71000905380. Segunda Turma Recursal. Relatora Dra. Mylena Maria Michel. Julgamento: 29 de março de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009). Em sentido contrário (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.02888. Relator JDS Desembargador João Marcos Fantinato. Julgamento: 11 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009), caso em que existiu a condenação por indenização a título de danos materiais e

No mesmo raciocínio, acerca da necessidade de averiguação da probabilidade, tem-se a escola de samba que não recebeu todo o seu equipamento e desfilou com as fantasias incompletas, pleiteando indenização em razão de ter sido desclassificada e rebaixada de categoria. O pedido foi julgado improcedente, tendo em vista que não existiu a comprovação das probabilidades de tais prejuízos (a desclassificação e o rebaixamento de categoria) não ocorrerem acaso o transporte tivesse sido realizado devidamente⁴⁷³.

Destarte, quando presente certa e comprovada probabilidade à lesão a um bem juridicamente tutelado é que deverá ocorrer a reparação da chance⁴⁷⁴.

Outra situação diz respeito a ações societárias. Frise-se que não se trata do mercado de ações, cuja vantagem a ser obtida é incerta e demasiadamente aleatória⁴⁷⁵, mas sim de situações específicas envolvendo ações, como, por exemplo, quando essas não são integralizadas no tempo devido e impedem suas negociações ou utilização do valor em outros investimentos.

morais com fundamento na perda de uma chance, porque teria o candidato de um concurso ficado impedido de realizá-lo, por falta de comprovação de pagamento da inscrição, nesse caso também não existiam provas de atuação do candidato em outros concursos para comprovar a probabilidade de passar, o que era necessário para caracterizar a perda de uma chance. Essa ação foi proposta em face da administração do concurso e, portanto, por risco administrativo foi adotada a responsabilidade objetiva, além de serem decretados os efeitos da revelia.

⁴⁷³ “Responsabilidade Civil. Contrato De Transporte. Falha Na Prestação Do Serviço. Dano Material E Moral. Redução. Teoria Da Perda De Uma Chance. Inaplicabilidade. O descumprimento do contrato, quando assume uma gravidade significativa, autoriza o reconhecimento da ocorrência de danos morais, ainda que se trata de pessoa jurídica. Afetação da honra objetiva. O inadimplemento do contrato de transporte ocasionou prejuízos passíveis de serem compensados, minimizando, assim, as conseqüências de seu descumprimento. O valor arbitrado para a indenização deve corresponder aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Redução que se impõe. Tendo a inexecução do contrato implicado em um desfile com alas e fantasias incompletas, contribuindo para o rebaixamento da escola de samba ao Grupo de Acesso D, deve ser mantido o valor da condenação por danos emergentes. O dano material, consubstanciado na perda da oportunidade de vencer a competição, não pode ser reconhecido, porquanto, tal possibilidade é puramente hipotética, não se mostrando real e séria, razão pela qual, inaplicável a teoria da perda de uma chance. Conhecimento e parcial provimento do recurso”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2007.001.64967. Décima Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Rogério de Oliveira Souza. Julgamento: 22 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009).

⁴⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 42.

⁴⁷⁵ O mercado de ações é incerto por natureza, portanto, não é possível verificar probabilidade pela sua negociação, como bem salienta Rafael Peteffi da SILVA, através de um exemplo apresentado pela Corte de Cassação francesa que “não conferiu indenização a um cliente de uma corretora de valores que geriu de maneira incompetente e fraudulenta a sua carteira de ações. A razão para a Corte negar a reparação pela perda da chance de a vítima auferir melhor rendimento foi a imprevisibilidade do mercado de ações, mesmo que a carteira de ações fosse administrada por profissional competente. Desde modo, o tribunal considerou a chance perdida demasiadamente hipotética para ser indenizada”. (Rafael Peteffi SILVA, *Responsabilidade...*, op. cit., p. 136).

Foi o caso de diversas demandas julgadas no ano de 2006, com maior destaque ao mês de novembro, pela Segunda Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, versando todas sobre a questão relativa a ações de determinada empresa de telefonia, que não teria subscrito as quantias das ações adquiridas pelos autores, o que impossibilitou a realização de investimentos à época e fundamentou, dentre outros pedidos, o pedido de reparação pela perda de uma chance.

A Turma Recursal daquele Estado entendeu pela reparação da perda da chance sob o seguinte fundamento:

[...] 2. Aquele que celebra contrato de participação financeira com a prestadora de serviços de telefonia possui direito a receber a quantidade de ações correspondentes ao seu valor patrimonial apurado na data da integralização, sob pena de sofrer severo prejuízo. Contudo, em não havendo a operadora emitido ações em nome do autor em correspondência ao valor integralizado, cabe a ele o direito de resolver o contrato, com o reembolso do valor integralizado a título de adesão ao contrato de participação financeira. Inexiste possibilidade do acionista ficar adstrito a atos da empresa ou de qualquer outro ato normativo. 3. Na medida em que todo o investimento não recuperado implica perda da percepção dos frutos inerentes à impossibilidade de utilização do capital, evidente que aquele que sofreu o prejuízo em virtude do descumprimento do contrato pela outra parte deverá ser ressarcido, isto é, compensado pela perda da chance de aplicação do capital em outro negócio mais rentável. Descumprimento contratual não passível de ser minorado exclusivamente pela atualização monetária, sob pena de indevida transferência patrimonial. Incidência de juros remuneratórios⁴⁷⁶.

⁴⁷⁶ O mencionado trecho está presente nas ementas dos seguintes recursos: 1. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.º 71001157296. Segunda Turma Recursal. Relator Doutor Eduardo Kraemer. Julgamento: 29 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009. 2. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.º 71001158658. Segunda Turma Recursal. Relator Doutor Eduardo Kraemer. Julgamento: 29 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009. 3. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.º 71001128453. Segunda Turma Recursal. Relator Doutor Eduardo Kraemer. Julgamento: 08 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009. 4. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.º 71001131713. Segunda Turma Recursal. Relator Doutor Eduardo Kraemer. Julgamento: 08 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009. 5. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.º 71001125202. Segunda Turma Recursal. Relator Doutor

Não restaram comprovados os investimentos que seriam realizados, o que seria imprescindível para averiguar a probabilidade de obter uma vantagem futura. A Segunda Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul presumiu a chance perdida e entendeu por bem em condenar a empresa que não integralizou as ações pelos valores devidamente atualizados, pois teriam os autores das demandas deixado de realizar outros investimentos mais benéficos⁴⁷⁷. A reparação pela chance e o seu *quantum* foram apurados pela certeza na impossibilidade de obter um benefício futuro, contudo, pela aleatoriedade da própria bolsa de valores, não é possível verificar o real lucro ou prejuízo, por isso a reparação foi arbitrada pelo valor das ações.

Outrossim, é necessário que exista a relação de causalidade entre a conduta que interrompeu o processo de acontecimentos e a probabilidade, mas não o resultado final, eis que existindo nexos causal com o resultado final, não se trata de chance.

Equivocadamente, em julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual existia nexos causal entre a vantagem a ser obtida e a conduta, isto é, o dano final, existiu uma reparação como se chance fosse.

A demanda foi proposta por um aluno que pleiteava a contratação em empresa de telecomunicação. O pedido estava fundamentado na divulgação em diversos meios de comunicação de que o aluno que realizasse um determinado curso e se destacasse entre os melhores estudantes, ele seria diretamente contratado por empresa de telecomunicações.

O autor da demanda realizou o mencionado curso, ficou entre os melhores, mas não ocorreu a sua contratação, contrariamente ao que foi

Eduardo Kraemer. Julgamento: 08 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009. Ementa análoga: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.º 71000908335. Segunda Turma Recursal. Relator Doutor Eduardo Kraemer. Julgamento: 27 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009.

⁴⁷⁷ Em recurso de Apelação Cível, a Câmara Cível do mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela impossibilidade de reparação de danos emergentes, por não restar comprovado que teria o autor investido em outro negócio. O caso mencionado apresenta a seguinte ementa: “*Crt. Contrato De Participação Financeira. Integralização Do Capital. Perdas E Danos. Está pacificado o entendimento, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, no sentido de que os danos hipotéticos não ensejam o dever de indenizar. Não se poderia também, in casu, cogitar-se de aplicação da teoria da perda de uma chance, pois o demandante sequer alegou que tivesse negociado em momento favorável, as ações que já possuía. Veja-se que na situação em exame o próprio comportamento do sedizente lesado afasta eventual aplicação dessa teoria, pois ausente o elemento frustração. Honorários advocatícios devem ser mantidos, pois fixado em valor aquém dos parâmetros balizados pela Câmara pelos casos análogos*”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70016744823. Décima Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Julgamento: 23 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009).

divulgado. Assim, ingressou com demanda indenizatória, a qual foi julgada procedente e a decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com fulcro na perda de uma chance, por entender que a expectativa de ser devidamente contratado foi frustrada⁴⁷⁸.

A justificativa do acórdão para a reparação por chances é que a contratação por si só poderia depender de outros fatores, como, por exemplo, a existência de tempo de experiência, o que impediria a causalidade entre o atuar da administração e o dano final (a não contratação). Mas restou devidamente demonstrada nos autos, ante a publicidade veiculada, que existiria a contratação sem ressalvas, desde que o aluno encerrasse o curso entre os melhores alunos.

Acaso não existisse tal publicidade, o caso seria analisado pela perda da chance, verificando a existência de fatores aleatórios que concorreriam para a obtenção da vantagem esperada e a probabilidade em ser alcançada. Todavia, ante a publicidade realizada, presente o liame causal entre o resultado final e a conduta da empresa, razão pela qual a reparação seria pelo resultado final.

Esses são apenas alguns exemplos, além daqueles que já foram citados no decorrer do presente estudo, para demonstrar a frustração da vantagem a ser obtida e que caracteriza chance perdida, repita-se, quando devidamente comprovada a probabilidade de se obter o resultado favorável esperado.

6.1.1 Responsabilidade advocatícia

Dentro da modalidade da frustração em obter uma vantagem esperada, os casos de responsabilidade advocatícia são aqui apresentados em separado, em razão da repercussão jurisprudencial e suas peculiaridades.

A responsabilidade advocatícia é de meios e, portanto, o advogado não está obrigado a atingir o resultado final, mas sim atuar de forma diligente⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ O mencionado caso tem a seguinte ementa: “Responsabilidade civil objetiva do Município do Rio de Janeiro. ‘Projeto Rio Emprega 2002’, garantindo aos aprovados e classificados em curso para auxiliar técnico em telecomunicações emprego em concessionária de telefonia, empresa com a qual teria a municipalidade celebrado convênio. Aplicação do artigo 37 § 6º da CRFB/88. Risco administrativo. Promessa enganosa. Ludíbrio e perda da chance de emprego e melhoria social. Atuar contrário à boa-fé administrativa que traz frustração e desengano ao candidato classificado. Princípio da moralidade administrativa. Dano moral configurado. Verba indenizatória fixada com razoabilidade. Juros de mora a partir da citação. Correção monetária cujo termo *a quo*, na forma da súmula 97 do TJRJ é a data da decisão que fixou o valor da indenização. Desprovemento dos recursos”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2006.001.59358. Quinta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Voto vencido Desembargador Milton Fernandes de Souza. Julgamento: 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 22 out. 2009).

⁴⁷⁹ A divisão entre obrigação de meio e obrigação de resultado foi consagrada juridicamente pelo jurista René Demogue. Na obrigação de resultado, deve ser atingido o objetivo final,

Por isso, quando não existe a procedência ou improcedência do pedido, de acordo com os interesses do seu cliente, isso, por si só, não enseja responsabilidade ao profissional.

Com efeito, poderá o advogado atuar de maneira brilhante na defesa dos interesses de seu cliente e, ainda assim, a decisão judicial lhe ser desfavorável sem que lhe seja atribuída qualquer responsabilidade, pois a aleatoriedade é intrínseca ao seu contrato de trabalho, tendo em vista a dependência a outros fatores que poderão alterar o resultado esperado.

Se o advogado não atua devidamente, mas de forma contrária aos interesses de seu cliente ou em descumprimento aos prazos processuais, incorre em conduta reprovável e diversa do previsto no contrato advocatício. Por exemplo, a perda do prazo para se manifestar, a atuação de forma diversa ao que o cliente solicitou ou em notória contrariedade aos interesses desse⁴⁸⁰, dentre outros.

Mas não é a conduta reprovável por si só que acarreta a responsabilização. É necessário analisar a probabilidade de que essa atuação gerou um prejuízo ao cliente, a partir da análise da vantagem que seria obtida se outra conduta fosse adotada pelo profissional.

Tal probabilidade pode ser analisada em diversos momentos do andamento processual, como por exemplo, na propositura ou não da demanda judicial.

A análise da probabilidade nestes casos é de extrema dificuldade, eis que não foi formado o contraditório, não existem os pontos controversos, não foram produzidas as provas e, conseqüentemente, difícil analisar quais as chances que o cliente teria de ter o seu pedido julgado procedente.

Sem a comprovação das probabilidades de êxito não se pode reparar, tendo em vista que a reparação por chances deve estar fundada em dano certo e atual, o que já está consagrado pela doutrina brasileira.

Mas, independente da ausência de comprovação, em alguns casos, os Tribunais desconsideram a análise do êxito, como ocorreu no julgamento

independentemente da conduta do pretense ofensor. Enquanto que na obrigação de meio, deve restar demonstrado que foram adotadas todas as condutas para melhor desempenho do pactuado. Nas palavras de Hildegard Taggesel GIOSTRI: "Em uma prestação obrigacional caracterizada por uma *obrigação de meio*, o devedor se comprometeria a empregar todos os meios apropriados para a obtenção de um determinado resultado sem, contudo, se vincular a obtê-lo. (...) Por outro lado, em uma prestação obrigacional, na qual estivesse inserida uma *obrigação de resultado*, o devedor se obrigaria – por determinado ato ou procedimento – a atingir um resultado preciso, adremente avençado entre as partes". (GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. In: *Revista trimestral de direito civil*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Padma, 2001. p. 102).

⁴⁸⁰ ANDRADE, Fabio Siebeneicheler. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Vol. 697. São Paulo: RT, 1993. pp. 24-26.

proferido pelo Relator Jorge de Oliveira Vargas, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que assim entendeu:

[...] não há como se analisar a eventual procedência ou não dos pedidos constantes da reclamação trabalhista, pois isto importaria numa análise jurídica que não é da competência do juízo estadual, bem como de dilação probatória, no caso, incabível, porque não se está julgando o direito do autor às verbas trabalhistas, mas seu direito a indenização pela negligência do apelante. E por tal razão, mesmo sem a análise se a conduta culposa do advogado teria ocasionado uma efetiva perda de chance, pois não se sabe se existiria êxito, foi condenado o advogado ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das verbas a que teria direito o autor⁴⁸¹.

No caso acima mencionado, ante a impossibilidade em ser averiguada a probabilidade, optou-se pela responsabilização do advogado em cinquenta por cento das verbas que seriam pleiteadas na demanda judicial não proposta.

Posicionamento este que deve ser adotado com muita parcimônia, a fim de evitar uma responsabilização indiscriminada dos profissionais advocatícios, pois muitas vezes o cliente não receberia qualquer indenização e, por ausência de comprovação da probabilidade de êxito ou improcedência, recebe indenização do seu advogado. Criando, portanto, um novo dano e uma nova vítima.

Mesmo ante a dificuldade inerente à apreciação da probabilidade para essa situação, é imperioso comprovar a sua existência. Caso contrário, o pedido de indenização deve ser julgado improcedente.

Em outro momento processual, a verificação da probabilidade se torna menos árdua e possível de ser reparada a chance perdida, como no caso da não interposição de recurso.

A dificuldade na análise da probabilidade permanece, mas já existem outros fatores processuais que permitem uma averiguação mais precisa e não tanto aleatória da probabilidade de êxito na demanda e, conseqüentemente, da chance perdida.

José de Aguiar Dias entende se tratar da perda de um direito, portanto, a perda “de ver a causa julgada na instância superior. Se a vitória não podia ser

⁴⁸¹ Neste sentido: 1. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 324.572-9. Décima Câmara Cível. Relator Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Jorge de Oliveira Vargas. Julgamento: 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>, acesso em: 22 jul. 2009. 2. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 418.435-6. Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Guimarães da Costa. Julgamento: 11 de outubro de 2007. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>, acesso em: 22 jul. 2009.

afirmada, também o insucesso não o podia⁷⁴⁸², ou seja, leva a crer que a perda da chance de ter a causa julgada pela segunda instância é que fundamentaria a reparação por chances.

Contudo, não é possível condenar o advogado a reparar pela simples não interposição de recurso. Com efeito, é importante analisar a razão pela qual o advogado não interpôs o recurso, eis que o profissional diligente não interpõe recursos incabíveis e, portanto, a sua diligência em atuação não pode lhe acarretar responsabilidade.

Assim, no caso da não interposição de recurso o que deve ser verificado não é somente a impossibilidade da causa ser apreciada e julgada pelo Tribunal, e sim a probabilidade de reforma da decisão recorrida, caso contrário, não haverá prejuízo e não há o que reparar.

Desta forma, quando manifestamente necessária a interposição de recurso ante o posicionamento jurisprudencial contrário à decisão proferida⁴⁸³ é que existirá a probabilidade e, assim, será possível atribuir a responsabilidade por chances ao profissional que não agiu diligentemente.

É exatamente a verificação da probabilidade de êxito do recurso é que torna a matéria tão controversa entre os doutrinadores.

Afirma René Savatier que as decisões judiciais não são congruentes e dependem de diversas questões processuais para serem favoráveis ou não⁴⁸⁴.

Para Rui STOCO, ferrenho opositor da reparação por chances em obrigações de meio, é impossível avaliar se existiria a reforma da decisão, o que acarreta a improcedência do pedido de reparação por chances com tal fundamento⁴⁸⁵.

No entendimento do autor, a análise da probabilidade seria contrária ao juiz natural, isto porque não é possível que outrem afirme qual seria o resultado final do julgamento que não seria por ele realizado e, portanto, tratar-se-ia de dano hipotético. Para ele, “admitir a possibilidade de o cliente obter reparação por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir que essa chance de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão favorável a ele”⁷⁴⁸⁶. Por isso defende o doutrinador não ser aplicável a teoria a casos de obrigação de meios, apenas de resultados⁴⁸⁷.

⁴⁸² AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 426.

⁴⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade do advogado. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Org.). *O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 935.

⁴⁸⁴ SAVATIER, René. *Traité...*, *op. cit.*, t. 1, p. 12.

⁴⁸⁵ STOCO, Rui. Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil*. Vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 512.

⁴⁸⁶ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil do advogado...*, *op. cit.*, p. 549.

⁴⁸⁷ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil do advogado...*, *op. cit.*, pp. 591-592.

Agostinho Alvim compartilha do mesmo entendimento, por entender ser impossível apreciar se a sentença seria ou não reformada, quando não interposto o recurso devido⁴⁸⁸.

É preciso relembrar que a chance se trata de uma vantagem que poderia ocorrer, contudo, mesmo que não houvesse a conduta culposa não é possível afirmar se efetivamente aconteceria, porque dependente de outros fatores aleatórios. Assim, é a probabilidade em acontecer o benefício que enseja a reparação, mesmo nos casos da responsabilidade advocatícia.

Esse é o posicionamento da jurisprudência que tem admitido a reparação por chances quando da não interposição de recursos, mesmo ante a dificuldade de verificação da probabilidade de êxito, acaso tivesse sido interposto o recurso devidamente⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações...*, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁸⁹ Podem ser mencionados inúmeros julgados neste sentido e aqui é transcrita a ementa a seguir, apenas a título de exemplificação: “Responsabilidade Civil. Advogado. Exercício Do Mandato. Danos Morais E Materiais. Perda De Uma Chance. Não Interposição De Recurso. Negligência E Imperícia. Não Verificadas. Honorários Majorados. 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 CDC). A advocacia trata-se de atividade de meios e não de resultados, não podendo o profissional ser responsabilizado *[sic]* pelo insucesso no certame. Comprovação de desvelo dos profissionais contratados no exercício do mandato outorgado. Outrossim, não está o advogado obrigado a recorrer de toda e qualquer decisão lançada no processo. Majoração dos honorários. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70016523805. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Paulo Sergio Scarparo. Julgamento: 11 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009). No mesmo sentido, para análise das probabilidades de êxito quanto a atuação do advogado tem-se: **1.** RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70021155007. Décima Sexta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli. Julgamento: 12 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009. **2.** RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70021609383. Décima Sexta Câmara Cível. Relator Desembargador Ergio Roque Menine. Julgamento: 24 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009. **3.** RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70016338105. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Paulo Sergio Scarparo. Julgamento: 11 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009. **4.** RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70022320881. Décima Sexta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli. Julgamento: 14 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009. **5.** RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70024478000. Décima Sexta Câmara Cível. Relator Desembargador Ergio Roque Menine. Julgamento: 28 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009. **6.** RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70018797092. Décima Quinta Câmara Cível. Relator

A decisão judicial em consonância com assunto sumulado⁴⁹⁰, não admite probabilidade de reversão da decisão⁴⁹¹, conseqüentemente, não há fundamento para a reparação por chances.

Por outro lado, quando a decisão judicial for contrária ao que trata o assunto sumulado, a probabilidade de reforma da decisão é integral e, assim, a não interposição de recurso não se trata de chance, pois será reparável a vantagem total que se esperava acaso fosse interposto o recurso⁴⁹².

Desembargador Paulo Roberto Félix. Julgamento: 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009.

⁴⁹⁰ A Constituição Federal de 1988, em razão da Emenda Constitucional n.º 45, através do artigo 103 – A, concede ao Supremo Tribunal Federal o poder de aprovar Súmulas com efeito vinculante, o que consiste em dizer que os Tribunais Estaduais, assim como a Administração Pública, fica restrita ao posicionamento da Corte Constitucional refletido através de tais súmulas. Ademais, existem as súmulas editadas pelos próprios Tribunais para melhor andamento e celeridade dos seus julgamentos.

⁴⁹¹ É o caso do seguinte julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado: “Ação Indenizatória. Responsabilidade Do Advogado. Obrigação De Meio. Improcedência Da Ação Trabalhista. Recurso Ordinário Não Admitido. Inexistência de real possibilidade de êxito no recurso. Questão pacificada no Tribunal Superior do Trabalho. Através da aplicação da súmula n.º 102, II, do Colendo TST, *in verbis* ‘o bancário que exerce a função a que se refere do § 2º do artigo 224 da CLT e recebe gratificação não inferior a um terço do seu salário, já tem remuneradas as duas horas extraordinárias excedentes de seis’. Antiga súmula n.º 166. Teoria da perda da chance. Afastamento do dano material. Quanto ao dano moral, cabível, *in casu*, seu afastamento por força da Súmula n.º 75 deste egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis*: ‘o simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte’. Nas ações reparatórias o pedido inicial deve ser certo e determinado, não permitindo ilações, suposições ou deduções. Provimento do primeiro recurso. Prejudicado o segundo recurso”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2007.001.53887. Relator Desembargador Jorge Luiz Habib. Julgamento: 03 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009). Do voto vencido extrai-se o entendimento da punição ao advogado, sob o fundamento de que esse não pode perder prazo, sendo que: “O Poder Judiciário tem o dever legal de coibir a prática profissional viciada, punindo, pronta e eficazmente, aquele que se conduz de forma contrário aos princípios processuais”.

⁴⁹² É a lição de Sérgio SAVI: “(...) na vigência do sistema de súmula vinculante será possível, em alguns casos concretos, condenar o advogado que perde um prazo para a interposição de um recurso ao pagamento de lucros cessantes, ao invés de condená-lo ao pagamento de indenização pela perda da chance. Isto porque, sabendo-se de antemão qual é a posição do Supremo Tribunal Federal acerca de determinada matéria e estando o Tribunal de origem vinculado àquele posicionamento, é razoável acreditar que o cliente do advogado negligente obterá uma decisão naquele sentido. (...) Para tanto, a vítima do dano (o cliente do advogado negligente) deverá demonstrar que a situação fática que deu origem à ação judicial em foi derrotado por negligência do advogado era idêntica à dos casos que o Supremo Tribunal Federal se utilizou para a emissão da súmula vinculante. Demonstrada a identidade das situações fáticas – na ação judicial perdida e nos casos que deram origem à súmula vinculante – e que a súmula vinculante obrigaria o Tribunal julgador a acolher o pedido do cliente prejudicado, o advogado negligente

Apesar da importância da análise da probabilidade para aplicação da teoria da perda de uma chance, julgados existem que, independente da probabilidade ou não de reforma da decisão, admitem a reparação por danos morais⁴⁹³, com fundamento na frustração da demanda ser apreciada por instância superior. Contudo, como já mencionado, a probabilidade é requisito para a existência da chance com dano e, assim, quando ausente não deve existir reparação de qualquer natureza.

deveria ser condenado ao pagamento de indenização, a título de lucros cessantes, de tudo aquilo que seu cliente razoavelmente receberia em caso de provimento do recurso intempestivamente interposto, ou seja, em caso de vitória na ação judicial em que foi derrotado”. (SAVI, Sergio. Responsabilidade..., *op. cit.*, p. 62).

⁴⁹³ Como exemplos: 1. “Apelação Cível. Ação De Indenização. Responsabilidade Do Advogado. Recurso Não Conhecido Em Virtude Da Deserção. Culpa Caracterizada. Danos Morais Pela ‘Perda De Uma Chance’. Danos Materiais E Lucros Cessantes Não Caracterizados. Obrigação De Meio E Não De Resultado. Meros Aborrecimentos Pela Falta De Informações Que Não Justificam A Indenização. 1. A obrigação assumida no exercício da advocacia é de meio e não de resultado, razão pela qual não pode ser responsabilizado pelo simples fato de não ter obtido o sucesso na demanda proposta. Danos materiais e lucros cessantes não caracterizados. 2. A falta de informações e frustração das perspectivas da Autora não gera, por si só, o direito à indenização por danos morais, haja vista tratar-se de mero aborrecimento, presente rotineiramente e que decorreu, principalmente, da escolha desacertada da própria Apelante. 3. Reconhecida a responsabilidade do advogado pela deserção do recurso proposto, cabível a indenização por danos morais, em decorrência da “perda de uma chance”. Quantum adequadamente fixado. Recurso Conhecido E Não Provido. (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 416.840-9. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin. Julgamento: 13 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br>, acesso em: 22 jul. 2009). 2. “Responsabilidade Civil. Advogados. Perda De Prazo Recursal. Dano Moral. A prática de atos por advogado temporariamente suspenso da OAB constitui nulidade sanável. Necessidade da abertura de prazo para regularização processual. A responsabilidade do advogado, enquanto obrigação de meio, é subjetiva. Art. 14, § 4º, do CDC e art. 32 da Lei n.º 8.906/94. Necessidade de demonstração da culpa, consubstanciada na prática de erro inescusável, no qual se inclui a perda de prazo que conduza ao insucesso da ação. Dano moral consubstanciado na perda de uma chance. Valor da reparação mantido. Agravo retido e Apelos desprovidos.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70018800425. Quinta Câmara Cível. Relator Leo Lima. Julgamento: 08 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 16 set. 2009). Em sentido contrário: “Ação De Indenização Por Danos Materiais E Morais Em Decorrencia De Omissão Na Prestação De Serviços Advocaticios. Culpa e conduta danosa do apelado não verificadas. Intimação feita em nome do procurador substabelecido constituído pelo apelante. Desnecessidade da intimação de todos os procuradores. Omissão pelo não oferecimento do recurso em face de sentença trabalhista. Inocorrência. Ademais, a hipótese de reforma da referida sentença perante o Tribunal Regional de Trabalho era hipotética. Inexistência do dever de indenizar em face da teoria da perda de uma chance. Expectativa incerta e pouco provável de reforma. Abalo moral. Inocorrência. Recurso desprovido”. (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 413.658-9. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Eugenio Achille Grandinetti. Julgamento: 31 de maio de 2007. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br> Acesso em: 22 jul. 2009).

6.2 A FRUSTRAÇÃO EM EVITAR UM PREJUÍZO

Diversamente da primeira modalidade na qual existe um processo normal de eventos que acarretará uma vantagem, aqui o desencadeamento natural dos acontecimentos resultará um prejuízo.

A conduta não é analisada pela interrupção do processo, mas sim pela não interrupção, que permitiu a ocorrência de um dano.

A chance é um dano específico⁴⁹⁴ que integra o prejuízo total sofrido e que não deveria ocorrer. Para averiguar tal dano deve ser realizada a análise pelo nexa causal⁴⁹⁵.

Essa modalidade é dividida em duas submodalidades por Fernando Noronha, a primeira é a frustração em evitar a ocorrência de um prejuízo, sendo a segunda, a ausência ou inadequada informação que impossibilitou obstar o processo natural de acontecimentos que desencadeou determinado prejuízo.

A falta de informação consiste na “frustração da chance de evitar um dano, por violação de um dever geral de informação”⁴⁹⁶, quando uma parte detentora de informações que poderiam evitar um dano ou reduzir os seus riscos não informa à outra.

No caso da perda da chance por falta de informação estar-se-á diante da situação em que foi frustrada a oportunidade de tomar uma decisão fundada em informações que lhe eram devidas e pode ser caracterizada “quando alguém sofre determinado dano por não ter tomado a melhor decisão, que estaria ao seu alcance se outra pessoa tivesse cumprido o dever, que incidia sobre ela, de informar ou aconselhar. São casos em que uma decisão mais esclarecida, a ser tomada pelo próprio lesado, poderia eliminar o risco de este sofrer o dano, ou pelo menos poderia reduzi-lo”⁴⁹⁷.

Em ambos os casos os fatos exemplos encontram-se na responsabilidade médica, que em razão de suas peculiaridades passa a ser tratada em separado.

6.2.1 Responsabilidade médica

A modalidade da reparação de chances pela frustração em evitar um

⁴⁹⁴ CHARTIER, Yves. *La réparation...*, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁹⁵ Para Rafael Peteffi da SILVA o nexa causal será analisado pela causalidade parcial. (SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 220-221) Cumpre ressaltar o posicionamento de Fernando NORONHA para quem aplica-se a causalidade adequada nestes casos (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 687-688), enquanto Grácia Cristina Moreira do ROSÁRIO defende tratar-se de uma causalidade jurídica e não natural. (ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A perda...*, *op. cit.*, p. 10)

⁴⁹⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 459.

⁴⁹⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 675.

prejuízo apresenta fartos exemplos na responsabilidade médica⁴⁹⁸, quando, por erro de diagnóstico ou de tratamento, a recuperação da doença preexistente⁴⁹⁹ se torna impossível e, assim, o ofendido perde a chance de cura ou de sobrevivência⁵⁰⁰.

Entende-se que seria uma teoria diferente da perda de uma chance clássica representada pela frustração em obter uma vantagem futura⁵⁰¹, pois aqui existe um desencadeamento natural de eventos decorrente do desenvolvimento da patologia.

O paciente já está doente, sendo que o curso normal da patologia pode ter como resultado a não cura ou até mesmo sua morte e a conduta do médico poderá (e não deverá, na maioria dos casos) obstar tal resultado.

Para apreciação da chance devem ser averiguadas as probabilidades de cura no momento da conduta do médico, “pois o que se perde é a chance da cura e não da continuidade da vida, que depende de um conjunto complexo de

⁴⁹⁸ Apesar de ser alvo de muitas críticas. (CHARTIER, Yves. *La réparation...*, *op. cit.*, p. 35).

⁴⁹⁹ “(...) estando configurada uma enfermidade e o profissional atua de forma a pôr por terra todas as possibilidades de recuperação, sua intervenção culposa não será sobre um risco de sobreviver, mas sobre a chance de recuperação, devendo por isso indenizar o dano”. (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Aspectos da responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 65).

⁵⁰⁰ Como exemplo tem-se o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, fundado em erro de diagnóstico, tendo a condenação por danos extrapatrimoniais, ante o sofrimento do paciente até que o correto tratamento fosse iniciado. A decisão restou assim ementada: “Responsabilidade Civil. Erro De Diagnóstico. Prescrição De Relaxante Muscular. Verificação De Tuberculose Vertebral. Paraplegia. Comportamento Profissional Conhecido Como ‘Perda De Uma Chance’. Dano Moral Configurado. O perito vislumbrou o erro de diagnóstico, fato que teria provocado retardamento no início do tratamento da real doença que acometia o autor, comportamento profissional conhecido na literatura pericial francesa como perda de uma chance (*perte d'une chance*), que preconiza a perda da possibilidade de cura do paciente pela intervenção errada de profissional, pois as possibilidades de recuperação são muito maiores quando descoberta a doença no início. Salienta o vistor, no entanto, que a perda de chance no caso é somente da cura e não da continuidade da vida. É o quanto basta para estabelecer-se a responsabilidade da prestadora de serviço médico, cuja culpa assenta em uma das três hipóteses: erro médico, erro de procedimento e erro de diagnóstico. A responsabilidade no caso atinge apenas o dano imaterial, pelos sofrimentos físicos e sensoriais que o errôneo diagnóstico provocou no autor, até que a diagnose correta fosse realizada, dando-se início ao tratamento adequado, que não produziria o mesmo resultado se iniciado o quanto antes. Não há responsabilidade, no entanto, pelo estado físico atual do autor, uma vez que o perito foi bastante claro ao dizer que o retardo no diagnóstico não constitui a causa imediata das seqüelas produzidas pela doença. Em tal perspectiva, não procedem os pedidos de ressarcimento dos danos materiais, já que a incapacidade física do autor resulta da própria doença e não do serviço médico mal prestado na fase do diagnóstico. Verba indenizatória arbitrada correspondente a 200 salários mínimos. Parcial provimento do recurso”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2005.001.44557. Décima Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Edson Vasconcelos. Julgamento: 08 de março de 2006. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 22 out. 2009)

⁵⁰¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op.cit.*, p. 674.

fatos aleatórios subseqüentes⁵⁰².

Análise que será realizada pelo desenvolvimento da doença, através dos questionamentos se “o agravamento tem como causa unicamente a evolução da própria doença, tem como causa o próprio tratamento mas sem ocorrer erro médico e tem como causa um erro médico”⁵⁰³.

Defende Yves Chartier que para não atribuir à atuação médica a pecha de obrigação de resultado, não podem ser desconsideradas as eventualidades da atuação do profissional, bem como os fatores que alteram a aleatoriedade do desenvolvimento da patologia⁵⁰⁴.

Com isso, no caso da perda da chance de cura, a conduta do médico está em não adotar um tratamento adequado que apresente sérias chances de cura e, por isso, o ofendido perde a chance de se curar⁵⁰⁵.

As probabilidades são analisadas através de estatísticas de percentuais de cura, por exemplo, o paciente com apenas trinta e cinco por cento de chances de se recuperar de um câncer tem, em contrapartida, setenta por cento de chances de não se recuperar. E quando um médico não realiza o diagnóstico correto no momento em que estão presentes as chances, mesmo que 30% (trinta por cento), com o passar do tempo as probabilidades de melhora serão reduzidas podendo alcançar o percentual zero⁵⁰⁶, quando não há mais qualquer possibilidade alguma de cura.

Desta forma, a probabilidade é analisada quando da intervenção médica, ou seja, quando o médico atendeu o paciente e as chances que existiam naquele momento.

Por outro lado, se o paciente tinha oitenta por cento de chances de se recuperar, quando a conduta do médico reduziu tal chance a vinte por cento ou até mesmo a zero, a reparação é do prejuízo total, eis que o erro de diagnóstico ou de tratamento possui maior repercussão no resultado final do que a própria doença preexistente⁵⁰⁷.

Por isso é necessário analisar o processo de acontecimentos e o que a conduta do médico poderia ter obstado.

Além da análise das probabilidades, nos casos de responsabilidade médica é de suma importância a análise do nexo causal.

Afirma Rafael Peteffi da Silva que toda reparação em casos de responsabilidade médica será analisada através da causalidade parcial⁵⁰⁸, porque

⁵⁰² BRANCO, Gerson Lui Carlos. *Aspectos da responsabilidade civil...*, op. cit., p. 65.

⁵⁰³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 685.

⁵⁰⁴ CHARTIER, Yves. *La réparation...*, op. cit., p. 38.

⁵⁰⁵ ANRYS, Henri. *La responsabilité civile...*, op. cit., p. 192.

⁵⁰⁶ AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing...*, op. cit., p. 1.

⁵⁰⁷ AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing...*, op. cit., p. 1.

⁵⁰⁸ SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 86.

nessas situações sempre existirá a evolução natural da doença e a conduta será responsável por apenas parte do dano. Tal posicionamento acarretaria a reparação parcial em toda situação envolvendo esse tipo de responsabilidade.

Gerson Luiz Carlos Branco há muito se opõe ao posicionamento de avaliação do dano decorrente da intervenção médica através de análise das percentuais que teria o paciente de sobreviver, por entender que essa apreciação seria uma “transferência de riscos”⁵⁰⁹, impossibilitando a reparação integral.

E para o doutrinador é necessária uma reparação integral do dano sofrido⁵¹⁰. Contudo, pelo pressuposto do nexu causal, não é possível admitir a responsabilidade por um dano que foi causado pelo indivíduo, isto é, condenar o médico pela morte (reparação integral) do paciente, quando não é possível afirmar que foi a intervenção do profissional que ocasionou tal resultado, ante a existência de outros fatores no mesmo processo.

Por isso é necessário se falar em chances e quando se trata da aplicação desta teoria, importante encontrar uma solução diversa, pois não é possível reparar o dano final, deve ser reparada a probabilidade de êxito (de se evitar o prejuízo que adveio) existente quando da intervenção do médico.

Para analisar a probabilidade de êxito, o pressuposto de maior importância a ser estudado é o nexu causal, cujas teorias doutrinárias que tentam explica-lo são insuficientes para o caso. Uma possível resposta para o problema é encontrada na doutrina de Rafael Peteffi da SILVA, que apresenta a distinção entre processo determinístico e não determinístico, através da qual será processo determinístico “quando as conseqüências futuras forem inexoravelmente determinadas pelas circunstâncias passadas”⁵¹¹ enquanto que “nos processos não determinísticos é possível isolar a chance perdida, como se fora um ‘bem do mundo exterior’ (*property of the external world*) que pode ser avaliado”⁵¹².

A partir dos dois procedimentos, as chances podem ser analisadas através da teoria clássica do nexu causal quando se tratar de casos de processos não determinísticos, que versam sobre uma probabilidade independente.

Quando se trata de processo determinístico, tendo em vista a existência de um desencadeamento natural dos fatos até o seu fim⁵¹³, sem a intervenção que poderia trazer benefícios ao ofendido, Rafael Peteffi da Silva

⁵⁰⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Aspectos da responsabilidade civil...*, op. cit., p. 68.

⁵¹⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Aspectos da responsabilidade civil...*, op. cit., p. 68.

⁵¹¹ SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 88.

⁵¹² SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 89.

⁵¹³ Rafael Peteffi da SILVA fundamenta a adoção da causalidade parcial quando “o processo aleatório foi até o final”, usualmente em casos de responsabilidade médica. (SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 220).

defende que seria aplicada a causalidade parcial⁵¹⁴, para admitir a reparação da chance em casos médicos.

O nexos causal na responsabilidade civil médica sempre foi pressuposto de grande dificuldade de comprovação⁵¹⁵, pois a atuação médica envolve diversos fatores pessoais⁵¹⁶, a justificativa da adoção da causalidade parcial seria reparar a vítima para além do “tudo ou nada”⁵¹⁷.

Fernando Noronha entende que a teoria da chance na responsabilidade civil médica enseja a análise pelo nexos causal, mas sem a necessidade de uma nova teoria (como sugere Rafael Peteffi da Silva, pela teoria da causalidade parcial⁵¹⁸) e será apreciado da seguinte forma:

A questão do nexos causal, mesmo nos casos de perda da chance de evitar um dano que aconteceu, fica resolvida se foi produzida prova suficiente para demonstrar que o fato antijurídico que estiver em questão criou séria possibilidade de ocorrência do dano. Se a dúvida que fica subsistindo é apenas porque existe uma outra causa possível, terá de ficar a cargo do indigitado responsável o ônus da prova capaz de destruir a presunção de causação que milita contra ele: provado que o evento atribuído ao indigitado responsável foi uma condição do

⁵¹⁴ SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 222.

⁵¹⁵ Com efeito, é sabido que: “As causas reais do fracasso do tratamento médico são difíceis de provar – e freqüentes vezes permanecem envoltas no véu da incerteza. Essas dúvidas, em muitos casos, não são esclarecidas pelos laudos periciais, bastante reticentes, vez por outro eivados de espírito de corpo e, muito freqüentemente, traduzindo a experiência pessoal do perito. Portanto, ou o liame causal existe realmente, unindo a culpa ao dano, ou a incerteza quanto à causalidade resulta na reparação parcial do prejuízo sofrido, mediante reconhecimento da perda de uma chance”. (KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 104).

⁵¹⁶ Como afirma Miguel KFOURI NETO: “O exercício da arte médica envolve os médicos em freqüentes riscos para combater as doenças. O resultado do tratamento não depende apenas de seus conhecimentos científicos e competência. Depende, igualmente, das características pessoais do doente, da eficácia dos medicamentos e de toda sorte de fatores imprevisíveis inerentes à atividade curativa. O dano resultante do ato médico não é necessariamente decorrente de culpa médica. (...) Exigir dos médicos audácia e aceitação de riscos – e, ao mesmo tempo, na outra ponta, recusar o insucesso – significa condenar o médico a exercer sua profissão em clima de insegurança e aumentar seus riscos profissionais, que já não são pequenos”. (KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica...*, op. cit., pp. 102-103)

⁵¹⁷ Assevera Rafael Peteffi da SILVA que: “Importante observar que, em França, ao aludido ‘perigo sistemático’ representado pela perda da chance de cura é dada tanta importância que, exceto pela célebre manifestação de Jacques Boré, nenhum outro jurista advoga pela aplicação da causalidade parcial. Portanto, mais uma vez se verifica a defesa da fórmula ‘tudo ou nada’, quando se trata de causalidade: ou a vítima resta sem qualquer reparação, já que o nexos causal não foi provado; ou se trabalha com presunções de causalidade, tentando alcançar a reparação do dano final”. (SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 222)

⁵¹⁸ SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 86.

dano, fica presumido o nexo de causalidade adequada; se ele praticou um fato suscetível de causar o dano, sobre ele deve recair o ônus de provar que, apesar da condicionalidade, não houve adequação entre fato e dano.⁵¹⁹

Fernando Noronha, em defesa da aplicação dessa teoria nos casos médicos, quando não é possível apurar a razão pela qual existiu o desenvolvimento da patologia, apresenta uma “solução viável de natureza salomônica: presume-se ter sido igual a contribuição da doença e do tratamento inadequado”⁵²⁰.

É necessário adotar uma teoria que permita a reparação nos limites e dentro daquilo que o profissional foi responsável, não mais e nem menos, devendo ser averiguada a probabilidade existente de cura ou sobrevida no momento da intervenção, sem a necessidade de serem utilizadas “fórmulas mágicas” que podem prejudicar o ofendido ou até mesmo criar uma nova vítima, o médico.

Independente de se tratar da solução mais justa e mais adequada importa ressaltar é que a análise da chance para os casos de responsabilidade médica necessita da análise do nexo causal (seja pela teoria da causalidade parcial⁵²¹ ou seja pelas teorias adotadas pela doutrina tradicional⁵²²), por isso é considerada uma teoria da perda de uma chance diferenciada da teoria clássica.

François Chabas doutrina que existe uma teoria verdadeira quando é analisada a chance como um dano específico e uma teoria falsa que analisará a questão pelo nexo de causalidade⁵²³, portanto, a responsabilidade de chances em casos médicos não poderia ser considerada como reparação por chances verdadeira, na opinião do autor, pelo menos não aquelas decorrentes do desencadeamento normal dos eventos até o seu fim (processo determinístico⁵²⁴).

Alheia a essas discussões acerca da teoria verdadeira ou falsa, bem como a causalidade parcial, a doutrina⁵²⁵ e a jurisprudência admitem a reparação por chances em casos médicos. Caso contrário poderia ocorrer que “os profissionais de saúde tivessem pouco cuidado com pacientes terminais ou com poucas chances de vida”⁵²⁶.

⁵¹⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 688.

⁵²⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 686.

⁵²¹ SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 86.

⁵²² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 688.

⁵²³ CHABAS, François. *La perte d'une chance...*, op. cit., p. 136.

⁵²⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 89.

⁵²⁵ Sobre a matéria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica ler KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica...*, op. cit. e ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A perda...*, op. cit.. Da doutrina estrangeira, destaca-se: PENNEAU, Jean. *La responsabilité...*, op. cit..

⁵²⁶ SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 224.

O número de julgados sobre o tema é tamanho que Miguel Kfourri Neto propõe uma divisão própria para a chance na responsabilidade médica: a) perda de uma chance e erro de diagnóstico (nesta inclui uma subcategoria para os casos que são discutidos câncer); b) perda de uma chance e ausência de exames pré-operatórios; e c) perda de uma chance e ausência de anestesista qualificado⁵²⁷.

Em todos os casos, o que não se pode deixar de destacar é a necessidade de serem diferenciados os fatores que foram causados pela conduta do agente e o que foi ocasionado pelo procedimento normal da patologia, pois a chance que merece reparação não diz respeito a totalidade do dano sofrido pelo ofendido, dependendo do percentual de cura quando da intervenção médica, conforme acima salientado. Neste sentido

I. Embargos infringentes. Ação de indenização por dano moral. Menor, de tenra idade, internado com gastroenterite aguda infecciosa, que pode se disseminar por via hematogênica (circulação sanguínea) e evoluir em pouco tempo para meningite bacteriana. Internação durante oito dias. Piora do quadro clínico e laboratorial. Ausência de oportuna requisição, pelo médico pediatra, do exame do líquido. Meningite bacteriana constatada somente em outro hospital. Seqüelas gravíssimas que poderiam ser evitadas caso se diagnosticasse anteriormente a meningite bacteriana. II. Perda de chance para, ao menos, evitar seqüelas tão graves. Dano moral caracterizado. III. Distribuição do ônus da prova. Prova indiciária suficiente para fundamentar um decreto condenatório. Teoria da carga dinâmica da prova. Diante dos indícios de negligência do médico, cabia a este demonstrar sua diligência. IV. Valor da indenização. Excessivo. Redução. V. Recurso provido em parte⁵²⁸ (grifos nossos).

No julgado acima mencionado, acaso os corretos exames fossem solicitados quando do primeiro atendimento médico, existiam maiores chances de recuperação do paciente, contudo a patologia apenas foi constatada em outro hospital, quando então não era possível adotar os procedimentos cabíveis. Em decorrência da equivocada conduta, o paciente sofreu graves seqüelas.

Por não ser possível afirmar com absoluta certeza quais seriam as

⁵²⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica...*, op. cit., p. 105-110.

⁵²⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Embargos Infringentes n.º 183.442-6/01. Oitava Câmara Cível em Composição Integral. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. Julgamento: 13 de março de 2008, por maioria de votos. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>, acesso em: 22 jul. 2009.

seqüelas acaso os tratamentos fossem iniciados a tempo, a reparação está correta por abranger apenas a perda da chance em evitar tal prejuízo⁵²⁹.

É que deve existir relação de causalidade entre a chance perdida e a conduta, pois se restar configurada a causalidade entre o dano final e a conduta do agente, não se trata de caso a ser aplicada a teoria da perda de uma chance, mas sim de indenização pela integralidade do dano.

Portanto, quando um paciente não é diagnosticado a tempo de se recuperar de uma patologia⁵³⁰, sem adentrar nas questões específicas do erro de diagnóstico⁵³¹, a conduta culposa pode ocasionar o retardo de um tratamento que seria mais eficaz se constatada a patologia em sua fase inicial e, por isso, possível ensejar a reparação pela chance perdida.

⁵²⁹ Do voto vencido proferido no recurso de Apelação Cível n.º 183.442-6, que ensejou a interposição dos Embargos Infringentes cuja ementa foi transcrita anteriormente, é mister destacar os seguintes trechos: “(...) Efetivada a internação, durante sete longos dias André Felipe foi medicado com potentes medicamentos, porém sem apresentar um quadro de melhora, o que em regra deveria ser gradativa e natural. (...) Restou óbvia a ausência de cunho investigativo no caso em comento, atitude que se esperava do profissional, eis que o estado do paciente não evoluía como era de se esperar, mesmo assim, prosseguiu-se no tratamento de gastroenterite infecciosa. (...) Extrai-se do caderno processual que a demora do diagnóstico da meningite foi decisiva com relação ao grau de severidade das seqüelas neurológicas sofridas pelo menor ANDRÉ FELIPE, não se podendo debitar tal intercorrência a uma fatalidade, mas sim a atuação negligente do médico pediatra, não sendo crível, repita-se, que a hipótese de meningite não tenha sequer sido levantada por um profissional que relata ter mais de trinta anos de experiência médica”. (Voto vencido proferido pelo Juiz Revisor Designado Abraham Lincoln Calixto, nos autos da Apelação Cível n.º 183.442-6, em face do qual foram interpostos Embargos Infringentes n.º 183.442-2/01, julgada em 06 de abril de 2006).

⁵³⁰ “(...) In many of these cases, the victim has, however, *lost a chance* to avoid the damage, a chance he or she would have had if the diagnosis had been made promptly and he or she had received timely treatment.” (GRAZIANO, Graziano. *Loss of a chance...*, *op. cit.*, p. 1012) Tradução livre: Na maioria dos casos, a vítima teria a chance de evitar o prejuízo, a chance que ela ou ele teria se o diagnóstico tivesse sido realizado prontamente e ele ou ela tivesse recebido o tratamento a tempo.

⁵³¹ Salienta Miguel KFOURI NETO a dificuldade em responsabilizar o médico pelo erro de diagnóstico, o qual normalmente torna-se escusável, para o autor “Do ponto de vista técnico, o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado. O diagnóstico, entretanto, não é uma operação matemática. Às vezes, para se chegar ao diagnóstico correto, torna-se necessária uma agudeza de observação de que nem todo médico é dotado. Por isso, a doutrina, de modo geral, analisa detidamente tal questão. (...) Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais –, bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática”. (KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5.ed., rev. e atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial, São Paulo: RT, 2003. pp. 89-91).

Em interessante caso que discutiui a chance de sobrevivida, o Relator Sérgio Luiz Patitucci, para decidir sobre a possibilidade de reparação ou não, indagou se “o paciente teria sobrevivido, caso, desde a primeira tentativa, imediatamente fosse possível acionar a UTI aérea? Pelos prontuários trazidos aos autos – e, sobretudo, pela extensão do AVC hemorrágico, a resposta provável é não” [...]. Ante as respostas obtidas com fundamento nas provas carreadas nos autos, entendeu o Tribunal que, se por um lado não restou caracterizada a má prestação do serviço e o resultado morte, “Em contrapartida, também não há quem possa negar que a falta de atendimento imediato, e a conseqüente deficiência do serviço, não privou o paciente de, ao menos, uma chance, uma oportunidade de sobreviver”⁵³².

Em casos de erros de diagnóstico, a probabilidade deve ser analisada com extrema cautela⁵³³.

Dentre alguns exemplos de erros de diagnóstico que podem ser mencionados, destaca-se o paciente que apresentando sintomas de meningite, não foi diagnosticado previamente e, por tal razão, veio a falecer. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro condenou o médico, com fundamento na perda de uma chance, por entender presente o nexo causal entre o erro de diagnóstico e a chance perdida de sobrevivida decorrente da ausência de tratamento. Destacou o relator em seu voto que: “É certo que não se pode afirmar que, caso o paciente tivesse sido tratado de maneira mais responsável, teria saído com vida do hospital, mas essa chance não lhe foi dada. Não foi dada ao Sr. Luiz a

⁵³² “Código De Defesa Do Consumidor. Plano De Saúde. Contrato Que Previa Atendimento Ao Usuário Por Uti Aérea. Mau Funcionamento Do Telefone De Emergência, No Aeroporto De Congonhas. Denúnciação Da Lide, Pela Unimed Londrina, À Unimed Air. Impossibilidade. Paciente Com Derrame Cerebral (Avc Hemorrágico). Transporte Terrestre, Por Uti Móvel. Morte Do Segurado. Demanda Movida Pela Viúva E Dois Filhos. Dever De Indenizar Reconhecido. Serviço Deficientemente Prestado. Nexo Causal Vinculado À Perda De Uma Chance De Sobrevivência. Procedência Parcial Da Demanda Indenizatória. Montante Indenizatório Fixado Em R\$ 16.000,00 (Dezesseis Mil Reais). Apelação Dos Autores, Pleiteando Elevação Ao ‘Quantum’ De Mil Salários Mínimos Para Cada Um. Apelo Da Unimed, Pela Cabal Improcedência Ou Redução Do Valor. Recursos Desprovidos. 1. Na perda de uma chance, indeniza-se a oportunidade perdida, não o prejuízo final. Por isso, é parcial a reparação (...).” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 224.231-1. Sexta Câmara Cível. Relator Juiz Convocado Sérgio Luiz Patitucci. Julgamento: 22 de abril de 2003. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>, acesso em: 16 jul. 2009).

⁵³³ “É manifesto que para um diagnóstico eficaz da doença não é necessário esgotar todos os meios suasórios, sendo imprescindível a consonância entre o estado do paciente e os exames realizados, tudo de acordo com um atuar diligente e perito. Todavia, se houve negligência por parte do médico, por não realizar os exames necessários, causado ao paciente a perda da chance de sobreviver, o profissional poderá ser condenado a reparar o prejuízo, ainda que o nexo causal entre a conduta omissiva e o resultado seja baseado na probabilidade”. (ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A perda...*, op. cit., p. 33).

chance de sobreviver. E isso, sem dúvida, acarreta na responsabilidade da Ré pelos danos morais e materiais sofridos pelas Autoras, filha e companheira do de cujus, respectivamente”⁵³⁴.

Da mesma forma, exemplifica-se o paciente foi diagnosticado com morte cerebral e posteriormente, ao ser analisado por outro médico, esse constatou que o paciente estava em coma. Contudo, os cuidados médicos possíveis a serem realizados deveriam ter sido feitos quando do primeiro diagnóstico que foi equivocado, o que acarretou a responsabilidade do hospital pela perda da chance de sobrevivência⁵³⁵ do paciente, que veio a falecer.

As situações de erro de diagnóstico são vastas⁵³⁶ e possuem grande incidência em casos de câncer⁵³⁷, mas repita-se, devem sempre ser analisadas com grande parcimônia⁵³⁸, pois a medicina não é uma ciência exata, não

⁵³⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.17921. Vigésima Câmara Cível. Relatora Desembargadora Odete Knaack de Souza. Julgamento: 04 de junho de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br, acesso em: 16 out. 2009.

⁵³⁵ “Ação de indenização por danos materiais e morais proposta em face do Município do Rio de Janeiro, tendo por causa de pedir suposto erro médico no diagnóstico do marido e pai dos apelantes. Sentença que julga improcedentes os pedidos. Recurso dos autores. Recurso que merece prosperar em parte. Comprovado que houve inicialmente erro de diagnóstico apontando os médicos que atenderam o marido e pai dos apelantes a ocorrência de morte cerebral, que se revelou inexistente, e demonstrado ainda que procedimentos cirúrgicos não foram de imediato feitos em razão deste diagnóstico, resta evidenciada, ante a perda da chance, a obrigação do Município de indenizar aos apelantes os danos materiais e morais causados. Apelação a que se dá parcial provimento”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.43786. Quarta Câmara Cível. Relator Desembargador Horácio dos Santos Ribeiro Neto. Julgamento: 25 de novembro de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br, acesso em: 16 out. 2009).

⁵³⁶ Outros exemplos: 1. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2006.001.53158. Décima Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Edson Vasconcelos. Julgamento: 24 de janeiro de 2007. Disponível em: www.tjrj.jus.br Acesso em: 16 out. 2009. 2. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2007.001.32061. Décima Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Antonio José Azevedo Pinto. Julgamento 03 de outubro de 2007. Disponível em: www.tjrj.jus.br Acesso em: 12 out. 2009. 3. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2007.001.47412. Décima Primeira Câmara Cível. Relator Desembargador Roberto Guimarães. Julgamento: 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br, acesso em: 12 out. 2009.

⁵³⁷ Como exemplo: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70018528760. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Pedro Luiz Rodrigues Bossle. Julgamento: 28 de março de 2007. Disponível em: www.tjrs.jus.br, acesso em: 15 set. 2009. Para o tema indica-se os seguintes autores Grácia Cristina Moreira do ROSÁRIO (Grácia Cristina Moreira do ROSÁRIO, *A perda..., op. cit.*), Miguel KFOURI NETO (Miguel KFOURI NETO, *Culpa médica..., op. cit.*) e Robert S. BRUER (BRUER, Robert, S. *Loss of a chance as a cause of action in medical malpractice cases*. Missouri Law Review, fall, 1994.)

⁵³⁸ “O diagnóstico é o momento no qual se informa ao paciente qual é a doença ou mal que lhe afeta, após buscar junto a este as informações necessárias para tanto. O diagnóstico de uma

podendo ser transformada como tal pelos juristas.

Durante o tratamento médico, também vale destacar o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cujo voto do relator minuciosamente descreve, diante das provas produzidas, a impossibilidade de ser estabelecido um nexo de causalidade entre a conduta do ofensor (médico) e a morte do ofendido (paciente), conforme se extrai de trecho do voto proferido:

Perfeitamente aplicável, portanto, a teoria da perda de uma chance, que surge na doutrina da responsabilidade civil justamente para determinar a existência do dever de indenizar quando, em que pese a impossibilidade de comprovar um nexo de causalidade entre a conduta e o dano, estiver demonstrado que o réu deixou de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a possibilidade de ocorrência do evento danoso.⁵³⁹

enfermidade talvez seja o momento mais importante na intervenção médica, pois um erro neste momento poderá comprometer não só a possibilidade da cura, como também poderá trazer danos não previsíveis para aquela situação. A responsabilização por erro no diagnóstico induzirá a responsabilização se este erro for grosseiro ou se a especialidade do profissional impor a este o conhecimento de determinada situação. Este erro de diagnóstico tem duas faces. A primeira é a não-identificação de doença que, se tratada na origem, é curável, mas depois de certo tempo não, eliminando a possibilidade, a chance de não doença. A segunda é o diagnóstico de doença evidentemente inexistente ou distinta, causando danos diretos ao paciente”. (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Aspectos da responsabilidade civil...*, op. cit., p. 53).

⁵³⁹ O referido acórdão restou assim ementado: “Responsabilidade Civil. Ação De Indenização. Erro Médico. Nexo De Causalidade. Teoria Da Perda De Uma Chance. Evidenciado que, no período pré-operatório, o médico foi imprudente, ao não adotar as cautelas necessárias, considerando o quadro clínico peculiar da paciente, e restando caracterizada a negligência na fase pós-operatória, mas não sendo possível imputar, de modo direto, o evento morte à sua conduta, aplica-se ao caso a teoria da perda de uma chance. Havendo a hipótese de que, tomadas todas as medidas possíveis para reduzir os riscos da cirurgia, e compreendidos todos os cuidados no pós-operatório, o falecimento não ocorreria, impõe-se a condenação do profissional da área da saúde. Indenização fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista a inexistência de nexo causal direto e imediato, mas que havia possibilidade de se evitar o dano. Apelo provido, por maioria”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020554275. Quinta Câmara Cível. Voto vencedor Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Voto vencido do Desembargador Paulo Sérgio Scarparo. Julgamento: 07 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 15 ago. 2009). Em complementação, transcreve-se a ementa do acórdão proferido nos Embargos Infringentes interpostos no caso em questão: “Embargos Infringentes. Responsabilidade Civil. Erro Médico. Perda De Uma Chance. Conduta Negligente Do Profissional Da Área Médica Que Contribuiu Para A Evolução Do Quadro Clínico Da Paciente de forma insatisfatória. Dever De Cautela Quanto Aos Procedimentos Pré-Operatórios E Pós-Operatórios. Dever de cautela que não foi observado pelo profissional da área médica, que deixou de atender às peculiaridades do estado clínico da paciente, contribuindo para o evento, ainda que não se possa afirmar que a conduta foi decisiva para o resultado. Dispensa de acompanhamento profissional especializado na área de cardiologia que poderia ter contribuído

Por tal razão, existiu a condenação do médico a perda da chance de sobrevida do paciente⁵⁴⁰.

Diversos são os exemplos que podem ser mencionados e ora transcritos de atuação médica, cuja matéria traz aos juristas grande fascínio, eis que a discussão versa sobre o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Na segunda submodalidade da reparação por chances, que se trata da ausência de informação, a responsabilidade médica pode embasar a totalidade de um dano, por exemplo, quando o paciente bem informado não se submeteria a determinada intervenção cirúrgica⁵⁴¹.

Isto porque, a adequada informação é matéria decorrente da boa-fé e na relação médico-paciente, ela é necessária para fundamentar o consentimento esclarecido, ou seja, para que a escolha do tratamento seja realizada de forma totalmente consciente das possíveis consequências e resultados que poderão advir.

Por isso, a ausência da adequada informação nos casos da relação médica pode, por si só, ocasionar danos ao paciente seja pela submissão a uma intervenção cirúrgica dispensável, ou por ser tolhida a liberdade de escolha sobre qual tratamento estará sujeito e, desta forma, pela perda de uma chance de realizar outro tratamento, mesmo com consequências diversas, inclusive com outro profissional⁵⁴². Portanto, é a ausência de informação sobre a possibilidade

para reduzir o risco de ocorrência de complicações provenientes do pós-operatório e quiçá, o resultado. Teoria Da Perda De Uma Chance. A essência da teoria está justamente na ocorrência de indícios capazes de apontar a responsabilidade do agente, ainda que não haja certeza de que a conduta tenha contribuído para o resultado danoso. Voto vencedor mantido. *Quantum* indenizatório arbitrado que se mostra em consonância com as particularidades do caso em comento. Embargos infringentes desacolhidos". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes n.º 70023108350. Terceiro Grupo Cível. Relator Desembargador Artur Arnildo Ludwig. Julgamento: 1 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 15 ago. 2009).

⁵⁴⁰ Outros exemplos de perda de uma chance em razão de erro de tratamento citam-se: 1. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2007.001.56301. Quarta Câmara Cível. Relator Desembargador Reinaldo P. Alberto Filho. Julgamento: 27 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009. 2. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70018021188. Sexta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi. Julgamento: 13 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 26 ago. 2009. 3. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70023511090. Sexta Câmara Cível. Relator Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Julgamento: 24 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 15 ago. 2009. 4. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70023576044. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Odone Sanguiné. Julgamento: 26 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 26 de agosto de 2009.

⁵⁴¹ PENNEAU, Jean. *La responsabilité ...*, op. cit., p. 35.

⁵⁴² MARQUES, Claudia Lima. *A responsabilidade dos médicos...*, op. cit., 29-30.

de escolha que constitui a perda da chance de afastar a ocorrência do dano.

No entendimento de Cláudia Lima Marques, bastaria restar configurado que o paciente não teria realizado o tratamento se lhe informassem adequadamente as suas consequências, para embasar a responsabilidade⁵⁴³, isto é, não seria necessária a comprovação de conduta cirúrgica inadequada, pois a conduta ilícita é a não informação, devendo restar caracterizado que da inadequada informação ocorreu um dano⁵⁴⁴.

Destarte, no caso da intervenção médica o descumprimento do dever de informar poderá ocasionar um dano, o qual, inclusive, pode ser uma chance, tal como a perda da chance de não ter se submetido a um tratamento mais custoso, sem maiores benefícios.

Para análise da probabilidade fundada na ausência de informação, presente o elemento subjetivo do interessado⁵⁴⁵. É que nos demais casos, a interrupção ou frustração está ligada a “um fato próprio do lesado”⁵⁴⁶ e, quando da ausência de informação, o fato “está para além dele”⁵⁴⁷, intrínseco ao ofendido e, por tal razão, a relação de causalidade entre a perda da chance e o fato danoso depende do ofendido⁵⁴⁸, ou seja, do seu sentimento se devidamente informado adotaria ou não o procedimento realizado.

Em caso da ausência de informação em responsabilidade médica, quando o paciente, se informado, não realizaria determinado procedimento em razão dos seus riscos⁵⁴⁹, existirá chance se a probabilidade de não se submeter a essa situação lhe acarretaria benefícios, os quais podem se tratar de custos ou também, de opções pessoais.

Tentando se esquivar do elemento subjetivo, a jurisprudência tem admitido que ausente a comprovação do cumprimento do dever de informar existe fundamento para a reparação da chance⁵⁵⁰.

⁵⁴³ MARQUES, Claudia Lima. *A responsabilidade dos médicos...*, op. cit., p. 30.

⁵⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. *A responsabilidade dos médicos...*, op. cit., p. 30.

⁵⁴⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 692.

⁵⁴⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 690.

⁵⁴⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 690.

⁵⁴⁸ JOURDAIN, Patrice. *Responsabilité...*, op. cit., p. 111.

⁵⁴⁹ FRANÇA. Cass. 1re Civ., 14 juin 2005, n.º 04-10.909 F-D, Dame M. c/Didier M. et autres: Juris-Data n.º 2005-028962. Cassation de CA Montpellier, 1re ch. D, 8 oct. 2003. *Responsabilité civile et assurances*. Année 18º, n.º 9. Paris: Juris Clausseur, 2005.

⁵⁵⁰ Com fundamento apenas na intervenção médica não autorizada, ante a indisponibilidade do corpo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu pela responsabilização do médico no seguinte sentido: “Intervenção Cirúrgica. Consentimento Informado. Inobservância Do Art. 15 Cc/02. Precedentes. Dano Material. Perda Da Chance. Dano Moral Configurado. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que o próprio paciente possa

Além da ausência da informação devida, deve restar demonstrada também a probabilidade de não se submeter a tal procedimento, que está atrelada a questão subjetiva do paciente e dela não consegue se desvincular.

Não se falará de indenização por chances quando o dano causado pela ausência da informação puder ser reparado em sua totalidade, ou quando, o resultado final não pudesse ser evitado⁵⁵¹.

Assim, poderá se falar em perda de chance quando existe probabilidade de que o prejuízo final poderia ser diminuído⁵⁵², acaso, de posse das informações, o paciente não fosse submetido a determinada intervenção.

O dever de informação não será utilizado apenas para casos de responsabilidade médica, mas também em questões negociais, como tratativas de contratos, quando a não informação pode “levar outra pessoa a tomar uma decisão que depois verifica não ter sido a melhor, ou quando simplesmente não for dada a esta pessoa a possibilidade de se manifestar, se depois vierem a acontecer danos que poderiam ter sido evitados”⁵⁵³.

Independente da categoria da chance a ser apreciada, a probabilidade a embasá-la deve estar sempre presente, pois é a probabilidade que caracterizará a chance como dano específico.

Mesmo sendo matéria de certa atualidade perante os Tribunais, além dos requisitos aqui mencionados, o que traz grande preocupação é a forma de reparação desse dano, se será material ou extrapatrimonial, bem como a forma de avaliação do seu *quantum*.

A doutrina e jurisprudência apresentam alguns parâmetros que merecem ser averiguados.

decidir, conscientemente, manifestado seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado *ex vi* arts. 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no ser art. 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra do dever jurídico, evidenciando a negligência e, como conseqüência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso. (...)” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2006.001.13957. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgamento: 05 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>, acesso em: 21 out. 2009).

⁵⁵¹ No caso do dano inevitável, poderá haver indenização, que não será por chances, como por exemplo, quando diz respeito a ausência de cumprimento do dever de informação, o qual integra “os deveres de agir conforme os ditames da boa-fé, porque então a omissão das informações pode acarretar danos específicos”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 689).

⁵⁵² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 690.

⁵⁵³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 690.

PARTE III

A APRECIÇÃO DO VALOR DA REPARAÇÃO

7. CONTEÚDO ECONÔMICO DA CHANCE

A reparação civil apresenta duas fases, o reconhecimento da existência do dano⁵⁵⁴ e posteriormente a sua magnitude⁵⁵⁵, quer dizer, o *quantum* a que o ordenamento jurídico atribui valor e quanto deverá ser suportado pela vítima ou transferido ao responsável⁵⁵⁶.

Esse *quantum* que define o ‘conteúdo do dano’ é fixado pela causalidade entre o fato produtor do dano e o prejuízo⁵⁵⁷, em virtude da equidade e conveniência⁵⁵⁸.

No caso da chance, o mesmo raciocínio deve ser utilizado, isto é, após o seu reconhecimento no caso concreto é que será discutida a sua avaliação quantitativa⁵⁵⁹.

A reparação inclui a reintegração em forma específica ou o ressarcimento através do pagamento pecuniário⁵⁶⁰. No Código Civil de 2002, o artigo 947 apresenta as duas possibilidades de reparação ao dispor que: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”⁵⁶¹. Essas duas formas de reparação integram um duplo modelo.

A reintegração em forma específica ou *in natura* tem o caráter de restituição, pode ser realizada através de uma reintegração jurídica quando o dano está relacionado a um negócio jurídico e o ordenamento prevê a sua eliminação ou seus efeitos jurídicos, através da anulabilidade, rescisão

⁵⁵⁴ Para Adriano DE CUPIS a obrigação de ressarcir nasce junto com o dano, assim a impossibilidade em avaliá-lo, mesmo que grande obstáculo para o ressarcimento, não exclui a obrigação ressarcitória. (DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 585)

⁵⁵⁵ Como afirma Adriano DE CUPIS existem dois momentos no dever de reparar o primeiro que trata de averiguar se estão ou não presentes os seus pressupostos e o segundo, que consiste na apuração do *quantum* a reparar. (DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 797-802)

⁵⁵⁶ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 245.

⁵⁵⁷ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 246.

⁵⁵⁸ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 245.

⁵⁵⁹ Como afirma Yves CHARTIER o juiz deve realizar uma dupla avaliação, primeiro, para determinar se a chance, considerando a situação da vítima, se realizaria e posteriormente, o grau de probabilidade para esse evento se produzir ou não. Depois dessa dupla avaliação é que será possível avaliar o seu *quantum*, pois “a avaliação da perda supõe tenha caracterizado previamente a chance” (Tradução livre de: “(...) l'évaluation de la perte suppose d'avoir préalablement caractérisé la chance” - CHARTIER, Yves. *Indemnisation d'une perte de chance et recours de la sécurité sociale*. Recueil Dalloz, Paris: Dalloz, n.º 42, 2000, p. 854).

⁵⁶⁰ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 823.

⁵⁶¹ BRASIL. Lei n.º. 10.406..., *op. cit.*

ou resolução, bem como através da simples substituição da coisa “com outra pertencente ao mesmo gênero”⁵⁶² ou até mesmo a publicação de uma decisão judicial⁵⁶³.

As características do objeto que sofreu o dano⁵⁶⁴ é que determinam se será reparado pela restituição *in natura*, ou, em caso de sua impossibilidade, na conversão em perdas e danos.

Em ambos os casos a sanção da reparação surge concomitantemente à ocorrência da lesão a um interesse jurídico⁵⁶⁵.

No caso da reparação por ressarcimento específico será criada uma situação materialmente correspondente àquela existente antes do dano e por reconstituir pura e simplesmente esse prejuízo, é o tipo de reparação mais adequada, enquanto que no ressarcimento a situação econômica é apenas equivalente⁵⁶⁶, através da apuração de um *quantum* em dinheiro correspondente ao dano.

As duas formas de reparação podem se cumular, quando, por exemplo, a reparação *in natura* mostra-se insuficiente e acarreta a necessidade de pagamento de perdas e danos. Entende-se que “Em princípio, toda indenização há de ser *in natura*, seja qual for o bem lesionado, patrimonial ou não, significando a reposição das coisas ao estado anterior ao dano”⁵⁶⁷, com exceção das situações muito onerosas⁵⁶⁸.

Atualmente, o ressarcimento pecuniário apresenta-se com maior resultado para a finalidade de restaurar o equilíbrio econômico jurídico rompido pela ocorrência do dano e os Tribunais adotam com maior frequência essa forma de reparação, conforme salienta Antonio Lindbergh Montenegro:

O ressarcimento do dano mediante o pagamento de certa soma em dinheiro, ou seja, pelo equivalente (*id quod interest*) tornou-se a de maior praticabilidade nos meios judiciais. Tal preferência, inobstante o seu caráter subsidiário, decorre, em primeiro lugar, da circunstância

⁵⁶² DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, op. cit., p. 813.

⁵⁶³ JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, op. cit., p. 137.

⁵⁶⁴ No entendimento de Clóvis Veríssimo do COUTO E SILVA (*O dever...*, op. cit., p. 199), deve ser verificado se esse objeto “tinha, ou não, caráter patrimonial; se foi descumprimento de uma obrigação de prestar em dinheiro ou se do ato ilícito resultou a perda de determinada quantia. É preciso, portanto, verificar, no que diz respeito à indenização, o princípio matriz.”

⁵⁶⁵ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, op. cit., p. 117.

⁵⁶⁶ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, op. cit., p. 811.

⁵⁶⁷ ASSIS, Araken de. *Liquidação do dano. Revista dos tribunais*. Vol. 759. São Paulo: RT, 1999. p. 14.

⁵⁶⁸ “De acordo com os princípios gerais de direito qualquer reparação que se fixe na restauração natural é excessivamente onerosa quando a sua exigência fere gravemente os ditames da boa-fé”. (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*. 2.ed., rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2004. p. 26).

de ser a moeda, economicamente falando, o denominador comum de todos os valores. Relembre-se, de outro lado, que predomina o princípio da inadmissibilidade do ressarcimento em natura, quando ela parecer ao juiz excessivamente onerosa para o devedor. Ao demais, qualquer condenação quase sempre redundará em uma prestação pecuniária, pela incoercibilidade das prestações ainda que não sejam de *facere* ou de *non facere*⁵⁶⁹.

Também, quando da caracterização do dano como de natureza extrapatrimonial, a reparação pelo ressarcimento em equivalente pecuniário ganhou maior evidência⁵⁷⁰, porque é impossível restituir o bem lesado *in natura*.

No caso da chance perdida a reparação apresenta grande dificuldade para quantificação e, por se tratar de uma probabilidade, difícil considerar a sua reparação como restituição *in natura*, por consequência, o ressarcimento em pecúnia é a forma mais comum de reparação desse dano.

Além da forma, para a reparação é necessário averiguar a natureza da lesão sofrida para averiguar se a chance tem caráter patrimonial ou extrapatrimonial, de acordo com o bem jurídico a ser reparado⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, pp. 208-209.

⁵⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Os danos à pessoa...*, *op. cit.*, p. 436-437.

⁵⁷¹ Existe uma corrente doutrinária que afirma a existência de um terceiro gênero de dano, “a que vislumbra a autonomia das ofensas aos direitos da personalidade e a que concebe as ofensas à integridade corporal como uma espécie autônoma” (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 45), ou seja, uma categoria de danos, que seria o dano à pessoa. Essa questão é tratada por Bruno Oliveira MAGGI através da análise da doutrina estrangeira, a qual entende o autor estar bem mais avançada que a brasileira. (MAGGI, Bruno Oliveira. Nova proposta de classificação do dano no direito civil. *In: Revista de direito privado*. Vol.8. n.32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 40) Afirma que: “Os autores italianos, além de discutirem a inclusão do dano à pessoa como um *tertium genus*, tratam também do dano não patrimonial, dano biológico, dano à vida de relação, dano estético, dano à esfera sexual, dano psíquico, dano ambiental, dano existencial e da lesão ao direito de procriar” (MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova proposta...*, *op. cit.*, p. 41). No caso da doutrina brasileira, entende o autor que “tenta-se a todo custo enquadrar o fato social à hipótese juridicamente tutelada, ou seja, o dano sofrido pela vítima será material ou moral conforme a possibilidade de valoração do prejuízo. Podendo ser reparado ou avaliado, será material; podendo ser apenas compensado e não sendo monetariamente quantificado, será moral. O dano à pessoa, no caso, não poderia pertencer a nenhuma das duas categorias, segundo os doutrinadores que defendem como espécie autônoma, pois ao mesmo tempo em que é reprovável do ponto de vista ético a valoração de um ser humano, a perda de uma perna, por exemplo, pode ser quantificada ao se pensar no custo de tratamento médico da vítima, incluindo uma prótese para o membro e nas perdas financeiras advindas da diminuição de sua capacidade laborativa.” (MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova proposta...*, *op. cit.*, p. 46). Por isso, a partir da classificação de danos eventos e danos prejuízos, propõe o autor que sejam classificados como materiais e morais apenas os danos prejuízos, enquanto os danos eventos englobarão todos os outros danos, possibilitando a sua reparação. (MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova proposta...*, *op. cit.*, 46).

A reparação da chance como dano material é afastada em muitas situações, restringindo a sua reparação como dano extrapatrimonial⁵⁷², tal como ocorre, majoritariamente, quando se discute a responsabilidade médica, cuja avaliação do bem jurídico patrimonial usualmente não é possível, conforme o entendimento de Grácia Cristina Moreira do ROSÁRIO:

Na seara médica, o dano emergente revela a perda sofrida pelo doente, verificada de forma efetiva no patrimônio daquele. O lucro cessante traduz aquilo que a vítima deixou de auferir em virtude do dano ocasionado pelo médico. Ora, na perda da chance de cura não se verifica a possibilidade de indenizar o enfermo pelos supostos danos materiais ocorridos pelos seguintes motivos: a condenação é imposta em razão da conduta médica que deflagrou a perda de uma possibilidade de cura; a ação ou omissão do profissional não deu azo ao fracasso do tratamento nem tampouco a morte do doente e, sim, a

⁵⁷² Como exemplo, tem-se o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que entendeu pela ausência de comprovação de danos materiais, mas pela condenação em indenização por danos extrapatrimoniais, nos termos da ementa: “Apelação Cível. Ação De Indenização. Danos Materiais E Morais. Contrato De Transporte. Entrega De Documentos Fora Do Prazo Contratado. Não obstante a especialidade do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia, esta não subsiste em face da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que tem raiz constitucional expressa como garantia fundamental do art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988. Incidentes tais normas no caso dos autos, uma vez que o contrato de transporte de mercadoria firmado entre a autora e a ré caracteriza-se como relação de consumo. Constatada falha na prestação do serviço, a responsabilidade do transportador passa a ser objetiva, nos termos do art. 14 do referido diploma legal, somente podendo ser afastada ante a comprovação da ocorrência de uma das excludentes, que, ausente, impõe o dever de ressarcimento dos prejuízos suportados pela demandante em decorrência de não ter a ré entregue no local e hora estipulada os documentos enviados para participação da autora em processo licitatório. Tal fato não autoriza, contudo, a concessão de indenização no valor do lucro que obteria a demandante se tivesse logrado firmar o contrato objeto do certame. Trata-se a situação dos autos de hipótese de perda de uma chance que, por se relacionar a fato futuro e incerto, admite, apenas, o deferimento de indenização por danos morais que vai fixada conforme a efetiva chance que tinha a vítima de obter êxito no seu intuito, com vista nos elementos contidos nos autos. Indeferido o ressarcimento por danos morais decorrentes do abalo moral que alega ter sofrido a autora, por não haver prova de tal ocorrência e por não ser ela presumível. Inexistente comprovação específica dos prejuízos que teria despendido a demandante com a elaboração da proposta para apresentação no processo licitatório, não há como se deferir a respectiva indenização pretendida. Ação julgada parcialmente procedente. Configurada a hipótese do artigo 70, III, do CPC, julga-se procedente a denunciação da lide oferecida pelo réu e também a denunciação oposta pela denunciada ao Instituto de Resseguros do Brasil S/A. Apelo provido em parte”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70016094211. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Cláudio Baldino Maciel. Julgamento: 30 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009).

perda da possibilidade de cura e sobrevivência. Desse modo, o médico só poderá ser condenado a compensar o lesado a título de indenização por dano moral⁵⁷³.

A reparação restrita a danos extrapatrimoniais não é adotada em todas as situações por perda de chances, pois casos existem em que podem restar caracterizados “efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais”⁵⁷⁴ na probabilidade perdida.

Para a análise da reparação o ponto de partida é o objeto do dano, entendido como o interesse lesado. Por isso o conteúdo da chance será definido como material ou extrapatrimonial, assim, se ocorrer a “destruição de um bem ou a cessão de um negócio; se foi descumprimento de uma obrigação de prestar em dinheiro ou se do ato ilícito resultou a perda de determinada quantia”⁵⁷⁵, será dano material; entretanto se ocorrer a ofensa a um interesse jurídico não patrimonial, será a chance reparada como dano extrapatrimonial.

Ainda, pode ocorrer a lesão aos dois tipos de interesses, o que acarreta a reparação da chance tanto como dano material quanto extrapatrimonial.

7.1 DANOS MATERIAIS: LUCROS CESSANTES OU DANOS EMERGENTES?

O dano material, ou como definido por alguns autores como patrimonial⁵⁷⁶, é a lesão ocorrida em face de um bem que compõe o patrimônio do ofendido⁵⁷⁷ e pode se refletir como uma chance perdida⁵⁷⁸. Classifica-se

⁵⁷³ ROSÁRIO, *Grácia Cristina Moreira. A perda...*, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁷⁴ SEVERO, Sergio. *Os danos...*, *op. cit.*, p. 224.

⁵⁷⁵ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O dever...*, *op. cit.*, p. 199-200.

⁵⁷⁶ Salienta Bruno Oliveira MAGGI que: “o dano moral pode ser gerado por ofensa a bens não-patrimoniais ou patrimoniais, visto que alguns direitos de personalidade representam bens patrimoniais intangíveis, tais como o nome e a honra de uma pessoa. De modo simétrico, a lesão a bens não –patrimoniais, tais como a integridade física, podem ocasionar indenização por dano material. Portanto, não se deve utilizar a expressão dano material como um sinônimo para dano patrimonial, nem a expressão dano moral como sinônima de dano não-patrimonial”. (MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova proposta...*, *op. cit.*, p. 35).

⁵⁷⁷ Patrimônio entendido, em sentido jurídico, como “el conjunto de los derechos evaluables en dinero que corresponden a una persona”. (FISCHER, Hans A. *Los Daños Civiles y su reparación*. Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por Wenceslao Roces. Madrid: Gráfica Universal, 1928, p.6).

⁵⁷⁸ Diz-se dano material a lesão que “atinge os bens que integram o patrimônio de uma pessoa e cuja avaliação em dinheiro é sempre possível” (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 153). E, “(...) o dano patrimonial pode manifestar-se tanto pela perda de uma chance como pela forma derivada do dano por ricochete, sendo transmissível *causa mortis*” (SEVERO, Sergio. *Os danos...*, *op. cit.*, p. 39).

em dano emergente (positivo) e lucros cessantes (negativo)⁵⁷⁹. O primeiro diz respeito ao prejuízo efetivamente sofrido pelo ofendido, enquanto o segundo relaciona-se com o que deixou de lucrar⁵⁸⁰. Ambos podem ocorrer simultaneamente, provenientes de uma mesma conduta⁵⁸¹.

O Código Civil brasileiro no artigo 402 define a reparação dos dois casos, ao prever que “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”⁵⁸². Aquilo que efetivamente perdeu consiste no dano emergente e o que razoavelmente⁵⁸³ deixou de lucrar diz respeito aos lucros cessantes.

Os lucros cessantes têm como característica um interesse futuro, pois dizem respeito a um bem que ainda não pertence à pessoa no momento da ocorrência do prejuízo⁵⁸⁴. O dano emergente tem como característica majoritária o caráter de atualidade.

Entende-se que a diferença entre as duas classificações de dano material pode ser verificada através da atualidade do interesse que sofreu a lesão. Assim, se o dano é relativo a um bem que o ofendido já possui no instante em que o dano é ocasionado, existirá um dano emergente⁵⁸⁵. Mas quando se refere a um dano futuro, relacionado a um ganho que o ofendido virá a ter, tratar-se-á de lucro cessante⁵⁸⁶.

Fernando Pessoa JORGE conceitua lucro cessante como o que “o lesado tinha, no momento da lesão, um direito ao ganho que se frustrou, ou melhor, a titularidade de uma situação jurídica que, mantendo-se, lhe daria direito a esse ganho”⁵⁸⁷.

⁵⁷⁹ A denominação de danos materiais seria equivocada como afirma Fernando NORONHA, pois no seu entendimento: “A expressão dano material é, todavia, equivocada, devido a ser frequentemente usada como sinônima de ‘dano patrimonial’, que é realidade diversa (...) existem danos patrimoniais ligados a ofensas à pessoa e ainda existem danos extrapatrimoniais resultantes de lesões a coisas (ainda que neste caso tais danos se traduzam em reflexos anímicos para as pessoas ligadas a essas coisas, e portanto, em danos ainda pessoais)”. (NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito) e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. In: *Revista de direito privado*. Vol. 22. São Paulo: RT, 2005. p. 85).

⁵⁸⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O dever..., *op. cit.*, p. 202.

⁵⁸¹ “Com efeito, o dano emergente e o lucro cessante não passam do verso e do averso da mesma medalha. Por isso mesmo tanto podem aparecer juntos como isoladamente (...)” (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 16).

⁵⁸² BRASIL. Lei nº. 10.406..., *op. cit.* Art. 402.

⁵⁸³ “O termo razoável do nosso estatuto civil acha-se incrustado em todo enunciado de Direito e, por isso, está implícito em qualquer juízo ou decisão judicial. De outra parte, por variar no tempo e no espaço, o razoável de uns pode não ser razoável de outros”. (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 12).

⁵⁸⁴ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 321.

⁵⁸⁵ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 312.

⁵⁸⁶ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 313.

⁵⁸⁷ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos...*, *op. cit.*, p. 378.

Apesar de fácil conceituação, na prática a apuração do lucro cessante é mais difícil, por depender de fatos futuros⁵⁸⁸. Ainda, pode ser analisado por dois ângulos: “a) o prejuízo ocasionado pura e simplesmente com a paralisação de uma atividade lucrativa; b) o prejuízo decorrente da perturbação do ritmo de desenvolvimento dessa atividade”⁵⁸⁹.

A noção de lucro cessante muitas vezes se confunde com a perda da chance, por estarem ambos os conceitos relacionados à frustração de uma vantagem esperada⁵⁹⁰. Por isso, são ressaltadas algumas características dos lucros cessantes, a fim de averiguar a existência ou não de similitude entre essa verba e a chance perdida.

O lucro cessante diz respeito à lesão a um bem jurídico que, comprovadamente, seria incorporado ao patrimônio do ofendido no futuro, acaso a conduta culposa não tivesse ocorrido. A chance representa um resultado almejado incerto, mas provável, cuja impossibilidade de crescer o patrimônio do ofendido é atual.

Outra característica diferenciadora entre ambos é que na chance o resultado final depende de diversos fatores, não sendo possível demonstrar efetivamente a sua concretização, mas apenas a probabilidade de que viria a ocorrer, em virtude do processo que se desencadeava⁵⁹¹. O lucro cessante é o ganho que não se obteve, porque a conduta impossibilitou a sua obtenção⁵⁹².

Além dessas características, salienta-se que muitos dos exemplos

⁵⁸⁸ E “segundo a lição da experiência, o futuro é incerto”. (Antonio Lindbergh C. MONTENEGRO, *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 14). O mesmo autor, para melhor entendimento, exemplifica a verba de lucros cessantes. “Examinemos um exemplo de lucro cessante em relação a um táxi que por força de colisão provocada por outrem permaneceu paralisado, para conserto, durante cinco dias. Não se afigura descabido, segundo o curso causal hipotético, admitir-se que, além da renda normal, fosse lícito ao seu proprietário esperar um lucro extraordinário, se o acidente se deu em período de carnaval, quando, pela afluência de turistas, as gorjetas se mostram mais avantajadas. Fantasiosa seria tal pretensão de lucro extraordinário se inexistissem aquelas especiais circunstâncias com que contava o prejudicado no caso concreto. Registre-se, no entanto, que os pretendidos lucros cessantes poderiam cair por terra ante a prova de que, naquele período, o táxi já trafegasse em precárias condições, em razão do seu motor achar-se em adiantado estado de carbonização, que o levaria irremediavelmente à oficina de consertos, onde permaneceria por tempo não inferior a cinco dias”. (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 14).

⁵⁸⁹ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁹⁰ Afirma Maria Luisa Arcos VIEIRA (*La ‘perdida de oportunidad’...*, *op. cit.*, p. 147): “En la medida en que a las reclamaciones basadas en la pérdida de oportunidad subyace la idea de frustración de una ganancia que se podía haber conseguido de haber disfrutado de la oportunidad correspondiente, puede explicarse que tienda a relacionarse de manera casi instintiva aquella figura con el concepto de *lucrum cessans*, entendido como ganancia perdida, más que con el de daño emergente”.

⁵⁹¹ BOCCHIOLA, Maurizio. *Perdita di una chance...*, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁹² BOCCHIOLA, Maurizio. *Perdita di una chance...*, *op. cit.*, p. 61.

típicos adotados para explicar a teoria são mencionados pela doutrina como demonstração do que não pode ser reparado como lucros cessantes.

É o exemplo mencionado por Clóvis do Couto e Silva, de que “se alguém teve seu automóvel destruído, antes de competir, não pode almejar como lucro cessante o prêmio que poderia, ou mesmo, em certa circunstância, estaria quase obtido”⁵⁹³. A não participação em determinado evento é exemplo típico da perda de uma chance e, de acordo com o mencionado autor, não pode ser reparada como lucro cessante, o que demonstra a ausência de similitude entre ambos.

Da mesma forma, têm-se os exemplos apresentados por Adriano De Cupis⁵⁹⁴ sobre a impossibilidade de reparação por lucros cessantes em favor do jóquei que deixa o seu cavalo com um terceiro e esse não o apresenta em tempo para o início da corrida; o pintor que envia um quadro pelo correio para participar de uma exposição na qual poderá ser premiado e a pintura sofre deteriorações no caminho; assim como o advogado que deixa transcorrer o prazo para apresentação de recurso e retira do seu cliente a possibilidade de ver a sua pretensão analisada por outra instância com possibilidade de reforma da sentença proferida⁵⁹⁵.

Entende o autor que nestes casos não há que se falar em lucro cessante, pois seja na corrida hípica, na exposição da pintura ou na causa judicial, é impossível configurar que efetivamente existiria um acréscimo ao patrimônio do ofendido.

Portanto, o autor exclui do ressarcimento como lucros cessantes exemplos típicos da teoria da perda de uma chance. E outro não poderia ser o entendimento, pois os lucros cessantes dizem respeito ao que efetivamente deixou de ganhar e se não existia a garantia de ganhar o prêmio, não há que se falar em tal verba, estar-se-á diante da probabilidade em obter a vantagem econômica e, conseqüentemente, diz respeito a chance.

Mesmo diante de tais considerações que os distinguem, como os lucros cessantes estão relacionados a um ganho futuro que não será obtido em razão da conduta de um terceiro, a chance está relacionada a frustração de uma vantagem futura que também não será obtida, instintivamente, alguns doutrinadores relacionam a sua reparação com os lucros cessantes⁵⁹⁶.

Os manuais da responsabilidade civil, em sua maioria, ao comentar a presente teoria, apresentam tal confusão e inserem as breves linhas acerca do tema no tópico sobre lucros cessantes.

Também, grande parte da jurisprudência confunde a reparação pela perda de uma chance com os lucros cessantes. Inclusive, julgados existem que

⁵⁹³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O dever...*, op. cit., p. 204.

⁵⁹⁴ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, op. cit., pp. 318-319.

⁵⁹⁵ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, op. cit., p. 318.

⁵⁹⁶ VIEIRA, Maria Luisa Arcos. *La 'perdida de oportunidad'...*, op. cit., p. 147.

entendem como fundamento do pedido de lucros cessantes, a teoria da perda de uma chance, como ocorreu em um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre acidente de trânsito, que condenou o responsável pelo infortúnio ao pagamento de despesas médicas, locomoção, tratamento fisioterápico do ofendido e consertos da motocicleta, bem como lucros cessantes nos seguintes termos:

“3. Lucros cessantes. Por ser o reflexo futuro do fato sobre o patrimônio do requerente, que não estava trabalhando ao tempo do acidente, o lucro cessante exige maior cuidado na sua caracterização e fixação. No caso concreto, aplicável a teoria da perda de uma chance, uma vez que o autor tinha comprovada proposta de emprego na Madeireira Herval. Incidência também do art. 402 do Código Civil”⁵⁹⁷.

Ainda, corroborando a confusão realizada, menciona-se o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual o pedido de lucro cessante apresentado por empresa que se viu privada da utilização dos serviços telefônicos foi rejeitado por entender o relator do processo que: “não há demonstração, nos autos, da efetiva perda de uma chance, não se justificando, assim, o pedido de indenização por lucros cessantes”⁵⁹⁸.

Se as verbas não se identificam, não pode uma ser fundamento da outra e, assim, mesmo ausente a perda de uma chance, poderia estar presente eventual lucro cessante e vice-versa.

Existem julgados que bem apreciam a diferença da perda de uma chance, tal como o acórdão já citado nesse estudo sobre o julgamento da empresa de transporte que não entregou em tempo uma obra de arte, o que impossibilitou a participação em concurso. Neste caso foi definida a reparação da chance como danos emergentes, nos seguintes termos:

⁵⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 7002112420. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Orlando Heemann Júnior. Julgamento: 06 de dezembro de 2007. Disponível <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em 16 set. 2009. Com fundamentação idêntica: 1. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020884334. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Orlando Heemann Júnior. Julgamento: 06 de dezembro de 2007. Disponível <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em 16 set. 2009. 2. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70026290239. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Orlando Heemann Júnior. Julgamento: 02 de abril de 2009. Disponível <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em 16 set. 2009.

⁵⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70012678264. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgamento: 16 de março de 2006. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em 16 set. 2009.

Frise-se, até repetindo, que a indenização por perda da chance, como dito, é decorrente de dano material emergente na medida em que, quando da quebra do contrato, já havia na esfera patrimonial do autor a efetiva probabilidade de lograr êxito na exposição de arte, não se confundido, portanto, com o dano moral; [...] ⁵⁹⁹.

Admite Maria Luisa Arcos VIEIRA que existem situações em que a diferenciação entre a chance e o lucro cessante se apresenta nebulosa. A autora explica a diferença entre os dois através de diversos exemplos, dentre os quais, cita o da empresa artística que restou impossibilitada de estrear determinadas representações teatrais pela resolução unilateral do contrato firmado com o teatro ⁶⁰⁰.

A autora entende ser hipótese de lucros cessantes, visto que não existiriam condições aleatórias para a apresentação teatral que não ocorreu, pois a resolução unilateral do contrato acarretou a não apresentação e, por consequência, o não recebimento dos lucros que seriam esperados. O eventual abalo da empresa para as peças que seriam realizadas futuramente configuraria dano extrapatrimonial, sem que existisse verba a título de perda da chance ⁶⁰¹.

Sérgio Savi entende que a chance é uma subespécie de dano material emergente e não de lucros cessantes ⁶⁰², mas apresenta a seguinte questão prática:

[...] Se o juiz, diante de um pedido certo de indenização por lucros cessantes formulado pelo autor da ação, chegar à conclusão de que o caso é perda de chance (dano emergente), poderá ele conceder uma indenização a este título? A nosso sentir, o juiz deverá verificar cuidadosamente qual foi a real intenção do autor. Se foi a indenização por perda da chance, ainda que tenha qualificado equivocadamente como lucro cessante, o juiz deverá, em respeito à vontade do autor, julgar o pedido procedente, mesmo que o qualifique como dano emergente ⁶⁰³.

Mesmo ante a solução sugerida pelo aludido autor, as verbas não se confundem e nem poderiam ser formulados pedidos alternativos sobre a mesma verba, eis que as provas a serem produzidas versariam sobre pontos diferentes.

⁵⁹⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 471.982-0. Quinta Câmara Cível. Relator Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Rogério Ribas. Julgamento: 18 de novembro de 2008. Disponível <http://www.tjpr.jus.br>, acesso em 22 jul. 2009.

⁶⁰⁰ VIEIRA, Maria Luisa Arcos. *La 'perdida de oportunidad'...*, *op. cit.*, p. 149.

⁶⁰¹ VIEIRA, Maria Luisa Arcos. *La 'perdida de oportunidad'...*, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁶⁰² SAVI, Sergio. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁰³ SAVI, Sergio. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 71.

A chance como dano material corresponde à verba que, provavelmente, já integrava o patrimônio do autor quando da ocorrência da conduta⁶⁰⁴, por isso será considerada como dano emergente⁶⁰⁵, tendo em vista que a probabilidade estava presente no patrimônio do ofendido quando da interrupção do desencadeamento de eventos⁶⁰⁶ e, por isso, presente o caráter da atualidade, não se tratando de verba que viria a ser agregada, como é o caso dos lucros cessantes.

Há quem entenda que a chance seria um terceiro gênero de prejuízo, não sendo nem lucro cessante e nem dano emergente. É o posicionamento de Patrice Jourdain, para quem a chance é um prejuízo diverso do lucro cessante e do dano emergente, pois a indenização é correspondente a perda, quer dizer, à probabilidade de realizar uma vantagem esperada ou evitar a ocorrência de um resultado⁶⁰⁷. Neste sentido, defende Fernando Gaburri que:

Enquanto nos danos emergentes e lucros cessantes indeniza-se, respectivamente, por dano certo, pelos prejuízos verificados ou por aquilo que se deixou de ganhar, na perda de chance indeniza-se pela supressão de uma situação favorável que não se pode afirmar com certeza que se verificaria. O que ocorre no caso de perda de chance é verdadeira indenização pela possibilidade de uma perda mais ou menos provável. Aqui se indeniza tendo em vista o curso normal dos acontecimentos, considerando-se as hipóteses sempre nos limites do razoável e do demonstrável⁶⁰⁸.

Não se considera a chance como um terceiro gênero de reparação por dano material, porque a chance é um dano específico e pode ser reparada dentro da classificação preexistente para o dano material, isto é, danos emergentes e lucros cessantes, de tal sorte que a melhor posição é entender a chance perdida como dano emergente, porque quando da conduta a probabilidade já existe e, assim, se trata de verba com caráter de atualidade.

⁶⁰⁴ Pois a premissa nesse estudo, verificada no Capítulo anterior, é que a chance deve ser prévia à conduta. E, portanto, quando da ocorrência dessa, a probabilidade já existe e não se confunde com lucros cessantes.

⁶⁰⁵ Classificação essa já reconhecida pela doutrina italiana (GUALANO, Tommaso. *Perdita...*, *op. cit.*, p. 128).

⁶⁰⁶ GUALANO, Tommaso. *Perdita...*, *op. cit.*, pp. 128-126.

⁶⁰⁷ JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, *op. cit.*, p. 131. Argumenta Silvio de Salvo VENOSA (*Direito civil...*, *op. cit.*) que “Há forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento”.

⁶⁰⁸ GABURRI, Fernando. *Dano material...*, *op. cit.*, p. 85.

7.2 A CHANCE COMO DANO EXTRAPATRIMONIAL

O dano extrapatrimonial diz respeito à lesão a um bem não ligado ao patrimônio do ofendido, que englobaria “ofensas aos direitos morais da personalidade, ramificados em todas as suas hipóteses (tais como a honra, o nome e a intimidade), e de ofensas à integridade psicofísica e o dano-morte”⁶⁰⁹.

Os danos extrapatrimoniais são comumente denominados como danos morais, ante a expressão da doutrina francesa “*domage morale*”⁶¹⁰. Salienta Bruno Oliveira Maggi não ser correto utilizar a expressão dano moral para abranger o dano extrapatrimonial, eis que podem existir lesões a bens não patrimoniais, que possam ser classificadas como dano material⁶¹¹.

A denominação como dano extrapatrimonial também é objeto de críticas, sendo sugerido o vocábulo imaterial ou ideal⁶¹². Não obstante as relevantes críticas existentes, como se trata de expressão já inserida na doutrina e jurisprudência, essa verba será denominada como dano extrapatrimonial nesse estudo, tendo o dano moral como se seu sinônimo fosse.

Independente da denominação, a lesão a um bem entendido como não patrimonial será ressarcida, visto que o dano moral no direito brasileiro foi consagrado como objeto de reparação, a partir da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso V, preceitua “É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo além da indenização por dano material, moral e à imagem”⁶¹³.

Também, no mesmo dispositivo da Carta Magna, em seu inciso X, tem-se que: “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”⁶¹⁴.

A chance pode ter caráter extrapatrimonial, desde que a lesão em discussão seja um bem jurídico não patrimonial.

A fundamentação não pode se confundir com danos materiais⁶¹⁵,

⁶⁰⁹ MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova proposta...*, *op. cit.*, p. 35.

⁶¹⁰ DE CUPIS, Adriano. *El daño...*, *op. cit.*, p. 124.

⁶¹¹ MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova proposta...*, *op. cit.*, p. 36.

⁶¹² Pois essa seria a denominação que melhor corresponde a esse tipo de danos e “Possui ainda a vantagem de fazer compreender em sua órbita, tanto aqueles danos que o direito tradicional qualifica como danos morais indiretos (com reflexos no patrimônio), quanto os danos puramente morais (sem reflexos no patrimônio)” (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, *op. cit.*, p. 21)

⁶¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, *op. cit.*

⁶¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, *op. cit.*

⁶¹⁵ É o caso da compra de imóvel, no qual pagas as arras, em razão da não entrega de documento necessário, existiu a perda do negócio pelo promitente comprador (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70018213223. Vigésima Câmara Cível. Relator Desembargador José Aquino Flores de Camargo. Julgamento: 12 de

mas as verbas podem ser cumuladas⁶¹⁶, pois da mesma situação pode advir tanto lesão patrimonial quanto extrapatrimonial, assim como os demais casos da responsabilidade civil⁶¹⁷, com fundamento na Súmula n.º 37 do Superior Tribunal de Justiça, que consagrou: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”⁶¹⁸.

Todd Aagaard, em análise às situações médicas, exemplifica a chance como dano extrapatrimonial pela dor decorrente da perda de se ver curado, pela angústia de saber que não mais poderá ser submetido a um tratamento adequado⁶¹⁹. Assim, seriam casos em que presente o nexos causal entre a chance e uma efetiva lesão extrapatrimonial sentida, mas não em relação ao resultado final em si.

Além da necessária configuração de um efetivo dano e não mero incômodo, o dano extrapatrimonial será relacionado à chance e não ao resultado final. Seguindo os exemplos de situações médicas, mesmo ante um dano extrapatrimonial decorrente da morte de um ente querido em virtude de uma patologia preexistente, será reparado como chance extrapatrimonial apenas aquilo que deu causa a conduta do médico e não a dor sofrida pela perda deste ente.

Esse é o cuidado necessário para análise nos casos da perda de chance. Separar o resultado final e a chance perdida, visto que entre esse não existe nexos causal com a conduta adotada. Devem ser separados, também, os valores decorrentes da frustração em obter a vantagem e o que for decorrente da probabilidade que existia em alcançá-la. Ausente o nexos causal, não será reparado o resultado final.

Afirma Antonio Jeová dos Santos que a chance como dano extrapatrimonial deve ser quantificada considerando a situação acaso a vantagem esperada tivesse se concretizado, o grau de probabilidade que existia de se concretizar e o valor que seria obtido pela parte com tal concretização⁶²⁰.

setembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 set. 2009). A documentação não entregue dizia respeito a certidão negativa de débito do Condomínio perante o INSS, visto que a promitente vendedora, proprietária do imóvel, estava em débito com os recolhimentos previdenciários, o que acarretou a demora na elaboração da certidão e conseqüentemente, a perda do negócio. Na ação de indenização movida pelo promitente comprador o pedido de danos morais foi afastado. Entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que se tratava de mero aborrecimento, bem como porque os promitentes compradores tinham pleno conhecimento de que o proprietário do imóvel estava em débito para com o INSS, o que poderia acarretar a demora na entrega da certidão (CND). No tocante ao pedido de perda de uma chance, pela não concretização do negócio, foi afastada a indenização, porque se confundiam com o pedido de danos morais, não existindo prova dos efetivos prejuízos materiais.

⁶¹⁶ SAVI, Sergio. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 56.

⁶¹⁷ SAVI, Sergio. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 53.

⁶¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula n.º 37.

⁶¹⁹ AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing...*, op. cit., p. 5.

⁶²⁰ SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral...*, op. cit., pp. 107-108.

Através deste raciocínio, não seria a chance um elemento de majoração do dano extrapatrimonial, mas sim um dano moral próprio⁶²¹. Isso sem considerar que pode existir o dano moral puro ocasionado pela mesma conduta, além da chance com caráter de dano extrapatrimonial.

Para exemplificar são apresentadas duas situações concretas, analisadas pelo direito norte-americano, mencionadas por Todd S. Aagaard⁶²², que são os seguintes casos: James versus United States e Evers versus Dollinger. Em ambas as situações os ofendidos William James e Merle Evers não foram corretamente diagnosticados e por tal razão não foi constatado o câncer preexistente.

Para análise do dano, foram consideradas as condições físicas decorrentes da preexistente patologia e suas consequências por si só, bem como as condições que seriam resultantes dos possíveis tratamentos a serem adotados.

As cortes diferenciaram a dor sentida pela doença em si, incluindo os seus próprios resultados, e a frustração pela impossibilidade de tratamento correto. No julgamento de Evers versus Dollinger foram distinguidas as afetações psicológicas decorrentes da própria patologia preexistente daquelas provenientes da conduta do médico⁶²³, separando o que dizia respeito ao

⁶²¹ AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing...*, op. cit., p. 6.

⁶²² AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing...*, op. cit., p. 6.

⁶²³ Da citação dos dois casos extrai-se: “James and Evers also both claimed that their delayed diagnoses caused them emotional pain and suffering. The James court described ‘the mental anguish from the awareness of the lost opportunity’, the damages for which were to be offset by ‘the psychological benefit from not having known of his cancer [for two years prior to the delayed diagnosis]’. The Evers court noted the ‘anxiety, emotional anguish and mental distress’ caused by the defendant’s negligent failure to diagnose Ever’s cancer and found that ‘damages for Mrs. Ever’s emotional and mental suffering should be awarded upon proof that this distress resulted from defendant’s negligent failure to diagnose her tumor and effectuate prompt and proper treatment. As the Evers court was careful to note, the mental suffering caused by the preexisting condition – which was not compensable and not part of the tort injury – must be distinguished from the mental suffering caused specifically by the plaintiff’s knowledge ‘that defendant’s delay in her treatment had increased the risk that she would again fall victim, perhaps fatally, to the disease, which was compensable’” (AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing...*, op. cit., p. 6).

Tradução livre: Nos casos de James e Evers, ambos pleitearam a dor emocional e o sofrimento decorrentes do atraso no diagnóstico. A corte que julgou o caso de James descreveu “a angústia mental pela sensibilização da oportunidade perdida”, os danos foram compensados pelo “benefício psicológico em não ter conhecimento que tinha câncer [por dois anos ante o atraso no diagnóstico]. No julgamento Evers, a corte destacou que a “ansiedade emocional e a aflição mental”, causada pela conduta negligente do réu ao não diagnosticar corretamente o câncer da autora causou “danos à senhora Evers” emocional e sofrimento mental que devem ser reparados ante a comprovação de que a aflição resultou da negligência do médico em diagnosticar o tumor e efetuar prontamente o devido tratamento. No julgamento Evers a corte tomou o cuidado em verificar a condição mental causada pela doença preexistente – que não será compensada e não integra o dano reparável – e distingui-la do sofrimento decorrente especificamente da conduta do médico, ou seja, a ansiedade pelo conhecimento da autora de que o médico atrasou o possível

sentimento de lhe ter sido retirada a oportunidade de evitar o resultado final e a frustração psicológica em não mais existirem recursos para tentar uma cura ou a sobrevida em razão da conduta equivocada. Esses são exemplos de danos extrapatrimoniais a serem reparados como chance.

Sérgio Savi defende que, mesmo em casos de não restarem demonstrados os requisitos para a reparação por chance por danos materiais, pode ocorrer a reparação por dano extrapatrimonial, ante a simples frustração da expectativa⁶²⁴.

É importante restar configurada a lesão à moral, para evitar reparação sem devidas restrições, o que poderia embasar toda e qualquer vantagem não alcançada, pelo sentimento de mera frustração. É a mesma preocupação que a doutrina e a jurisprudência enfrentam para diferenciar os casos de danos extrapatrimoniais reparáveis e o mero incômodo.

Um exemplo que bem demonstra a existência da lesão a interesse moral e sujeita a reparação de chance é o pedido formulado por criança que não foi incluída no cadastro de adoção e, por tal razão, ficou por sete anos sem a chance de ser adotada.

Dos autos constata-se que julgado procedente o pedido de destituição de pátrio poder formulado pelo Ministério Público em face dos pais da criança, no ano de 2001, o processo foi indevidamente arquivado, sem que a Assistente Social fosse intimada para indicar casal habilitado a adotar o menor. O equívoco apenas foi verificado quando a criança já contava com sete anos de idade⁶²⁵.

tratamento e aumentou o risco dela ser vítima, talvez, fatal da doença, sendo isso o que será compensado.

⁶²⁴ SAVI, Sergio. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 56.

Neste sentido, cita-se o seguinte julgado: “Indenizatória Por Danos Morais. Transporte Rodoviário Intermunicipal. Descumprimento Contratual. Competidores De *Down Hill*. Campeonato Gaúcho. Impossibilidade De Embarque Das Bicicletas Em Ônibus Da Empresa Requerida. Alegação De Ausência De Espaço No Interior Do Veículo. Ausência De Prova. Atraso Na Chegada Ao Destino. Perda Da Etapa Classificatória. Dano Moral Caracterizado. Sentença De Improcedência Reformada. I. Preliminar de impugnação à AJG rejeitada por falta de prova da desnecessidade do benefício. II. Havendo injustificado impedimento dos passageiros, competidores de *down Hill*, em transportar suas bagagens pela empresa de transporte coletivo, que culminou com a perda da etapa classificatória da competição, devida é a indenização a título de danos morais, seja pela perda de uma chance de melhor colocação no campeonato, seja pelo abalo psíquico que claramente resultou do descumprimento contratual. Recurso provido. Unânime.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso nominado n.º 71001763796. Primeira Turma Recursal. Relator Dr. João Pedro Cavalli Júnior. Julgamento: 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em 28 set. 2009).

⁶²⁵ Destaca-se que a sentença foi desconstituída por ausência de intimação dos pais da criança e proferida, novamente, no ano de 2003. (RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível e Reexame necessário n.º 70026384438. Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgamento: 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 16 de setembro de 2009).

O menor, devidamente representado, propôs ação em face do Estado do Rio Grande do Sul, para que esse fosse condenado ao pagamento de danos extrapatrimoniais, o que foi deferido em primeira instância e confirmado pelo Tribunal daquele Estado, por entender que:

[...] o que em princípio seria o reinício de vida de uma criança abandonada em tenra idade gerou um longo período de espera inexplicável. Afinal, intimada ou não da sentença, a Assistente Social encarregada do caso não tomou qualquer providência, e os autos foram arquivados, gerando uma lacuna de 08 (oito) anos não só no processo, como também nos anos mais importantes da vida deste menino, em especial, porque uma criança de apenas um ano de idade possui chances infinitas vezes maiores de se recolocar em uma família substituta do que um menino de 09 (nove) anos de idade, o que é fato notório, além de bem comprovado no presente feito [...]. Ora, o montante indenizatório visa reparar, pelo menos em parte, a perda da oportunidade de o demandante ter uma família estruturada, que pudesse ter-lhe proporcionado educação em sentido amplo, e não só aquela obtida na escola, afeto, carinho, contatos sociais, lazer, etc.⁶²⁶

No caso mencionado, a lesão está na impossibilidade de ser inserido em um grupo familiar e se trata de chance, pois não há como afirmar a preexistência de pais que certamente adotariam o autor, mas sim as probabilidades que existiam para tanto.

Notório que a chance perdida gerou danos extrapatrimoniais e por isso, deve ser reparada a probabilidade perdida neste sentido, o que deverá ser analisado caso a caso, tal como ocorre com a reparação de danos extrapatrimoniais do dano final.

⁶²⁶ O referido acórdão restou assim ementado: Apelação Cível. Ação Indenizatória Contra O Estado. Danos Morais. Ausência De Inscrição Do Autor No Cadastro De Crianças Disponíveis Para Adoção. Perda De Uma Oportunidade. Flagrante o dano moral experimentado pela criança cujo encaminhamento para adoção restou suspenso, inexplicavelmente, por mais de oito anos, impedindo a sua chance de ser colocada em família substituta em tenra idade. Verba indenizatória. Correção monetária e juros. Termo a quo. Em se tratando de indenização por danos morais, evidencia-se mais adequada a incidência da correção monetária e dos juros a partir da prolação da sentença que fixou a indenização. Honorários advocatícios. Defensoria pública. Devido à confusão entre autor e devedor na mesma pessoa jurídica, não cabe a condenação do Estado ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública. Deram provimento ao recurso do autor e parcial provimento ao apelo do estado. (RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível e Reexame necessário n.º 70026384438. Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgametno em 18 de dezembro de 2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br, acesso em: 16 set. 2009.)

8. PARÂMETROS EXISTENTES PARA A QUANTIFICAÇÃO

A verificação do *quantum* a ser arbitrado como reparação da chance perdida é matéria de grande dificuldade para o magistrado, mas tal como ocorre com os danos extrapatrimoniais em geral, a dificuldade em apurar o *quantum* reparatório não pode acarretar a impossibilidade da sua indenização⁶²⁷, pois seria um ilogismo “reconhecendo a existência de um direito, negar-lhe tutela apenas por uma dificuldade de ordem prática”⁶²⁸.

A doutrina sugere alguns parâmetros para analisar o *quantum* reparável, a partir do valor da vantagem esperada (resultado final) e a probabilidade do resultado final ser alcançado⁶²⁹.

Por esse procedimento, o valor da chance como dano material será sempre inferior a quantia correspondente à vantagem esperada⁶³⁰, pois calculado através de percentuais da probabilidade existente.

É a adoção do método proporcional, que diz respeito a reparação da chance apreciada pelo percentual que se pode comprovar⁶³¹, a qual não poderá, independente de se tratar de chance positiva (frustração em obter um resultado almejado) ou negativa (a impossibilidade de se impedir um resultado desfavorável), ser equiparada a reparação que seria ao resultado final⁶³².

⁶²⁷ BENUCCI, Eduardo Bonasi. *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 46.

No mesmo sentido afirma Rafael Peteffi da SILVA: “Esse tipo de chance perdida possui um valor próprio. Assim, um bilhete de loteria representa nada mais do que a chance de ganhar determinado prêmio, e não se questiona que ele tenha determinado preço. É verdade que nem sempre é tão fácil se determinar o valor da chance perdida, mas isso não pode ser motivo para se negar a indenização de um dano existente”. (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 13)

⁶²⁸ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 317.

⁶²⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 672. No mesmo sentido, Sérgio SEVERO, *Os danos...*, *op. cit.*, p. 14). Miguel KFORUI NETO (KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 67). Na doutrina estrangeira: Roberto S. BRUER (Robert S. BRUER, *Loss of a chance...*, *op. cit.*, p. 7). Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT (FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc. *Droit civil: les obligations*. Vol. 2. Paris: Armand Colin, 1991.. p. 152). Todd S. AAGAARD (*Identifying and valuing...*, *op. cit.*, p. 7).

⁶³⁰ Com efeito, a reparação deve ser correspondente à chance perdida e não igual à vantagem que teria ocorrido se a chance tivesse se concretizado (Tradução livre. No original: “La réparation d’une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l’avantage qu’aurait procure cette chance si elle s’était réalisée”. 1. FRANÇA. Cass. 1re civ. 9 avr. 2002. 00-13.314 (n.º 628 F-P+B). Demandeur: Minart. Défendeur: CRAMIF. Décision attaquée: Cour d’appel de Douai, ass. ch., 17 janv. 2000. Recueil Dalloz. n.º 18. Paris: Dalloz, 2002, p. 1469. 2. FRANÇA. Cass. 2e civ. 9 avr 2009, n.º 08-15.977, F-P+B, Sté Pacífica c/ Rollet: Juris Data n.º 2009-047775. *Responsabilité Civile et assurances*. N.º 06. Fascículo 101. Citação 163. Paris: Juris Classeur, 2009, p. 1).

⁶³¹ MAKDISI, John. *Proportional liability...*, *op. cit.*, p. 22.

⁶³² AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing...*, *op. cit.* p. 5.

O resultado final, portanto, é utilizado apenas para o cálculo da reparação da chance e não para repará-la diretamente.

Assim, se o ofendido não obteve a vantagem esperada, não será a vantagem esperada que será reparada. Da mesma maneira, se o ofendido teve um resultado negativo, não é tal situação que será reparada, mas a probabilidade que impediria tal resultado negativo.

No caso da chance positiva, exemplifica-se a partir do julgamento do Recurso Especial n.º 788.459, proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, comumente denominado como o caso do “Show do Milhão”, que trouxe maior notoriedade a teoria da perda de uma chance, conforme já citado neste estudo⁶³³.

A discussão versava sobre o equívoco constante em uma das perguntas elaboradas em um programa televisivo (“Show do Milhão”). Pelas regras do jogo, cada resposta certa possuía um valor correspondente em dinheiro e ao acertar a penúltima pergunta do programa, o jogador alcançaria o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Na última pergunta, o participante, se errasse, perderia o valor acumulado e receberia apenas R\$ 300,00 (trezentos reais); acaso acertasse a resposta, ganharia barras de ouro equivalentes ao valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Também, poderia o jogador desistir de responder a última pergunta, recebendo o prêmio de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

No processo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, após ultrapassar a penúltima indagação, a autora da demanda foi submetida à última questão do programa e optou por não respondê-la, ante a constatação de que a mesma estava equivocadamente formulada⁶³⁴. Com isso, a autora manteve a premiação prevista de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), mas sentiu-se lesada, visto que seria impossível responder a última questão e lograr o prêmio final.

⁶³³ “Recurso Especial. Indenização Improriedade 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 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”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459. 4ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 mar. 2009).

⁶³⁴ A última pergunta era: “A constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território Brasileiro?” E existiam as seguintes possíveis respostas: (1) 22%; (2) 2%; (3) 4%; ou (4) 10%”. Ocorre que a Constituição Federal não prevê percentagem de terras aos índios. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459. 4ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível: www.stj.gov.br, acesso em: 10 mar. 2009).

Assim, pela má formulação da pergunta, foi retirada a chance de obter a premiação integral de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a “pergunta nos termos formulados não tem resposta”⁶³⁵ e por isso, a empresa responsável pelo programa tirou a chance da autora receber o prêmio final⁶³⁶.

O valor da reparação foi calculado a partir da vantagem esperada, a partir do percentual de probabilidades existentes para que a resposta fornecida fosse correta. E assim, entendeu o Ministro Relator que: “A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma ‘probabilidade matemática’ de acerto da questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida”⁶³⁷.

Com efeito, não era possível reparar integralmente, pois “não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão”⁶³⁸. Desta forma, utilizado o cálculo da probabilidade, tendo em vista que cada pergunta apresentava quatro respostas, existia uma chance de 25% (vinte e cinco por cento) da autora responder corretamente. E foi esse o valor atribuído a título de indenização pela chance perdida.

O exemplo mencionado diz respeito a frustração do resultado almejado, no qual era fácil verificar as probabilidades e obter um resultado preciso do seu percentual, eis que a vantagem esperada dependia do acerto de uma dentre quatro alternativas.

Contudo, essa solução não será satisfatória para averiguar o valor da chance a ser reparada quando a análise do percentual não for precisa, também quando se tratar de chances pela frustração em evitar um prejuízo, bem como quando a chance se referir a danos extrapatrimoniais.

⁶³⁵ Trecho do relatório proferido pelo Ministro Relator Fernando Gonçalves. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459. 4ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível: www.stj.gov.br, acesso em: 10 mar. 2009.)

⁶³⁶ Consta do referido acórdão o seguinte fundamento: “Nestas circunstâncias, firmado o debate no sentido de haver a recorrida optado por não responder a indagação diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, ou, na dicção da petição inicial, de ser a pergunta ‘irrespondível’, não se pode negar, em consonância com as instâncias ordinárias, que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do *quantum* perdido ou que razoavelmente haja deixado de lucrar”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459. 4ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 mar. 2009.)

⁶³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459. 4ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 mar. 2009.

⁶³⁸ Voto do relator. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459. 4ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 mar. 2009).

No caso da chance negativa, muito relacionada aos casos médicos, podem ser averiguadas cinco categorias de potenciais danos: o dano final, a perda da chance de sobreviver, o aumento da dor física ou outras perdas físicas, a perda emocional e eventuais danos consequentes como o aumento de custos⁶³⁹.

O resultado final deve estar presente, mas não será reparado. As últimas três categorias integrarão a chance (a perda da chance de sobrevida), o aumento da dor física ou outras perdas físicas, a perda emocional e os danos consequentes.

A existência de outras categorias de danos não é verificada apenas no caso da responsabilidade médica mencionada pelo autor, mas em outras situações, sendo possível inclusive cumular verbas de resultado final, tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, com a reparação da chance.

Como exemplo tem-se o transporte do cavalo de corrida que a caminho do hipódromo se envolve em acidente automobilístico. A reparação pode englobar o valor do animal, correspondente aos danos por ele sofridos, além do excepcional valor que ele apresentava no acidente, incluindo a perda de uma chance correspondente a probabilidade de conquistar o prêmio da corrida⁶⁴⁰.

O objetivo deste estudo é analisar as reparações das chances, quando patrimoniais e/ou extrapatrimoniais, tendo em vista que as demais verbas relacionadas ao resultado final são estudadas com maior rigor inclusive pela doutrina manualista da responsabilidade civil.

8.1 CRITÉRIOS ADOTADOS PARA A REPARAÇÃO DA CHANCE PATRIMONIAL

Conforme já mencionado neste estudo, quando se trata da teoria da perda de uma chance, deve existir uma probabilidade séria e real caracterizada como dano certo e atual, para então ser reparada.

Destarte, é a chance que será reparada, ou seja, a probabilidade que existia em obter uma vantagem esperada ou em evitar um prejuízo.

A partir do momento que existe a aferição do percentual de probabilidades existentes, será adotada a teoria da diferença, critério utilizado pela doutrina majoritária para apuração dos danos materiais, que “atentará para o valor individual do bem, ou seja, na sua conexão intrínseca e concreta no patrimônio do lesado, e não seu valor objetivo ou de mercado”⁶⁴¹.

Essa teoria realiza um cálculo aritmético, que avaliará o resultado da diferença (por isso seu nome) entre o patrimônio do ofendido anterior ao evento e aquilo existente após a ocorrência desse⁶⁴².

⁶³⁹ AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing...*, op. cit. p. 5.

⁶⁴⁰ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento...*, op. cit., p. 25.

⁶⁴¹ ASSIS, Araken de. *Liquidação...*, op. cit., p. 21.

⁶⁴² “De fato, o dano é antes de tudo um fenômeno físico e, como tal, costuma ser empiricamente

Para as situações da chance, a teoria da diferença deve ser analisada entre a probabilidade existente quando da ocorrência da conduta culposa, sendo reparado o que já se encontrava como provável a ser alcançado⁶⁴³ ou o prejuízo a ser evitado.

A apuração do *quantum* da reparação da chance não reside na culpa, mas sim na “análise do dano e da causalidade”⁶⁴⁴.

O nexa causal limitará a extensão do dano, para que o responsável repare o prejuízo sofrido em decorrência da sua conduta, nos termos do artigo 403, do Código Civil, “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”⁶⁴⁵.

Este artigo serve de parâmetro para a apreciação do valor da chance e pode ser adotado para casos de responsabilidade contratual e extracontratual⁶⁴⁶.

A expressão efeito direto e imediato deve ser interpretada de forma ampla, conforme mencionado neste estudo, quando se tratou do nexa causal.

Ainda, “o juiz chega à conclusão de que um dano foi ‘conseqüência certa e direta’ de determinado ato por meio de um julgamento probabilístico”⁶⁴⁷, o que salienta a necessária análise da probabilidade para a chance, tanto para a sua configuração, quanto para sua avaliação quantitativa.

Também, o artigo 403, do Código Civil, justifica a adoção do percentual da probabilidade a partir do dano final, como parâmetro para limitar o *quantum* a ser reparado, para que seja equivalente ao dano “direto e imediato”.

Examinada a extensão do dano limitada pelo artigo 403, do Código Civil, aplica-se o disposto no artigo 944, do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”⁶⁴⁸.

Esse dispositivo consagrou princípios já existentes no Direito que determinam a reparação do equivalente ao prejuízo sofrido⁶⁴⁹.

Essa necessária proporcionalidade entre o prejuízo sofrido e o *quantum* a ser reparado⁶⁵⁰, quando se trata de chances, é realizada pela probabilidade em

expresso pela seguinte fórmula aritmética: $P1 - P2 = D$, na qual P1 expressa o patrimônio no momento anterior, P2 corresponde ao patrimônio no momento posterior e D é equivalente ao dano. E, se é D, deve ser R (reparado), desde que imputável a um agente”. (SEVERO, Sérgio. *Os danos...*, *op. cit.*, p. 4).

⁶⁴³ A aplicação da equidade para apuração do *quantum* indenizatório é princípio consagrado nos países cultos. (RIOS, Arthur E. S. *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 72.)

⁶⁴⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁴⁵ BRASIL. Lei nº. 10.406..., *op. cit.*

⁶⁴⁶ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O dever...*, *op. cit.*, p. 199.

⁶⁴⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 141.

⁶⁴⁸ BRASIL. Lei nº. 10.406..., *op. cit.*

⁶⁴⁹ É o princípio da equivalência entre a reparação e o dano, como denominado em França de “le principe de l'équivalence entre la réparation et le dommage” (FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean Luc. *Droit...*, *op. cit.*, p. 355). Tradução livre: o princípio da equivalência entre a reparação e o dano.

⁶⁵⁰ “Desde a Lei de Talião, milenarmente conhecida pelo brocardo ‘olho por olho, dente por dente’

obter a vantagem almejada ou obstar o resultado que venha a ocorrer.

É importante mencionar que a reparação pela extensão da chance não é contrária ao princípio da reparação integral, pois não se trata de reparação parcial⁶⁵¹, mas sim de reparar a chance, como um dano específico⁶⁵², cujos efeitos imediatos e diretos podem ser atribuídos ao ofensor.

Como a regra é reparar todo o dano, mas nada além dele⁶⁵³, o artigo 944 do Código Civil, interpretado concomitantemente com o artigo 403, também, do Código Civil, possibilita a reparação integral da chance, equivalente ao prejuízo causado diretamente pelo ofensor, sem contrariar o princípio da reparação integral.

Não seria certo, com fundamento no princípio da reparação integral, requerer o ofendido a reparação do valor da vantagem almejada⁶⁵⁴ ou do resultado que esperava não acontecer, sob pena de se caracterizar um enriquecimento indevido⁶⁵⁵, eis que ausente onexo causal.

A análise da probabilidade e do *quantum* variam de acordo com a modalidade da chance.

Nos casos que o ofendido espera obter uma vantagem, mas não a alcança em razão da conduta do ofensor, o dano material será averiguado pela teoria da diferença, a partir das probabilidades existentes para apurar quantas chances efetivas o agente possuía de obter tal vantagem.

O caso do show do milhão acima mencionado⁶⁵⁶ era facilmente verificado o percentual que existia para obter a vantagem esperada, eis que em quatro alternativas, apenas uma delas estava correta.

Fácil realizar, portanto, o cálculo aritmético do *quantum* correspondente

existe nos sistemas jurídicos a idéia da proporcionalidade. Este ideário informa o Direito do trabalho, penal, o material, quer no processual, é de observar-se o relativo equilíbrio entre a ação e a reação, entre a conduta e a sanção". (ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral...*, op. cit., p. 50).

⁶⁵¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 680.

Em sentido contrário, Vaneska Dorato ARAÚJO (*A perda...*, op. cit., p. 449): "A despeito do que afirma o respeitável doutrinador, somos do entendimento de que a reparação pela perda da chance é efetivamente parcial e não é apta a recolocar totalmente a vítima em seu estado anterior". Compartilha do entendimento que não é capaz reconstituir o *status quo* da vítima o autor Alain BÉNABENT (*Droit civil...*, op. cit., p. 404)

⁶⁵² RÉTIF, Samuel. *Conditions de la responsabilité...*, op. cit., p. 14.

⁶⁵³ "Tout le dommage mais rien que le dommage". (JOURDAIN, Patrice. *Les principes...*, op. cit., p. 141). Tradução livre; Todo o dano, mas nada além do dano.

⁶⁵⁴ BENABENT, Alain. *Droit civil...*, op. cit., p. 404.

⁶⁵⁵ O enriquecimento indevido é caracterizado pela vantagem de um em razão da desvantagem de outro, de forma injustificada ou sem causa. (ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. *Derecho...*, op. cit., p. 588).

⁶⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459. 4ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível: www.stj.gov.br, acesso em: 10 mar. 2009.

ao resultado final e a probabilidade que existia em alcançar tal resultado, que era de 25% (vinte e cinco por cento), tendo em vista a existência de quatro alternativas e, por isso, a probabilidade de acerto no percentual mencionado.

É a partir da análise do valor do resultado final que se esperava obter, mas não se obteve em razão da conduta do ofensor, e a probabilidade que existia antes da conduta do ofensor, que é possível verificar o valor da chance a ser reparada.

A leitura desta frase parece levar a crer que se trata de fácil apuração o *quantum* da chance perdida, contudo, se o próprio dano, considerado como prejuízo final, apresenta dificuldades de reparação, sendo raros os casos em que pode ser apurado por uma simples análise entre o patrimônio anterior e o resultante após a ocorrência do evento, o mesmo ocorre com a chance⁶⁵⁷, que se baseia na probabilidade.

São duas dificuldades a serem enfrentadas, a primeira é o grau da probabilidade existente para se obter a vantagem esperada e a segunda, o valor patrimonial desta probabilidade que seria (mas não o foi) agregada ao patrimônio do ofendido.

Como é a probabilidade perdida que será reparada⁶⁵⁸, indubitavelmente, deve ser averiguado o seu percentual, pois nos termos do artigo 944, do Código civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”⁶⁵⁹.

A probabilidade pode não ser precisa, sendo apreciado através de avaliação proporcional (*proportional valuation*⁶⁶⁰), alcançando-se uma mera estimativa⁶⁶¹, o que poderá acarretar problemas de valores incorretos⁶⁶², tanto para mais quanto para menos.

⁶⁵⁷ Afirma Hans A. FISCHER que: “El daño es un resultado material, de hecho. Para fijarlo, precisa tener en cuenta todas las circunstancias concretas que se deriven de la causa del daño, con su carácter de perjuicios o ventajas. Sólo en rarísimos casos aparecen tan claros los coeficientes de que resulta el daño total, que baste una simple suma o sustracción para hacer el balance. La ilación de los diferentes hechos en la relación de causa a efecto y la prueba de la conexión causal dificultan extraordinariamente la apreciación del daño. Estas dificultades, inherentes a todo problema de evaluación de daños, resaltan singularmente en el proceso”. (FISCHER, Hans. *Los daños...*, *op. cit.*, p. 129)

⁶⁵⁸ “Apelação. Ação De Responsabilidade Civil. Indenização Por Danos Materiais E Morais. Alegação De Desídia Em Serviços De Advogados Que Não Interpuseram O Recurso Cabível Em Outra Demanda. (...) Indenização Que Não Se Calcula Sobre O Valor Do Benefício Esperado, Mas Com Base Na Chance Em Si Que Fora Desperdiçada. Verba Arbitrada Atendendo Aos Princípios Da Razoabilidade E Proporcionalidade. Sentença Que Se Mantém. Recursos Conhecidos E Desprovidos”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.03832. Primeira Câmara Cível. Desembargadora Myriam Medeiros da Fonseca Costa. Julgamento em 01º de abril de 2008).

⁶⁵⁹ BRASIL. Lei n.º. 10.406..., *op. cit.*

⁶⁶⁰ AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing...*, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁶¹ MAKDISI, John. *Proportional liability...*, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁶² AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing...*, *op. cit.*, p. 13.

Mas, a incerteza está no grau efetivo da probabilidade e não da sua existência, eis que se não comprovada, não há o que se reparar, pois não existe chance e, conseqüentemente, não será aplicável a teoria.

Conforme mencionado no Capítulo II, a probabilidade pode ser avaliada por dados estatísticos preexistentes e quando da ausência desses, através da comparação de casos análogos⁶⁶³.

Foi o que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adotou quando da análise de pedido indenizatório fundado na teoria da perda de uma chance, no qual os advogados não teriam comunicado a autora de demanda trabalhista da data da audiência inicial. Através da instrução do processo, entendeu-se que existiam grandes probabilidades de êxito na demanda, em especial, ante a existência de lides semelhantes propostas pelos próprios réus⁶⁶⁴.

A indenização foi arbitrada a partir das condenações existentes nas ações análogas, constando da decisão a justificativa da condenação nos seguintes termos:

Assim, demonstrada a perda da chance da autora em ver-se ressarcida judicialmente pelos seus créditos trabalhistas, resta apenas quantificá-los. Nesse ponto, tem-se que o cotejo realizado com a ação movida pela testemunha Melânia permite que se chegue a uma quantia aproximada do que receberia efetivamente a autora, técnica permitida pela aplicação da equidade ao caso.

Assim, da análise detalhada da prova produzida, observa-se que a testemunha pediu em sua reclamatória trabalhista R\$ 7.000,00 (fls. 66/68) e recebeu da massa falida, após as devidas correções e rateio, o valor de R\$ 7.460,44 (fls. 77/78), ou seja, 106% do valor inicialmente pretendido. Traçando um paralelo com a ação movida pela autora, através da qual postulava R\$ 9.000,00, tem-se que receberia cerca de R\$ 9.540,00. Diante do exposto, merece ver-se ressarcida a autora ao menos no valor por ela pedido de R\$ 9.000,00 a título de danos materiais (lucros

⁶⁶³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 134-135.

⁶⁶⁴ Do corpo do acórdão retira-se: “No caso em tela, verifica-se que os réus ingressaram com mais quatro demandas contra o mesmo réu – ao todo cinco reclamatórias trabalhistas – tendo em todas outras obtido sucesso. (...) Desta forma, apresentando as ditas ações fundamentos semelhantes, guardando-se as particularidades de cada caso, tenho que, se não certo, ao menos bastante provável que restasse vitoriosa também a autora do presente feito. Assim, demonstrada a perda da chance da autora em ver-se ressarcida judicialmente pelos seus créditos trabalhistas, resta apenas quantificá-los”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível n.º 71001196195. Primeira Turma Recursal Cível. Relator Doutor Ricardo Torres Hermann. Julgamento em 12 de julho de 2007.)

cessantes), não havendo entretanto como reconhecer danos morais, por se tratar de mero inadimplemento contratual⁶⁶⁵.

Como mencionado pelo julgado acima, a apuração do *quantum* indenizatório foi realizada pela equidade, critério que ao ser adotado deve ser analisado a partir da razão e boa-fé⁶⁶⁶.

Quando inexistentes critérios estatísticos ou parâmetros análogos, apurar-se-á o *quantum* indenizatório pelas características constantes do próprio caso concreto, através do valor do resultado final e a probabilidade em ser alcançada a vantagem esperada.

Devendo sempre ser referenciado que a reparação da chance não poderá ser correspondente ao resultado final esperado, pois “o valor da chance só pode ser aferido através do cômputo do grau de probabilidade, que havia, de vir a concretizar-se o resultado que estava em expectativa”⁶⁶⁷.

Apurado o percentual da probabilidade da chance, por dados estatísticos, análogos ou critérios presentes no próprio processo, verifica-se o valor do resultado final que seria agregado ao patrimônio do ofendido e, pela teoria da diferença (entre o resultado final e o percentual da probabilidade), calcula-se quanto efetivamente o ofendido deixou de ganhar em razão da conduta do ofensor, sendo o resultado o *quantum* a ser reparado.

A segunda modalidade da perda de uma chance, consistente na frustração em evitar um prejuízo será apreciada, também, pela probabilidade.

⁶⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível n.º 71001196195. Primeira Turma Recursal Cível. Relator Doutor Ricardo Torres Hermann. Julgamento em 12 de julho de 2007.

⁶⁶⁶ “Pelo princípio da equidade, mais deve ser atendida a razão, que a impõe, vista pela *boa-fé*, do que a própria regra do Direito. Sendo assim, a *equidade* é que se funda na circunstância especial de cada caso concreto, concernente ao que for *justo* e *razoável*. E, certamente, quando a lei se mostrar injusta, o que se poderá admitir, a equidade virá corrigir seu rigor, aplicando o princípio que nos vem do Direito. Natural, em face da *verdade sabida* ou da *razão absoluta*”. (PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico*. Vol. 2. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 180). “Na concepção aristotélica, equidade não é legalmente justo, mas sim a correção da justiça legal. O equitativo é o justo. O CPC/39 114 mandava o juiz, ao decidir por equidade, aplicar a norma que estabeleceria se fosse o legislador. Na classificação de Alípio Silveira (*Conceito e funções da equidade*, pp. 60-62), há três acepções para o conceito de equidade: a) em sentido amplíssimo, é princípio universal de ordem normativa relacionado a toda conduta humana, do ponto de vista religioso, moral, social e jurídico, que todo homem deve obedecer porque se constitui em suprema regra de justiça; b) em sentido amplo, confunde-se com os conceitos de justiça absoluta ou ideal, com os princípios de direito e com a idéia de direito natural; e c) em sentido estrito, equidade é a justiça no caso concreto”. (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1997. p. 435)

⁶⁶⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, *op. cit.*, p. 679.

Ocorre que, diversamente da primeira modalidade, não existiu a impossibilidade em alcançar uma vantagem, mas sim, em obstar um prejuízo.

E como reparar o dano resultante da conduta que não impediu a ocorrência de um prejuízo? A resposta deve ser pelo valor deste prejuízo.

Mas não do prejuízo em si, mas efetivamente da probabilidade que existia em evitá-lo.

Quando diz respeito à frustração em interromper um prejuízo que vem a se concretizar, a dificuldade está em quantificar o prejuízo final, por exemplo, “se a falha médica subtraiu dois terços das chances de vida da vítima, a reparação deve guardar a mesma proporção em relação ao dano final verificado”⁶⁶⁸, contudo, não é possível quantificar esse prejuízo final, pela impossibilidade de atribuir um valor patrimonial pela vida.

Tal como no exemplo acima mencionado, bem como quando se trata de dano extrapatrimonial na interrupção do desencadeamento dos eventos, o resultado final não é certo e, por isso, o cálculo aritmético da chance através da percentagem do benefício esperado torna-se inócuo. Seja pela imprecisão do percentual, seja pela impossibilidade de aferir qual seria o valor da vantagem final.

O que acontece na maioria dos casos dessa modalidade de chance é que a reparação será avaliada como danos extrapatrimoniais. Por tal razão, em casos médicos, a chance perdida é normalmente compensada como dano extrapatrimonial⁶⁶⁹.

8.2 A COMPENSAÇÃO DA CHANCE: O DANO EXTRAPATRIMONIAL

A chance possui características patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo que para a reparação desta última categoria de dano são utilizados os padrões adotados para o dano tradicional, com a ressalva de que será reparada apenas a dor decorrente da chance perdida e não a integralidade do prejuízo sofrido ou da vantagem que se esperava⁶⁷⁰, eis que a obrigação é de “reconstituição do lesado na situação que existiria se não se tivesse verificado o evento”⁶⁷¹ e nada mais.

A dificuldade em compensar os danos morais está em atribuir valores ao objeto de relação jurídica que, essencialmente, não tem conotação econômica

⁶⁶⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações...*, op. cit., p. 688.

⁶⁶⁹ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A perda...*, op. cit., p. 11.

⁶⁷⁰ AAGAARD, Todd S. *Identifying and valuing...*, op. cit., p. 6.

⁶⁷¹ “Na jurisprudência não existem critérios uniformes e consensuais de avaliação e quantificação dos montantes indenizatórios para os danos não patrimoniais, existindo, muitas vezes, disparidades de montantes atribuídos, arbitrariamente. É verdade que os poderes do juiz na graduação deste tipo de danos ou prejuízos é amplo e os montantes fixados dependem quase exclusivamente da sua ponderação unilateral e do seu bom senso” (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial...*, op. cit., p. 26).

alguma. Na maioria dos casos, sem restringir a modalidade da chance perdida, denota-se que as quantias são atribuídas por mera intuição⁶⁷².

A doutrina adota alguns parâmetros que, não obstante críticas existentes, são utilizados na tentativa de atribuir o valor econômico a algo não patrimonial, sempre com vistas a evitar o enriquecimento ilícito, grande preocupação nos casos de danos morais⁶⁷³, devendo o valor ser proporcional ao efetivo dano sofrido (isto é, à chance).

Pela doutrina tradicional, o dano extrapatrimonial é avaliado pelo grau de culpa do ofensor, pela capacidade econômica financeira do ofensor e do ofendido, e a extensão do dano sofrido⁶⁷⁴. Critérios que serão utilizados para apuração da reparação da chance.

O primeiro critério acima mencionado se refere ao elemento culpa. Se a doutrina clássica não se preocupava com a graduação da culpa para a responsabilidade civil⁶⁷⁵ e cada vez tentava se afastar deste pressuposto através da objetivação do instituto, esse posicionamento foi alterado com o advento do Código Civil de 2002, em razão do artigo 944, que define em seu *caput* que a indenização é medida pela extensão do prejuízo e, no parágrafo único, dispõe sobre a possibilidade de redução da indenização em razão do grau de culpa⁶⁷⁶.

Como o dispositivo legal é expresso no sentido de redução pelo grau de culpa, ainda que tenha o ofensor agido com culpa gravíssima, não pode existir uma majoração da extensão do dano, apenas redução⁶⁷⁷.

⁶⁷² Como afirma Maria Celina Bodin de MORAES (*Danos à pessoa...*, *op. cit.*, p. 37): “No âmbito da problemática da reparação dos danos morais, muito mais relevante, porém, parece ser o fato de que os magistrados não costumam motivar com precisão como alcançaram o valor indenizatório. Utilizando, na maioria dos casos, apenas os argumentos genéricos da ‘razoabilidade’ e do ‘bom senso’, e quase sempre com base apenas na intuição, a determinação do valor devido – composto pela quantia compensatória somada à atribuída à título de punição – não está vinculada a qualquer relação de causa e efeito, de coordenação com os fatos provados no processo, deixando sem detalhamento o percurso que levou o julgador a atribuir aquela quantia, em lugar de outra qualquer. O resultado é a notória disparidade, lamentável consequência das arbitrariedades que surgem em lugar dos arbitramentos determinados pelo legislador.”

⁶⁷³ ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral...*, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁷⁴ É importante ressaltar que essa é a verificação frequente e não unânime para atribuição dos danos morais. Como bem afirma Maria Celina Bodin de MORAES (*Danos à pessoa...*, *op. cit.*, p. 275): “Os critérios adotados na compensação do dano moral no Brasil variam muito, mas nota-se que são presenças frequentes nas decisões judiciais o critério da extensão do prejuízo, o critério do grau de culpa e o critério relativo à situação econômico – financeira, tanto do ofensor quanto da vítima”.

⁶⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...*, *op. cit.*, p. 296.

⁶⁷⁶ BRASIL. Lei nº. 10.406..., *op. cit.* “Artigo 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

⁶⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...*, *op. cit.*, p. 297.

A existência de tal dispositivo não significa dizer uma exaltação do pressuposto da culpa, mas sim uma adequação a determinadas situações, dentro dos critérios da própria evolução da responsabilidade civil, como afirma Anderson Schreiber:

A inovação do art. 944 pode, sim, ser vista como uma atenuação dos rigores do método abstrato, mas em plena consonância com o desenvolvimento de padrões de diligência mas atentos às circunstâncias concretas envolvidas. Isto de forma alguma significa uma retomada da concepção psicológica da culpa, seja porque a norma se limita à redução, seja porque trata exclusivamente da quantificação do dever de indenizar, e não de sua deflagração, para a qual mesmo a leve desconformidade com o *standard* específico de comportamento se mostra suficiente. Não se trata, portanto, de um retrocesso no caminho da culpa rumo à sua análise normativa, mas de uma elevação da importância dispensada à situação fática que se aprecia, em conformidade com o já mencionado distanciamento do paradigma positivista e cientificista, que marca a construção original da culpa normativa.⁶⁷⁸

O critério terá relevância quando se tratar da concorrência de culpas⁶⁷⁹, muito comum no caso da chance, pois o benefício não foi alcançado pela existência de outras concausas.

O parágrafo único é a exceção à regra geral prevista no *caput* do artigo 944 do Código Civil, quando a reparação será reduzida equitativamente “mediante a aferição do grau de culpa, cuja gravidade influenciará a quantificação – sem cotejo com a extensão do prejuízo”⁶⁸⁰.

Salienta Sérgio SAVI que, a reparação equitativa em casos de desproporção entre a culpa e o dano não está em conflito com o princípio constitucional da reparação integral, pois, “A leitura do mencionado dispositivo deve ser sistemática e de acordo com a Constituição Federal”⁶⁸¹.

No caso da reparação por chances a aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002 encontra posicionamentos contraditórios⁶⁸².

Entende Miguel Kfoury Neto que nos casos de responsabilidade médica, quando a culpa é leve, a indenização da chance deve ser fixada em

⁶⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, op. cit., pp. 43-44.

⁶⁷⁹ SAVATIER, René. *Traité...*, op. cit., p. 198.

⁶⁸⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Graus de culpa...*, op. cit., p. 52.

⁶⁸¹ SAVI, Sergio. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 89.

⁶⁸² KFOURI NETO, Miguel. *Graus de culpa...*, op. cit., p. 62.

consideração ao parágrafo único do referido dispositivo legal⁶⁸³.

Para Rafael Peteffi da Silva, o parágrafo único do aludido dispositivo legal não se aplica para a avaliação da chance perdida, pois se considerada como dano específico será apreciada pela conduta culposa e o nexo causal a ela referentes; e em casos de responsabilidade médica, o nexo causal delimitará o valor da chance⁶⁸⁴.

Efetivamente, definida a chance pela extensão do dano e do efeito direto e imediato, considerado como um dano específico, não há que se falar na graduação da culpa. Assim, não se aplica o parágrafo único do artigo 944, do Código Civil, mas sim os artigos 403 e 944, *caput*, ambos do Código Civil, interpretados concomitantemente.

Destarte, não é o grau da culpa que deve ser analisado para atribuir o valor ao dano moral, mas sim a sua extensão e o nexo causal, o que leva a concluir que o primeiro e o último critério se confundem.

Do critério lógico das questões socioeconômicas, existem duas grandes críticas. Ao ser analisada a condição do ofensor, pode decorrer um caráter de punição na reparação⁶⁸⁵. Enquanto, da apreciação desta condição ao ofendido, pode acarretar uma reparação diferente ao mesmo dano, inferior para aquele que detenha menores condições econômicas ou superior para aquele que possua maior patrimônio, seria como “atribuir menos a quem tem menos, e mais a quem tem mais”⁶⁸⁶.

É o que afirma Anderson Schreiber:

[...] A utilização do critério da situação econômica da vítima ao inverso – para conceder maior indenização aos menos favorecidos economicamente – pode parecer, à primeira vista, uma idéia sedutora, mas cria a intolerável injustiça de lançar sobre o indivíduo responsável pela indenização o ônus de uma justiça distributiva ainda não alcançada pelo poder público ou pela sociedade civil como um todo. Além disto, fazendo a indenização superar a extensão efetiva do dano estar-se-ia aí sim dano margem ao enriquecimento sem causa e convertendo a responsabilidade em punição⁶⁸⁷.

O autor sugere que não deve ser avaliada a condição do ofendido, mas sim a repercussão da lesão, ou seja, “a consequência social do dano relativamente à pessoa da vítima”⁶⁸⁸.

⁶⁸³ KFOURI NETO, Miguel. *Graus de culpa...*, op. cit., p. 66.

⁶⁸⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 213.

⁶⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...*, op. cit., p. 298.

⁶⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...*, op. cit., p. 298.

⁶⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. *Arbitramento do dano moral...*, op. cit., p.12.

⁶⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...*, op. cit., p. 303.

O terceiro critério que diz respeito a extensão do dano está relacionado com a reparação apenas e dentro dos limites do dano, não podendo ultrapassar o que efetivamente diz respeito à chance. Isto é, não pode ser reparado o resultado final, mas tão somente a probabilidade em obter a vantagem esperada ou obstar o prejuízo sofrido.

Não obstante existam vários critérios possíveis a serem seguidos, o Superior Tribunal de Justiça, baseado em seus prévios julgamentos, apresentou parâmetros para situações específicas, além da análise de casos que podem ou não ensejar a reparação por esse dano⁶⁸⁹.

Esses parâmetros não podem ser considerados como mero tabelamento, pois tal procedimento estaria na contramão do que se pretende com a reparação e proteção da pessoa humana⁶⁹⁰. Não é possível avaliar o *quantum* reparatório sem averiguar determinadas peculiaridades do caso, eis que cada um terá reflexos diferentes na psiquê⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Da notícia veiculada na página da internet do Superior Tribunal de Justiça, em 13 de setembro de 2009, destaca-se as seguintes justificativas para a apresentação de tais parâmetros: “O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ sob a ótica de atender a uma dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida. Como é vedado ao Tribunal reapreciar fatos e provas e interpretar cláusulas contratuais, o STJ apenas altera os valores de indenizações fixados nas instâncias locais quando se trata de quantia irrisória ou exagerada. (...) Para o Presidente da Terceira Turma do STJ, ministro Sidnei Beneti, essa é uma das questões mais difíceis do Direito brasileiro atual. ‘Não é cálculo matemático. Impossível afastar o subjetivismo’, avalia. De acordo com o ministro Beneti, nos casos mais freqüentes, considera-se, quanto à vítima, o tipo de ocorrência (morte, lesão física, deformidade) e o padecimento para a própria pessoa e familiares, circunstâncias de fato, como a divulgação maior ou menor e conseqüências psicológicas duráveis para a vítima. (...) Tantos fatores para análise resultam em disparidades entre os tribunais na fixação do dano moral. É o que se chama de ‘jurisprudência lotérica’. O ministro Salomão explica: para um mesmo fato que afeta inúmeras vítimas, uma Câmara do Tribunal fixa um determinado valor de indenização e outra Turma julgadora arbitra, em situação envolvendo partes com situações bem assemelhadas, valor diferente. ‘Este é um fator muito ruim para a credibilidade da Justiça, conspirando para a insegurança jurídica’, analisa o ministro do STJ. ‘A indenização não representa um bilhete premiado’, diz”

Ao final da notícia são apresentados os “casos” e a quantificação do STJ. Por exemplo, “Morte dentro da escola = 500 salários. Paraplegia = 600 salários. Morte de filho no parto = 250 salários” e assim por diante.” (STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais. Superior Tribunal de Justiça, 13 set. 2009. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679 Acesso em: 14 de outubro de 2009)

⁶⁹⁰ “(...) Solução muito melhor que o tabelamento é aplicar em sua plenitude o artigo 944, *caput*, do novo Código Civil, adequando a indenização à compensação integral dos prejuízos sofridos pela vítima, e afastando do arbitramento do dano moral qualquer consideração de ordem punitiva”. (SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do *dano moral...*, *op. cit.*, p. 24)

⁶⁹¹ Como bem denota Luís Ricardo Fernandes de CARVALHO: “(...) Cada indivíduo sente o fato gerador do dano de uma determinada maneira e intensidade. Por isso, não teve sucesso a doutrina que procurou fixar critério objetivo para sua mensuração. Na análise da quantificação da indenização por danos morais, deve-se ter em mente a realidade social e cultural da localidade

Permanecem, assim, os critérios existentes sobre a apuração do *quantum* da indenização por danos extrapatrimoniais e são utilizados os valores apresentados pelo Superior Tribunal de Justiça como meros parâmetros.

Ademais, a adoção de um tabelamento seria contrária à reparação plena, que apresenta seus fundamentos nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, pela posição constitucional da pessoa humana e sua dignidade⁶⁹². Por isso, a necessidade de averiguar cada situação em específico, com a impossibilidade de ser utilizado um “método ou critério, matemático ou mecânico, válido para todos”⁶⁹³.

Em decorrência da tutela geral estabelecida em nível constitucional, a reparação do dano extrapatrimonial não poderá ser limitada por legislação infraconstitucional, mediante a imposição de tetos, que, se anterior à Constituição, deverá ser considerada como não recepcionada, e, se posterior, deverá ser tida por inconstitucional⁶⁹⁴.

Desta maneira, a limitação e tabelamento da reparação por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro não são permitidos, sendo que os valores e situações noticiados pelo Superior Tribunal de Justiça dizem respeito apenas a parâmetros para a reparação.

No caso da chance, os parâmetros a serem utilizados devem ser os mesmos do dano tradicional, sempre ressaltando que a chance não é o dano final, devendo ser verificada a extensão do dano extrapatrimonial efetivamente causado pelo ofensor, ou seja, o percentual da probabilidade que existia em evitar o prejuízo ocorrido ou alcançar a vantagem esperada.

Por exemplo, não pode o ofensor ser condenado pela frustração do ofendido em não obter o prêmio esperado quando impossibilitado de participar de determinada competição, a reparação deve ser condizente com a dor de não poder participar do certame e a impossibilidade de saber se seria capaz de alcançar o primeiro prêmio ou não, mas de forma alguma poderá ocorrer a reparação pela dor moral de ter perdido o prêmio esperado, eis que esse nunca será possível saber se seria recebido.

No caso da perda da chance em evitar um prejuízo, não pode ser o prejuízo em si a fundamentação para a reparação do dano extrapatrimonial, por exemplo, não é possível condenar o médico pela morte de seu paciente e a dor sentida pelos familiares, visto que não é possível afirmar se existiria cura a do

onde o dano ocorreu, bem como o âmbito de abrangência e incidência da indenização por danos morais vigente em nosso ordenamento jurídico”. (CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. Indenização por danos morais. In: *Revista de direito privado*. n. 17. São Paulo: RT, 2004. p. 155)

⁶⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...*, op. cit., p. 286.

⁶⁹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...*, op. cit., p. 310.

⁶⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...*, op. cit., p. 333.

paciente, o que será reparado é a chance perdida, a frustração e a lesão moral da perda da sobrevivência e não a morte, em si.

Os valores serão variáveis de acordo com os parâmetros atualmente existentes para avaliar todo e qualquer dano extrapatrimonial.

Como exemplo da frustração em evitar um prejuízo, cita-se o pedido indenizatório fundamentado em erro médico decorrente do atendimento realizado pelo Hospital Estadual Getúlio Vargas⁶⁹⁵.

O paciente foi vítima de projétil de arma de fogo (“bala perdida”), durante assalto ocorrido no interior de um coletivo e, ao ser examinado por médico ortopedista do Hospital acima mencionado, teve alta quase imediata, por entender o médico que “Não havia lesão vascular com hemorragia externa ou interna de repercussão imediata”⁶⁹⁶.

Passadas vinte e quatro horas do evento, o paciente apresentou sério “comprometimento circulatório com extremidade fria e cianótica”⁶⁹⁷, além de outras complicações, sendo submetido a uma cirurgia, na qual foi localizado e retirado o projétil de arma de fogo. Contudo, mesmo ante a intervenção cirúrgica, a situação do paciente se agravou o que culminou com a amputação do “membro inferior direito, à altura do joelho”⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ “Ação De Indenização. Danos Morais. Erro Médico. Atendimento Em Hospital Estadual, Depois De Vítima De Bala Perdida, Quando Passageiro De Coletivo. Liberação Do Paciente Cerca De Duas Horas Após O Atendimento Médico. Agravamento Do Quadro, Ensejando A Cirurgia Para Debelar Infecção, Causada Por Bactéria Formadora De Gás, Com Posterior Amputação De Membro Inferior Direito. A teoria denominada ‘perda de uma chance’ se encaixa, com perfeição, ao caso dos autos. Dispõe o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público é objetiva e, no caso, em virtude da precipitada liberação do paciente, houve a demora na visualização da infecção, ensejando, também, início tardio no procedimento para tentar debelar a infecção, ocorrendo a perda da chance de reverter o quadro e evitar a amputação. Valor do dano moral que não observou os critérios de razoabilidade e da proporcionalidade, ensejando a sua redução com correção monetária a contar da prolação do Acórdão e juros de mora desde o fato – Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça – Modificação da sentença em duplo grau de jurisdição e provimento parcial da Apelação”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 2007.001.12080. Décima Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Camilo Ribeiro Rulière. Julgamento: 25 de junho de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br, acesso em: 20 out. 2009).

⁶⁹⁶ Trecho do voto do relator. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 2007.001.12080. Décima Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Camilo Ribeiro Rulière. Julgamento: 25 de junho de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br, acesso em: 20 out. 2009.

⁶⁹⁷ Trecho do voto do relator. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 2007.001.12080. Décima Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Camilo Ribeiro Rulière. Julgamento: 25 de junho de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br, acesso em: 20 out. 2009.

⁶⁹⁸ Trecho do voto do relator. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 2007.001.12080. Décima Sétima Câmara Cível. Relator

Nos autos, as provas produzidas demonstraram que, mesmo sendo de praxe o rápido atendimento hospitalar dos pacientes, acaso ficasse em observação e não recebida alta tão prontamente, poderia ser constatada a infecção. A imediata ação médica poderia ter evitado a amputação⁶⁹⁹.

Entendida a aplicação da perda da chance, visto que o procedimento poderia evitar, mas não é certo que evitaria a amputação, a sentença de primeiro grau condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

O valor arbitrado foi reformado pelo Tribunal, que entendeu, em razão dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, pela redução do *quantum* para a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Além dos critérios adotados (razoabilidade e proporcionalidade) no acórdão acima mencionado, os danos extrapatrimoniais em perda da chance devem ser fixados “em patamar que ofereça compensação à lesada, para atenuar o sofrimento havido, e inflija sanção ao causador do dano, visando a coibir a reiteração da prática de atos lesivos à personalidade de outrem”⁷⁰⁰.

Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na ação de cobrança de prêmio formulada por participante de concurso, que de posse de um cupom, cujos números foram sorteados, não recebeu o prêmio divulgado, demonstrando a apuração do *quantum* indenizatório quando se trata da modalidade da perda da chance em obter uma vantagem futura.

Desembargador Camilo Ribeiro Rulière. Julgamento: 25 de junho de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br, acesso em: 20 out. 2009. .869.

⁶⁹⁹ A título de esclarecimento, extrai-se do acórdão as seguintes considerações sobre as provas produzidas: “Os fatos são incontroversos, porém os hospitais públicos, em virtude do número insuficiente de leitos para a manutenção dos pacientes em observação, adotam o equivocado procedimento médico de concederem alta hospitalar aos casos que os médicos ‘não consideram graves’, abrangendo, lamentavelmente, pessoas vítimas de armas de fogo, pelo simples fato de ausência de fratura ou lesões vasculares.

Não se cogita da decisão de manter o projétil dentro do corpo do paciente, por que não influenciou no agravamento do quadro clínico, mas da liberação do autor pouco tempo depois de examinado, pois o correto seria um período mínimo de observação, quando seria mais rapidamente constatada a infecção e adotado o procedimento para tentar contê-la. A liberação do paciente, mesmo que com orientação para retornar, contribuiu, diretamente, para a demora na identificação do agravamento do quadro, quando todas as tentativas de salvar o membro inferior restaram infrutíferas” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 2007.001.12080. Décima Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Camilo Ribeiro Rulière. Julgamento: 25 de junho de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br, acesso em: 20 out. 2009.)

⁷⁰⁰ Trecho da ementa de acórdão. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020549648. Quinta Câmara Cível. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br, acesso em: 20 set. 2009.

No caso, o réu promoveu um concurso de aniversário, no qual os participantes concorrerem a 30 (trinta) casas e 900 (novecentos) “ranchos” (vale-compra). Os participantes recebiam cupons e concorriam a prêmios pelas combinações dos resultados sorteados pela Loteria Federal.

No dia 09 de julho de 2005, diante do sorteio da Loteria Federal, a autora verificou que o seu cupom era premiado, mas após diversos contatos com a empresa ré, recebeu o valor de R\$ 100,00 (cem reais) em vale-compra.

Inconformada, a autora propôs a ação de cobrança, visando o recebimento da importância de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), correspondente ao valor razoável da casa ofertada no concurso, além de danos extrapatrimoniais.

A ré alegou que o regulamento do concurso previa que os participantes receberiam títulos de capitalização a capacitar a participação na primeira fase do concurso, quando seriam sorteados 900 (novecentos) vales-compra de R\$ 100,00 (cem reais), cada. Ainda, argumentou a ré que os títulos de capitalização a concorrerem às casas, no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) cada, seriam entregues depois do dia 09 de julho de 2005, aos premiados na primeira fase.

O sorteio dos números não mais seria pela Loteria Federal, sem descrever o regulamento como ocorreria, e os participantes seriam informados através de telegrama.

Em razão do regulamento, argumentou o réu que o prêmio recebido pela autora estava correto, pois se tratava somente da primeira fase do concurso.

O pedido foi julgado improcedente em primeira instância e analisando o feito, o Tribunal de Justiça entendeu pela reforma da decisão eis que não restou comprovado nos autos que tivesse a autora participado da segunda fase do concurso, mesmo tendo sido premiada na primeira.

A teoria da perda de uma chance foi aplicada, pois, mesmo considerando as duas fases do concurso, não era possível confirmar se a autora seria contemplada na segunda fase. Por isso, foi afastado o pedido de danos materiais equivalentes ao valor do prêmio, “Entretanto, não tendo havido prova de que a requerente realmente participou da segunda etapa do concurso, como deveria, pois foi sorteada na primeira fase – requisito para o recebimento do número para a segunda fase do concurso – merece acolhimento a tese de que teria sofrido abalo moral a partir da frustração decorrente do equívoco ocorrido ao longo da promoção”⁷⁰¹.

Os danos extrapatrimoniais estariam fundados na “frustração imotivada do direito da requerente em participar do segundo sorteio, cuja

⁷⁰¹ Trecho do voto do relator. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020549648. Quinta Câmara Cível. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009.

premiação se revelava mais vultuosa, inegável a ocorrência de dano de ordem extrapatrimonial à autora⁷⁰².

Para a apuração do *quantum* indenizatório foram considerados os critérios da condição econômica da vítima e do ofensor, “amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar a vítima e punir o infrator sejam atingidas”⁷⁰³ e arbitrado o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a título de reparação.

A partir dos dois exemplos mencionados, verifica-se que os critérios adotados para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais da chance são aqueles já consagrados pela doutrina⁷⁰⁴, quais sejam a análise da extensão do dano, o grau de culpa e questões relativas a capacidade econômica financeira do ofensor e do ofendido⁷⁰⁵, que devem ser razoáveis à chance perdida e não ao resultado final.

Critérios esses perfeitamente aplicáveis ao caso da reparação por chances.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da responsabilidade civil, tal como é pensado atualmente, resulta da mudança de olhares que lhe foram lançados. Um maior anseio na procura por um responsável pelos infortúnios sofridos alterou a estrutura doutrinária, acadêmica e jurisprudencial, para que maior atenção fosse despendida ao tema.

Com o avanço tecnológico decorrente da Revolução Industrial e seus reflexos, o anonimato retirou do foco da responsabilidade civil a procura pelo responsável, transferindo-a para quem sofreu o prejuízo. Os seus pressupostos: culpa, dano e nexos de causalidade entre ambos, acompanharam os avanços e mudanças.

⁷⁰² Trecho do voto do relator. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020549648. Quinta Câmara Cível. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009.

⁷⁰³ Trecho do voto do relator. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020549648. Quinta Câmara Cível. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em: 12 set. 2009.

⁷⁰⁴ Afirma Humberto THEODORO JÚNIOR que: “Impõe-se a rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de esperanças maliciosas e injustificáveis. As duas posições, sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob a análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 3.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 36)

A culpa foi relegada, mas não completamente abandonada, pois muitas situações ainda são analisadas a partir da racionalidade do ofensor.

Com a alteração do foco para quem sofreu o prejuízo, o dano passou a ser considerado como ponto central para o estudo da matéria, abrangendo a responsabilidade civil a sua prevenção, para evitar a ocorrência da lesão, bem como a sua reparação, quando do seu acontecimento.

O terceiro pressuposto, o liame casual entre a conduta e o nexos causal, sempre de grande dificuldade de comprovação, ganhou flexibilidade, com vistas a maior reparação da lesão sofrida pelo ofendido.

A alteração do objetivo de reparar o maior número de vítimas, quando da ocorrência do dano, traz a preocupação referente à definição da lesão sofrida como reparável. O Código Civil brasileiro adotou o sistema misto, prevendo alguns tipos de danos e dispondo também de uma cláusula geral, através da qual caberá ao intérprete aplicar ao caso concreto se existiu lesão ao interesse juridicamente protegido ou não.

A ausência de previsão taxativa, neste sentido, permite maior maleabilidade e adaptação para as lesões que podem surgir na sociedade. Por isso, adotar a ideia do interesse jurídico protegido, definido pela norma jurídica, assim considerada como a interpretação de um enunciado linguístico, limita o que pode ser considerado dano reparável e permite a adaptação às necessidades sociais.

Por consequência, concede à jurisprudência um amplo campo de atuação para interpretação diferenciada dos pressupostos da responsabilidade civil e criação de teorias, dentre as quais se destaca a teoria da perda de uma chance.

O fenômeno da objetivação (que tornou prescindível a análise da culpa em determinados casos), da coletivização (responsável pela diluição do pagamento da indenização perante uma coletividade, a fim de garantir a reparação de todos os danos considerados como reparáveis) e a análise diferenciada do pressuposto do nexos causal (para permitir a reparação integral de todas as lesões sofridas em face de um interesse jurídico relevante) permitiram pensar na ampliação dos danos indenizáveis e criou um cenário propício para a criação da teoria da reparação da chance perdida.

Esta teoria pensa a reparação a partir da probabilidade que existia de uma vantagem ser obtida após o decurso natural de eventos, mas cujo benefício não veio a ocorrer em virtude da conduta de outrem.

Esse benefício pode decorrer, também, da probabilidade em evitar um prejuízo, que decorreria do curso natural de eventos, mas não foi obstado em razão da conduta do ofensor e o prejuízo vem a acontecer. A reparação versa sobre a chance que existia para evitar o malefício que ocorreu.

Considerada a probabilidade do benefício final desvinculado ao resultado que se esperava obter ou obstar, a chance pode ser analisada como dano específico.

Será um dano específico para a análise dos pressupostos e averiguação da responsabilidade civil, sem que para tanto sejam necessárias criações e interpretações, especialmente, do nexos causal.

O pressuposto do nexos de causalidade foi de grande importância para a elaboração da teoria, eis que restava ausente com o resultado final e por isso, necessitava de uma interpretação flexibilizada para avaliar a existência de outro dano, que é a chance. Mas, para a aplicação de tal teoria, não é necessária a análise do nexos causal diferenciado, podendo ser aplicada as teorias existentes para o estudo de tal pressuposto, com destaque para a teoria do dano direito e imediato e a subteoria da necessidade da causa.

Será um dano dependente do resultado final para a sua existência. Porque, se a vantagem esperada foi obtida ou o prejuízo final não se concretizou, não se fala em chance perdida, visto que não foi interrompido o curso natural dos acontecimentos a ponto de não permitir que o ganho que se almejava deixasse de acontecer, bem como porque o prejuízo que deveria ser impedido, assim o foi.

Por isso, menciona-se dano específico, para sua análise e apreciação, mas dependente do resultado final, para sua existência e conteúdo econômico, visto que segue a mesma sorte que o benefício esperado, para ser definido como patrimonial e/ou extrapatrimonial.

A chance será analisada pela probabilidade em obter um benefício. Não pode se tratar de mera esperança, sem a devida comprovação de que provavelmente uma vantagem seria obtida, sendo necessária certeza na probabilidade de que existiria uma vantagem (para obter um resultado favorável ou impedir que um prejuízo ocorresse).

A teoria da perda de uma chance pode ser aplicada a uma vasta gama de situações desde que presentes os pressupostos da culpa e do nexos causal analisados perante a chance e essa pela probabilidade.

As situações mais comuns na jurisprudência são os casos de responsabilidade médica e advocatícia, todavia, não se resumem a essas, por isso a divisão entre a chance pela frustração da vantagem esperada e a chance pela não interrupção do prejuízo.

Os pressupostos da conduta e do nexos causal são analisados perante a chance, e ela será averiguada pela probabilidade em alcançar o benefício. Ela é prévia à conduta, ou seja, é o que já era provável obter quando existiu ou não a interrupção do desencadeamento natural dos fatos, dependendo da modalidade de chance que versar o caso concreto.

Presente a probabilidade em ocorrer o benefício que não veio a se concretizar, em razão da conduta de outrem, existe a chance reparável.

O valor da reparação será condizente com o resultado final esperado, se patrimonial ou extrapatrimonial.

Também, a chance pode ser cumulada com outras verbas, pois em um mesmo caso pode existir a chance perdida e outros danos sofridos pelo ofendido que também devem ser reparados, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais.

A reparação como chance deve ser correspondente à sua extensão, definida pelo nexa causal e de acordo com o princípio da reparação integral.

Para apurar o *quantum*, será utilizada a teoria da diferença no dano patrimonial, apurado através do percentual de probabilidade existente e valor do resultado final esperado (a vantagem a ser obtida ou o prejuízo a ser obstado).

Assim, surgem duas questões a serem avaliadas para apurar o valor da indenização, a primeira diz respeito ao grau de probabilidade da chance e a segunda, ao cálculo entre o valor do resultado final esperado e o percentual da probabilidade já apurado.

O grau de probabilidade será apreciado pela equidade e analogia, em se tratando de situação inédita, através dos elementos e critérios presentes no caso concreto, sendo sempre inferior ao benefício que se esperava acontecer.

Em se tratando de dano extrapatrimonial, também deve ser apurado o percentual da probabilidade, não podendo ser reparada a dor sofrida pela perda da vantagem esperada ou pelo prejuízo ocorrido, mas tão somente, pela frustração em não obter tal vantagem ou pela impossibilidade em obstar o prejuízo, sob pena de enriquecimento indevido da vítima.

Eis que é a chance e não o resultado final que decorre da conduta do ofensor, não podendo este ser responsabilizado por nada além (ou aquém) do que deu causa.

Os critérios para a quantificação serão os mesmos utilizados para apuração do dano extrapatrimonial tradicional, quais sejam, a extensão do dano, o grau de culpa do ofensor e a capacidade econômica das partes.

A partir de todos os julgados estudados durante a elaboração deste estudo, foi possível verificar a aplicação, em muitos casos corretos, da teoria da perda de uma chance e sua já consagração jurisprudencial no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAGAARD, Todd S. Identifying and valuing the injury in lost chance cases. In: *Michigan Law Review*, n.96, review 1335, 1998.

AGUIAR DIAS, José de Aguiar. In: *Da responsabilidade civil*. 11.ed. ver., atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Aument. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: *Revista dos tribunais*. Vol. 718. São Paulo: RT, 1995.

ALTERINI, Atilio Aníbal. La responsabilidad civil en la argentina estado de la cuestion. In: ALTERINI Atilio Aníbal e CABANA, Roberto Lopez. *Temas de responsabilidad civil: contratual y extracontratual*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

ALTHEIM, Roberto. A atividade interpretativa e a imputação do dever de indenizar no direito civil brasileiro. In: *Revista dos tribunais*. Vol. 94. n. 841. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica: a tutela antecipatória na ação de reparação. In: *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A evolução do direito civil brasileiro. In: *Revista de direito civil: imobiliário, agrário e empresarial*. Vol. 7, n.24. São Paulo: RT, 1983.

ANDRADE, Fabio Siebeneichler. Responsabilidade Civil do Advogado. In: *Revista dos tribunais*. Vol. 697. São Paulo: RT, 1993.

ANRYS, Henri. *La responsabilité civile médicale*. Bruxelas: Maison Ferdinand Larcier, 1974.

ARAÚJO, Vaneska Donato. A perda de uma chance. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006.

ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. In: *Revista dos tribunais*. Vol. 759. São Paulo: RT, 1999.

BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: Les obligations*. 6.ed. Paris: Montchrestien, 1997.

_____. *La chance et le droit*. Paris: Pichon & R. Durand – Auzias, 1973.

BENUCCI, Eduardo Bonasi. *La responsabilidad civil*. Traducción Juan V. Fuentes Lojo e José Peré Raluy. Barcelo: José M^a Bosch, 1958.

BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do art. 927 do Código civil e alguns apontamentos do direito comparado. In: *Revista de direito privado*. Vol. 5., n. 20. São Paulo: RT, 2005.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato Jurídico: plano da eficácia*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIANCA, Massimo. O Danno ingiusto: a propósito del risarcimento da lesione di interessi. In: *Rivista di diritto civile*. Vol. 46, n. 5. Milão: Padova, 2000.

BOCCHIOLA, Maurizio. Perdida di una ‘chance’ e certezza del danno. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Vol. 30. Milão: Editora Giuffrè, 1976.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. In: *Revista dos tribunais*. Vol. 733. São Paulo: RT, 1996.

BRASIL. *A Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: RT, 1988.

_____. Lei n.º 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil brasileiro, revogado. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1916. Impresso e disponível em: Vade Mecum universitário. São Paulo: RT, 2009.

_____. Lei n.º 8078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, 11 set. 1990. Impresso e disponível em: *Vade Mecum universitário*. São Paulo: RT, 2009.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 10 jan. 2002. Impresso e disponível em: *Vade Mecum universitário*. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 185.659*. Terceira Turma. Relator Designado Ministro Nilson Naves. Julgamento: 26 de junho de 2000. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 5 mar. 2009.

_____. *Recurso Especial n.º 287.849*. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 17 de abril de 2001. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 6 mar. 2009.

_____. *Recurso Especial n.º 403.919*. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 15 de maio de 2003. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: mar. 2009.

_____. *Recurso Especial n.º 788.459*. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 mar. 2009.

_____. *Recurso Especial n.º 965.758*. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Julgamento: 19 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>, acesso em: 03 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais*. Superior Tribunal de Justiça, 13 set. 2009. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679 Acessado em: 14 out. 2009.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Súmula n.º 37.

BRUER, Robert, S. Loss of a chance as a cause of action in medical malpractice cases. In: *Missouri law review*, fall, 1994.

BUERES, Alberto J.. El daño a la persona en la jurisprudencia: daños a la persona. In: *Revista de derecho privado y comunitário*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, n.20, 1995.

BUSNELLI, Francesco Donato. Perdita di una 'chance' e risarcimento del danno. In: *Il Foro Italiano*, Roma: Foro Italiano, v. 88, 1965.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Carlos Eduardo Lima Machado (trad.). 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CARLUCCI, Aíde Kemelmajer. El daño a la persona. ¿sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?: *daños a la persona*. In: *Revista de derecho privado y comunitario*. Jorge Mosset Iturraspe [coord.]. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. Indenização por danos morais. In: *Revista de direito privado*, São Paulo: RT, n.17, jan./mar., 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade do advogado. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Org.). In: *O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Os danos morais no Judiciário brasileiro e sua evolução desde 1988. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). In: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 5ª ed., rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHABAS, François. La perte d'une chance em droit français. In: GUILLOD, Olivier (Ed.). In: *Développements recents du droit de la responsabilité civile*. Zurique: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991.

_____. *Responsabilité civile et responsabilité penale*. Paris: Editions Montchrestien, 1975.

CHARTIER, Yves. Indemnisation d'une perte de chance et recours de la sécurité sociale. In: *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, n.º 42, 2000.

_____. *La réparation du préjudice: dans la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1983.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luis Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUBRIA, Manuel Iglesias. *Los derechos patrimoniales e eventuales: estudio de las situaciones jurídicas de pendência*. Oviedo: Libreria Ojanguren, 1961.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. O sistema jurídico herdado do positivismo científico e os códigos civis novocentistas. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba: Instituto, n. 36. 1996.

DE CUPIS, Adriano de. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. 2. ed.. Barcelona: Bosch, 1975.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.

ENNECCERUS, Ludwig, LEHMANN, Heinrich. *Derecho de obligaciones*. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1950-1954. v.2.

ERPEN, Décio Antônio. O dano moral e a desagregação social. *Revista dos tribunais*. Vol. 758. São Paulo: RT, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Caminho, 1989. (Coleção Universitária, 45).

FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid: Gráfica Universal, 1928.

FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc. *Droit civil: les obligations*. Paris: Armand Colin, 1991. v.2.

FRADERA, Jacob. A responsabilidade civil dos médicos. In: *AJURIS*: revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. v. 55. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1992.

FRANÇA. Cour de cassation, 1re civ. 9 avr. 2002. 00-13.314 (n.º 628 F-P+B). Demandeur: Minart. Défendeur: CRAMIF. Décision attaquée: Cour d'appel de Douai, ass. ch., 17 janv. 2000. *Recueil Dalloz*. n.º 18. Paris: Dalloz, 2002, p. 1469.

_____. Cour de cassation, 1re civ., 4 nov. 2003 – 01-13.204 – Décision attaquée: Cour d'appel de Grenoble (1re ch, civ.), 17 avr. 2001. *Recueil Dalloz*. N.º 9. Paris: Dalloz, 2004, p. 601.

_____. Cour de cassation, 1re Civ., 14 juin 2005, n.º 04-10.909 F-D, Dame M. c/Didier M. et autres: Juris-Data n.º 2005-028962. Cassation de CA Montpellier, 1re ch. D, 8 oct. 2003. *Responsabilité civile et assurances*. Année 18º, n.º 9. Paris: Juris Classeur, 2005.

_____. Cour de cassation. 2e civ. 9 avr 2009, n.º 08-15.977, F-P+B, Sté Pacífica c/ Rollet: Juris Data n.º 2009-047775. *Responsabilité Civile et assurances*. N.º 06. Fascículo 101. Citação 163. Paris: Juris Classeur, 2009, p. 1.

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

GABURRI, Fernando. Dano material. In: HIRONAKA, Giselda M.F. Novaes (Orient.) e ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2008. v.5.

GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. In: *Revista trimestral de direito civil*. Vol.5. Rio de Janeiro: Padma, 2001.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: *Revista dos tribunais*. Vol. 840. São Paulo: RT, 2005.

GRAZIANO, Kadner. Loss of a Chance in European Private Law. 'all or nothing' or partial liability in cases of uncertain causation. *European review of private law*. v. 16, n. 6. Londres: Kluwer Law International BV, 2008.

GUALANO, Tommaso. Perdita di chance. In: VETOORI, Giuseppe (Org.). *Il danno risarcibile*. Milão: CEDAM, 2004. v.1.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Org.). *O Direito & O Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HUET, Jérôme. Perte d'une chance: du plus ou moins classique: responsabilité civile. In: *Revue trimestrielle de droit civil*. Vol. 85. Paris: Dalloz, 1986.

HUREAU, Jacques; POITOUT, Dominique G.. *L'Expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel*. 2.ed. Paris, Masson, 2005.

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

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. In: *Revista Forense*. Vol. 86, n. 454. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007.

_____. Responsabilité civile. In: *Revue trimestrielle de droit civil*. n. 1. Paris: Sirey, 1992.

JUSBRASIL. Justiça Federal condena responsáveis pelo TOTO Bola. *JusBrasil: notícias*, 3 jul. 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1495247/justica-federal-condena-responsaveis-pelo-toto-bola>, acesso em: 15 out. 2009.

KARILA DE VAN, Juliana. Le droit de nuire. In: *Revue trimestrielle de droit civil*. Vol. 94, n.3. Paris: Dalloz, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5.ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Editor Armênio Armado, 1979.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Graus de culpa e a redução equitativa da indenização. In: *Revista dos tribunais*. Vol. 839. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Responsabilidade civil do médico*. 5.ed., rev. e atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial, São Paulo: RT, 2003.

KING JR, Joseph H. Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *Yale law journal*, n.90. review 1353, 1981.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation. In: *Revue trimestrielle de droit civil*. Vol. 86, n.1. Paris: Dalloz, 1987.

LE TORNEAU, Philippe et Jacob N. *Assurances et responsabilité civile: la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1972. t.1.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. In: *Revista de direito privado*. Vol. 5, n.19S. São Paulo: RT, 2004.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1963.

LORD, Polly A. Loss of chance in legal malpractice. *Washington law review*, n. 61, out. 1986.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La lesión física a la persona: el cuerpo y la salud: el daño emergente y el lucro cessante: daños a la persona. In: *Revista de derecho privado y comunitario*. Jorge Mosset Iturraspe [coord.]. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

_____. O direito e o desenvolvimento sustentável: teoria geral do dano ambiental. In: *Revista de direito ambiental*. Vol. 28. São Paulo: RT, 2002.

LORENZO, Miguel Federico de. *El daño injusto en la responsabilidad civil: alterum non laedere*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1997.

MAGGI, Bruno Oliveira. Nova proposta de classificação do dano no direito civil. In: *Revista de direito privado*. Vol. 8, n. 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAKDISI, John. Proportional liability: a comprehensive rule to apportion tort damages. *North Carolina law review*, n.67, 1989.

MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: *Revista dos tribunais*. Vol. 827. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

_____. Apresentação. In: SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: _____ (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Terceira Região. *Recurso Ordinário n.º 01196-2007-001-23-00*. Relator Desembargador Luiz Alcântara. Julgamento: 04 de junho de 2008. Diário da Justiça do Mato Grosso, 30 de junho de 2008. Disponível em: www.trt23.jus.br, acesso em: 5 mar. 2009.

MÈMETEAU, Gerard. *Le droit médical*. Paris: Litec, 1985. (Collection Jurisprudence française).

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. *Recurso Ordinário n.º 00204-2008-111-03-00-01*. Quinta Turma. Relator Convocado Rogério Valle Ferreira. Julgamento em 26 de agosto de 2008. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, 06 de setembro de 2008. Disponível em: www.trt3.jus.br. Acessado em: 3 mar. 2009.

_____. *Recurso Ordinário n.º 00409-2008-134-03-00-0*. Sexta Turma. Relator Desembargador Ricardo Antonio Mohallem. Redator Designado Convocado Fernando Antonio Viegas Peixoto. Julgamento: 29 de setembro de 2008. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, 11 de outubro de 2008. Disponível em: www.trt3.jus.br. Acesso em: 12 nov. 2009.

_____. *Recurso ordinário n.º 00709-2008-033-03-00-5*. Décima Turma. Relatora Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima. Julgamento: 08 de julho de 2009. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 15 de julho de 2009. Disponível em: www.trt3.jus.br. Acessado em: 7 out. 2009.

_____. *Recurso Ordinário n.º 01405-2008-077-02-00-0*. Oitava Turma. Relatora: Des. Cleube de Freitas Pereira. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, 25 de maio de 2009. Disponível em: www.trt3.jus.br. Acessado em: 8 jul. 2009.

_____. *Recurso Ordinário n.º 01518-2003-029-03-00-7*. Terceira Turma. Relator Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira. Julgamento em 26 de novembro de 2003. Diário da Justiça de Minas Gerais, 06 de dezembro de 2003. Disponível em: www.trt3.jus.br. Acesso em: 12 mar. 2009.

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

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos: pessoais e materiais*. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008a.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b.

MORÁN, Luiz Gonzáles. *La responsabilidad civil del médico*. Barcelona: Jose Maria Bosch S.A., 1990.

MORATO, Antonio Carlos. Norma Jurídica: fontes do direito. In: LATUFO,

Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3.ed. actual. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. In: *Código de processo civil comentado*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1997.

NOGUEIRA, José Antonio. As novas diretrizes do direito. In: *Revista dos tribunais*. v. 28, n. 375. São Paulo: RT, 1931.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. In: *Revista dos tribunais*. Vol. 88, n. 761. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, 2.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: *Revista trimestral de direito civil*. Vol. 4, n. 4. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

_____. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito) e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. In: *Revista de direito privado*. Vol. 22. São Paulo: RT, 2005

_____. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. Vol. 17, n. 64. São Paulo: RT, 1993.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível n.º 162.369-2*. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Waldemir Luiz da Rocha. Julgamento: 21 de dezembro de 2004. Disponível em: www.tjpr.jus.br, Acessado em: 16 jul. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 224.231-1*. Sexta Câmara Cível. Relator Juiz Convocado Sérgio Luiz Patitucci. Julgamento: 22 de abril de 2003. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>. Acesso em: 16 jul. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 324.572-9*. Décima Câmara Cível. Relator Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Jorge de Oliveira Vargas. Julgamento: 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br> Acessado em: 22 jul. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 354.171-1*. Décima Câmara Cível. Relator Juiz Convocado Luiz Osório Moraes Panza. Julgamento: 24 de agosto 2006. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>, acesso em: 17 jul. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 413.658-9*. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Eugenio Achille Grandinetti. Julgamento: 31 de maio de 2007. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>. Acesado em: 22 jul. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 416.840-9*. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin. Julgamento: 13 de setembro de 2007. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>, acesso em: 22 jul. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 418.435-6*. Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Guimarães da Costa. Julgamento: 11 de outubro de 2007. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>. Acessado em: 22 jul. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 471.962-8*. Décima Câmara Cível. Relator Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Vitor Roberto Silva. Julgamento: 03 de julho de 2008. Disponível: <http://portal.tjpr.jus.br>, a

Acessado em: 22 jul. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 471.982-0*. Quinta Câmara Cível. Relator Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Rogério Ribas. Julgamento: 18 de novembro de 2008. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>. Acessado em: 22 jul. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 503.956-9*. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima. Julgamento: 28 de agosto de 2008. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>. Acessado em: 22 jul. 2009.

_____. *Embargos Infringentes n.º 183.442-6/01*. Oitava Câmara Cível em Composição Integral. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. Julgamento: 13 de março de 2008, por maioria de votos. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>. Acesso em: 22 jul. 2009.

PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*. 3.ed. Paris; Dalloz, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de Plácido. *Vocabulário jurídico*. 12.ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed.. São Paulo: RT, 1983.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*. 2.ed. , rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2004.

REIS, Clayton. A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RÉTIF, Samuel. Conditions de la responsabilité délictuelle. In: *Responsabilité Civile et Assurances*. *Juris*: classeur, Paris: JCP, 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Embargos Infringentes n.º 00446/2002*. Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Werson Rego. Julgamento: 03 de junho de 2003. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acessado em: 12 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2005.001.44557*. Décima Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Edson Vasconcelos. Julgamento: 08 de março de 2006. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 22 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2006.001.08137*. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgamento: 25 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 21 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2006.001.13957*. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgamento: 05 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 21 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2006.001.24854*. Décima Câmara Cível. Relator Desembargador José Carlos Varanda. Julgamento: 07 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 21 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2006.001.53158*. Décima Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Edson Vasconcelos. Julgamento: 24 de janeiro de 2007. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acessado em: 20 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2006.001.59358*. Quinta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Julgamento: 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 22 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2007.001.32061*. Décima Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Antonio José Azevedo Pinto. Julgamento 03 de outubro de 2007. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acessado em: 12 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2007.001.47412*. Décima Primeira Câmara Cível. Relator Desembargador Roberto Guimarães. Julgamento: 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acessado em: 12 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2007.001.53887*. Relator Desembargador Jorge Luiz Habib. Julgamento: 03 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 21 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2007.001.56301*. Quarta Câmara Cível. Relator Desembargador Reinaldo P. Alberto Filho. Julgamento: 23 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 21 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2007.001.64967*. Décima Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Rogério de Oliveira Souza. Julgamento: 22 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 21 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2008.001.02888*. Relator JDS Desembargador João Marcos Fantinato. Julgamento: 11 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 21 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2008.001.13149*. Quinta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Sumei Meira Cavalieri. Julgamento em 29 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 16 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2008.001.13652*. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Redator Desembargador Werson Rego. Voto vencido Relatora Desembargadora Lucia Miguel S. Lima. Julgamento: 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 21 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2008.001.17921*. Vigésima Câmara Cível. Relatora Desembargadora Odete Knaack de Souza. Julgamento: 04 de junho de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acessado em: 16 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2008.001.27438*. Vigésima Câmara Cível. Relatora Desembargadora Odete Knaack de Souza. Julgamento: 05 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 21 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2008.001.3956*. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgamento: 30 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 16 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2008.001.43786*. Quarta Câmara Cível. Relator Desembargador Horácio dos Santos Ribeiro Neto. Julgamento: 25 de novembro de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acessado em: 16 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2008.001.59523*. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Sérgio Gerônimo Abreu da Silveira. Julgamento: 02 de dezembro de 2008. Disponível: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 21 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2008.001.03832*. Primeira Câmara Cível. Relatora Desembargadora Myriam Medeiros da Fonseca Costa. Julgamento: 01º de abril de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br. acessado em: 20 out. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 2008.001.63286*. Decisão monocrática. Relator Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Julgamento: 15 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. acessado em: 21 out. 2009.

_____. *Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 2007.001.12080*. Décima Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Camilo Ribeiro Rulière. Julgamento: 25 de junho de 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br. acessado em: 20 out. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível e Reexame necessário n.º 70026384438*. Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgamento em 18 de dezembro de 2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acessado em: 15 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 589069996*. Quinta Câmara Cível. Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 12 de junho de 1990. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. acessado em: 14 de fev. de 2002.

_____. *Apelação Cível n.º 70005948211*. Sexta Câmara Cível. Relator Dr. José Conrado de Souza Júnior. Julgamento: 23 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: em 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70012629093*. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Orlando Heemann Júnior. Julgamento: 07 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acessado em: 15 de agosto de 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70012678264*. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgamento: 16 de março de 2006. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>, Acessado em 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70013783782*. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Odone Sanguiné. Julgamento: 12 de julho de 2006. Disponível: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 15 ago. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70014087167*. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargadora Relatora Ana Maria Nedel Scalzilli. Julgamento: 27 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70014176606*. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira. Julgamento: 10 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70016094211*. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Cláudio Baldino Maciel. Julgamento: 30 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70016523805*. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Paulo Sergio Scarparo. Julgamento: 11 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70016338105*. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Paulo Sergio Scarparo. Julgamento: 11 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70016538787*. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira. Julgamento: 01º de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70016744823*. Décima Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Julgamento: 23 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70017677436*. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira. Julgamento: 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70017713801*. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 13 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70018021188*. Sexta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi. Julgamento: 13 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 26 ago. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70018213223*. Vigésima Câmara Cível. Relator Desembargador José Aquino Flores de Camargo. Julgamento: 12 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70018528760*. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Pedro Luiz Rodrigues Bossle. Julgamento: 28 de março de 2007. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acessado em: 15 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70018797092*. Décima Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Paulo Roberto Félix. Julgamento: 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70018800425*. Quinta Câmara Cível. Relator Leo Lima. Julgamento: 08 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70020549648*. Quinta Câmara Cível. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acessado em: 20 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70020554275*. Quinta Câmara Cível. Voto vencedor Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Voto vencido do Desembargador Paulo Sérgio Scarparo. Julgamento: 07 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 15 ago. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70020571261*. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira. Julgamento: 05 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70020884334*. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Orlando Heemann Júnior. Julgamento: 06 de dezembro de 2007. Disponível <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70021001383*. Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador João Armando Bezerra Campos. Relator Redator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgamento: 05 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 7002112420*. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Orlando Heemann Júnior. Julgamento: 06 de dezembro de 2007. Disponível <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em 16 set. 2009

_____. *Apelação Cível n.º 70021155007*. Décima Sexta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli. Julgamento: 12 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70021609383*. Décima Sexta Câmara Cível. Relator Desembargador Ergio Roque Menine. Julgamento: 24 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70022320881*. Décima Sexta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli. Julgamento: 14 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70023108350*. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Voto vencido Desembargador Paulo Sergio Scarparo. Julgamento: 07 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009

_____. *Embargos Infringentes n.º 70023108350*. Terceiro Grupo Cível. Relator Desembargador Artur Arnildo Ludwig. Julgamento: 1 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 15 ago. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70023511090*. Sexta Câmara Cível. Relator

Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Julgamento: 24 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 15 ago. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70023576044*. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Odone Sanguiné. Julgamento: 26 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 26 ago. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70024478000*. Décima Sexta Câmara Cível. Relator Desembargador Ergio Roque Menine. Julgamento: 28 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70025179458*. Relator Desembargador Odone Sanguiné. Julgamento: 17 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em 28 set. 2009.

_____. *Apelação Cível n.º 70026290239*. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Orlando Heemann Júnior. Julgamento: 02 de abril de 2009. Disponível <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em 16 set. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Recurso Inominado n.º 71000889238*. Segunda Turma Recursal. Relator Dr. Clóvis Moacyr Mattana Ramos. Julgamento: 07 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Recurso Inominado n.º 71000905380*. Segunda Turma Recursal. Relatora Dra. Mylena Maria Michel. Julgamento: 29 de março de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 16 set. 2009.

_____. *Recurso Inominado n.º 71000908335*. Segunda Turma Recursal. Relator Doutor Eduardo Kraemer. Julgamento: 27 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Recurso Inominado n.º 71001125202*. Segunda Turma Recursal. Relator Doutor Eduardo Kraemer. Julgamento: 08 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Recurso Inominado n.º 71001128453*. Segunda Turma Recursal. Relator Doutor Eduardo Kraemer. Julgamento: 08 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Recurso Inominado n.º 71001131713*. Segunda Turma Recursal.

Relator Doutor Eduardo Kraemer. Julgamento: 08 de novembro de 2006.
Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Recurso Inominado n.º 71001157296*. Segunda Turma Recursal.
Relator Doutor Eduardo Kraemer. Julgamento: 29 de novembro de 2006.
Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Recurso Inominado n.º 71001158658*. Segunda Turma Recursal.
Relator Doutor Eduardo Kraemer. Julgamento: 29 de novembro de 2006.
Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Recurso Inominado n.º 71001196195*. Primeira Turma Recursal.
Relator Ricardo Torres Hermann. Julgamento: 12 de julho de 2007. Disponível
em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

_____. *Recurso Inominado n.º 71001445428*. Segunda Turma Recursal.
Relator Dr. Eduardo Kraemer. Julgamento: 21 de novembro de 2007. Disponível
em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 15 ago. 2009.

_____. *Recurso inominado n.º 71001763796*. Primeira Turma Recursal.
Relator Dr. João Pedro Cavalli Júnior. Julgamento: 18 de dezembro de 2008.
Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em 28 de set. 2009.

_____. *Recurso Inominado n.º 71001796648*. Terceira Turma Recursal.
Relator Der. Eugênio Facchini Neto. Julgamento: 25 de novembro de 2008.
Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 12 set. 2009.

RIOS, Arthur E. S. Responsabilidade civil: os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. Vol.10, n.36. São Paulo: RT, 1986.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

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

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano eficiente. TEPEDINO, Gustavo et al. (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Carmen Lucia Silveira Ramos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALLET, Frédérique. *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative a la responsabilite de la puissance publique*. Paris: LGDJ, 1994.

SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Lejus, 1997.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n.º 868594300*. Julgamento: 10 de agosto de 1999. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acessado em: 3 out. 2009.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: L.G.D.J., 1939. t.1.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCALISI, Vincenzo. Danno alla persona e ingiustizia. *Rivista di diritto civile*. Vol.13, n.2. Padova: Cedam, 2007.

SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. In: *Revista trimestral de direito civil*. Vol. 12. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

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

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 5.ed., rev. e atual. pelo Professor José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1989.

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

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

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SOUZA, Sílvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro: EMERJ, 2004.

STARCK, Boris. Domaine et fondement de la responsabilité sans faute. In: *Revue trimestrielle de droit civile*. Vol. 57, n. 4, Paris: Sirey, 1958.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. A escola da exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do direito. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (Org.). *Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas*. Pelotas: Delfos, 2008.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.6.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. 7.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed., rev. e atual. Rio e Janeiro: Renovar, 2008.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed., rev. e atual. Rio e Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte do Código Civil de 2002. In: _____ (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. O tão esperado (e fugaz?) encontro da doutrina com a jurisprudência. In: *Revista trimestral de direito civil*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 3.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

TIMM, Luciano Betti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. In: *Revista de direito do consumidor*. Vol.14, n. 55. São Paulo: RT, 2005.

TODOROV, Tzvetan. *O homem densenraizado*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

VAILLIER, P. *Responsabilités civiles particulières*: citation 296: responsabilité civile et assurances. n. 10. Paris: Jûris Classeur, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Maira Luisa Arcos. La ‘perdida de oportunidad’ como daño indemnizable: estudos de direito do consumidor. In: *Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra: Centro de Direito de Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra, n.7. 2005.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Stéphane Rials (org.). Claudia Berliner (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Exposition de Môtifs*: articles 1340-1386 de la responsabilité civile. [s.l.]: [s.n], 2005. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf. Acessado em: 18 mar. 2009.

_____. Le déclin de la responsabilité individuelle. In: CARVAL, Suzanne (Org.). *La construction de la responsabilité civile*: controverses doctrinales. Paris: 2001.

_____. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1998.

WALD, Arnaldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. In: *Revista da EMERJ*. Vol. 7, n. 26. Rio de Janeiro: EMERJ, 1998.



www.editoraclassica.com.br