



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

FERNANDO MOREIRA FREITAS DA SILVA

**O DANO DA PERDA DA CHANCE:
A POSSIBILIDADE DE UMA NATUREZA JURÍDICA
EXTRAPATRIMONIAL**

Londrina
2015

FERNANDO MOREIRA FREITAS DA SILVA

O DANO DA PERDA DA CHANCE:
A POSSIBILIDADE DE UMA NATUREZA JURÍDICA
EXTRAPATRIMONIAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Estadual de Londrina como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral.

Londrina
2015

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S586d Silva, Fernando Moreira Freitas da.
O dano da perda da chance : a possibilidade de uma natureza jurídica
extrapatrimonial / Fernando Moreira Freitas da Silva. – Londrina, 2015.
232 f. : il.

Orientador: Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação
em Direito Negocial, 2015.
Inclui bibliografia.

1. Danos (Direito) – Teses. 2. Responsabilidade (Direito) – Teses. 3. Perda
da chance – Teses. I. Amaral, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. II. Univer-
sidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa
de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 347.7

FERNANDO MOREIRA FREITAS DA SILVA

O DANO DA PERDA DA CHANCE:
A POSSIBILIDADE DE UMA NATUREZA JURÍDICA
EXTRAPATRIMONIAL

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Professora Dra. Ana Cláudia
Corrêa Zuin Mattos do Amaral
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Professor Dr. Tarcisio Teixeira
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Professora Dra. Jussara Suzi Assis Borges
Nasser Ferreira
Universidade de Marília - UNIMAR

Londrina 07 de outubro de 2015.

AGRADECIMENTOS

À professora Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral que, além de reacender meu encantamento pela atividade docente, durante a disciplina Estágio na Docência, ensinou-me, sem desprezar os modernos, a singular experiência de apreciar a riqueza contida em um texto clássico. Não posso deixar de agradecer as inúmeras críticas e sugestões que me foram ofertadas, sempre com muito entusiasmo, durante toda essa jornada que passamos juntos e que, sem dúvida, foram de grande valia para a construção do presente trabalho e para as reflexões em relação a intrincados assuntos que permeiam a minha vida profissional.

Aos professores do Mestrado em Direito Negocial da Universidade de Londrina pela incansável dedicação devotada à academia, demonstrando que o ensino de uma ciência transcende a sala de aula e que há a preocupação com o aluno como ser humano, dotado de sensibilidade, emoções, angústias, alegrias e tantos outros sentimentos. A todos os professores que nos propiciaram excelentes momentos de aprendizado, sobretudo àqueles que lecionaram disciplinas para mim, externo minha profunda admiração: Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, Dra. Aurora Tomazini de Carvalho, Dr. Bianco Zalmora Garcia, Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior, Dr. Elve Miguel Cenci, Dr. Marcos Antônio Striquer Soares, Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Esplendor, Dr. Roberto Wagner Marquesi e Dr. Sérgio Alves Gomes.

Ao professor Dr. Tarcisio Teixeira, que tive a oportunidade de conhecer em minha banca de qualificação, agradeço as valiosas sugestões temáticas e bibliográficas, que restaram incorporadas ao presente trabalho.

Aos colegas de sala de aula, que acabaram compartilhando excelentes momentos de aprendizado e de alegria pessoal, deixando mais ameno o peso da distância de minha casa e de meus familiares. São eles: Alessandra da Silva, Ana Karina Andrade Alves Sanfelice, Annila Carine da Cruz, Bruno Augusto Sampaio Fuga, Caio Shiguemy Cassiano Ishii (*in memoriam*), Edney Alessandro Portaluppi, Evandro Gustavo De Souza, Igor Unica Grego, João Henrique de Almeida Scaff, Maicon Castilho, Marcos Akira Mizusaki, Marcos Guillhen Esteves, Maria Luiza Garib, Taisa Vieira Sripes, Thalles Alexandre Takada, Thiago Moreira

de Souza Sabião, Tiago Brene Oliveira e Tiago Freire dos Santos.

Aos servidores da Universidade Estadual de Londrina, na pessoa do Francisco, carinhosamente conhecido como Chico, externo os meus agradecimentos pelo afinho com que se dedicaram às atividades acadêmicas, fazendo da UEL uma referência em ensino de qualidade.

À professora Dra. Maria Cristina De Cicco, que me abriu as portas da *Università di Camerino*, agradeço as obras sugeridas e as dúvidas sanadas sobre o direito italiano, o que tornou o estudo do direito comparado uma tarefa um pouco menos árdua. Demonstrou-me, com suas atitudes, o verdadeiro conceito de um “capoprofessore”.

À Des.^a Tânia Garcia de Freitas Borges, ao Des. Ruy Celso Barbosa Florence e ao Dr. Olivar Augusto Roberti Coneglian, que me incentivaram a concretizar o sonho de seguir os estudos acadêmicos, apesar da dificultosa tarefa de conciliar as atividades judicantes com os estudos.

Aos servidores das comarcas de Bandeirantes e Sidrolândia que jamais deixaram os jurisdicionados desamparados nos momentos em que estive ausente. Também agradeço pelo constante incentivo que recebi durante todo o tempo em que me dediquei ao mestrado.

Agradeço, na pessoa da bibliotecária do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Maria Alice Corrêa da Costa, toda a colaboração recebida das mais diversas bibliotecas do país e do exterior, amenizando os tortuosos caminhos da pesquisa científica ao permitir que a informação fosse colhida sempre na fonte. Destaco as seguintes bibliotecas: TJ-MS, STF, STJ, Senado Federal, TJ-RS, USP, UERJ, *Universidad de Buenos Aires* e *Università di Camerino*.

À professora Dra. Nadir de Fátima Borges Bittencourt, eterna professora e amiga, pelo precioso trabalho de revisão do texto. Apesar da distância física que nos separa, nunca me esqueci das valorosas lições recebidas naquelas calorosas manhãs cuiabanas.

À minha família e aos outros amigos pessoais, por fim, não posso deixar de demonstrar minha profunda gratidão em me apoiar na decisão de estudar, mesmo que isso custasse longos momentos de distanciamento.

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. **O dano da perda da chance: a possibilidade de uma natureza jurídica extrapatrimonial**. 2015. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2015.

RESUMO

A complexidade das relações sociais, o desenvolvimento tecnológico e o avanço das ciências podem sujeitar a pessoa humana a uma série de danos, além dos tradicionais danos material e moral, sendo que muitos desses novos danos sequer são conhecidos no atual estágio do conhecimento científico. Nesse contexto, despontam grandes desafios à seara da responsabilidade civil, que deve conciliar o progresso sem se descuidar dos institutos jurídicos que garantem uma efetiva tutela da pessoa humana. Essa preocupação se torna ainda mais relevante na metodologia do direito civil-constitucional, que enfatiza a necessidade de o direito civil ser lido com base nos princípios constitucionais. Após apresentar os novos danos e os desafios trazidos ao Direito, analisa-se a teoria geral da responsabilidade civil e os seus principais institutos de modo a formar uma base conceitual sólida para o estudo da teoria da perda da chance. Ao abordá-la, enfocam-se a origem, o conceito, as modalidades e os requisitos necessários à sua caracterização. Feitas essas considerações, na sequência analisam-se as diversas possibilidades de natureza jurídica da perda da chance: dano emergente, lucro cessante, dano emergente *sui generis*, terceiro gênero entre o dano emergente e o lucro cessante, espécie de dano extrapatrimonial ou, até mesmo, uma natureza jurídica híbrida. Procura-se demonstrar que a correta identificação da natureza jurídica da perda da chance possui consequências diretas no campo prático, tais como: cumulação de danos, quantificação do dano, juros, correção monetária, imposto de renda e congruência entre o pedido e a sentença. Para finalizar o estudo, analisam-se casos práticos sob o enfoque do conhecimento teórico apresentado ao longo do trabalho, verificando-se a pertinência da aplicação da teoria da perda da chance.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Perda da chance. Natureza jurídica.

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. **The damage of loss of chance: the possibility of an extrapatrimonial legal nature**. 2015. 232 p. Dissertation (Negotiation Law Master's) - State University of Londrina, Londrina, 2015.

ABSTRACT

The complexity of social relations, the technological development and the advancement of science may render the human person subject to a wide range of damages, in addition to the traditional material and moral damages, many of these new damages are not even known at the present stage of scientific knowledge.

In this context, great challenges emerge in the harvest of the tort law, which must reconcile progress without neglecting the legal institutions which ensures an effective protection of the human person. This concern becomes even more relevant in the civil and constitutional Law methodology, which emphasizes the need for the civil law be interpreted on foundation of constitutional principles. After introducing the new damages and challenges they brought to the Legal area, we will analyze tort's law general theory and its major institutes in order to form a solid conceptual basis for the study of the loss of chance theory. To address this subject, we focused on the origin, the concept, the modalities and requirements for its characterization. Given these considerations, we then analyze the various possibilities of loss of legal chance: emerging damages, lost profits, sui generis consequential damages, third gender between the material damages and profit loss, extrapatrimonial damage or even a legal hybrid nature. We try to show that the correct identification of the legal nature of the loss of chance has direct consequences in the practical field, such as in the following cases: damage accumulation, damage quantification, interest, inflation adjustment, income tax and alignment of claims and sentences. To complete the study, we analyzed some case studies from the standpoint of the theoretical knowledge presented throughout this work, verifying the appropriateness of the application of the loss of chance theory.

Keywords: Tort law. Loss of chance. Legal nature.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag	Agravo
AgRg	Agravo Regimental
Ap. Cív	Apelação Cível
AREsp	Agravo em Recurso Especial
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
Câm. Cív.	Câmara Cível
Cass. Civ.	Cassazione Civile – Cassação Civil
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CICA	Companhia Industrial de Conservas Alimentícias
COI	Comitê Olímpico Internacional
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
C/c	Combinado com
Des.	Desembargador
Des. ^a	Desembargadora
DJ	Diário de Justiça
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
Dr.	Doutor
Dra.	Doutora
EDcl	Embargos de Declaração
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
IGP-DI	Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna
IGPM	Índice Geral de Preços do Mercado
INPC	Índice Nacional de Preços ao Consumidor
ISP	Internet Service Provider – Servidor de Serviço de Internet

J.	Julgado
Min.	Ministro
P.	Página
PEL	Principles of European Law – Princípios de Direito Europeu
PETL	Principles of European Tort Law – Princípios Europeus de Responsabilidade Civil
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RR.	Recurso de Revista
SBT	Sistema Brasileiro de Televisão
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e Custódia
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-MG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJ-MS	Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul
TJ-RS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 OS NOVOS DANOS E OS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TUTELA DA PESSOA HUMANA	17
1.1 A TUTELA DA PESSOA HUMANA NA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL	18
1.2 NOVOS DANOS E O PAPEL DAS CLÁUSULAS GERAIS.....	25
1.3 DESAFIOS À RESPONSABILIDADE CIVIL	31
2 NOÇÕES PRELIMINARES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	36
2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	36
2.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	39
2.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	41
2.4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	44
2.4.1 Ação ou Omissão.....	45
2.4.2 Culpa ou Dolo	48
2.4.3 Relação de Causalidade	52
2.4.4 Dano	56
2.5 O COTEJO ENTRE PERDAS E DANOS E REPARAÇÃO CIVIL	63
2.5.1 Perdas e Danos	63
2.5.2 Reparação Civil.....	67
3 A TEORIA DA PERDA DA CHANCE	70
3.1 A ORIGEM.....	70
3.2 O CONCEITO DE PERDA DA CHANCE.....	74
3.3 MODALIDADES DE PERDA DA CHANCE	77
3.4 REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DA CHANCE	78
3.4.1 Mera expectativa de fato ou legítima expectativa	78
3.4.2 Direito subjetivo ou interesse legítimo.....	81
3.4.3 Ato ilícito ou dano injusto	84
3.4.4 Dano certo ou dano incerto.....	87

3.4.5	Dano presente ou dano futuro	93
3.4.6	Chances sérias e reais.....	97
3.5	A PERDA DA CHANCE E A SUA INCIDÊNCIA	104
3.5.1	A perda da chance na responsabilidade contratual e extracontratual	104
3.5.2	A perda da chance na responsabilidade subjetiva e objetiva.....	106
3.5.3	A perda da chance nas diversas fases da contratação.....	110
4	AS NATUREZAS JURÍDICAS DA PERDA DA CHANCE.....	123
4.1	A NATUREZA JURÍDICA PATRIMONIAL DAS CHANCES PERDIDAS	123
4.2	A NATUREZA JURÍDICA EXTRAPATRIMONIAL DAS CHANCES PERDIDAS.....	132
4.2.1	Interesse jurídico lesado ou consequência da lesão: como identificar o dano extrapatrimonial?	133
4.2.2.	Dano patrimonial e dano extrapatrimonial: distinções.....	136
4.2.3	Espécies de danos extrapatrimoniais.....	141
4.2.4	A polêmica existente no direito italiano e os reflexos no direito brasileiro: múltiplas vozes de danos extrapatrimoniais ou apenas um dano extrapatrimonial?	150
4.2.5	A possibilidade da perda da chance como uma espécie de dano extrapatrimonial	155
4.2.6	A natureza extrapatrimonial das chances perdidas e as tendências futuras do instituto: “O Voo da Fênix”	161
5	IMPLICAÇÕES DA CORRETA IDENTIFICAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DAS CHANCES PERDIDAS: MUITO ALÉM DO MERO PRECIOSISMO ACADÊMICO	168
5.1	CUMULAÇÃO DE DANOS.....	168
5.2	QUANTIFICAÇÃO DO DANO	170
5.2.1	Dano extrapatrimonial da perda da chance: arbitramento	171
5.2.2	Dano patrimonial da perda da chance: probabilidade	178
5.3	INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA	182
5.4	IMPOSTO DE RENDA	188
5.5	CONGRUÊNCIA ENTRE PEDIDO E SENTENÇA.....	191

6	A PERDA DA CHANCE EM CASOS CONCRETOS.....	194
6.1	O SHOW DO MILHÃO.....	194
6.2	A AUSÊNCIA DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.....	197
6.3	O DESPORTISTA VANDERLEI CORDEIRO DE LIMA.....	202
6.4	O MUNICÍPIO DE RONDA ALTA/RS E O SEU PROCURADOR.....	204
6.5	A PESSOA JURÍDICA QUE PERDEU A CHANCE DE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES.....	206
6.6	O CANDIDATO AO MESTRADO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA.....	209
	CONCLUSÕES.....	213
	REFERÊNCIAS.....	220

INTRODUÇÃO

A aplicação da teoria da perda da chance, bastante difundida e amadurecida na doutrina estrangeira, sobretudo francesa e italiana, passa a ser debatida e aplicada em território brasileiro. Há pouco tempo eram raros os manuais que, ao enfrentar a responsabilidade civil, dedicavam algumas páginas à perda da chance. Hoje, ao lado do crescente estudo da teoria geral das chances perdidas, surge sua aplicação em searas específicas: direito do trabalho, direito de família, direito empresarial etc.

Com o propósito de solidificar a teoria da perda da chance, compreendendo todos os seus contornos, deve-se destacar a relevância da academia para a jurisprudência e vice-versa. A academia, de um lado, cumpre o papel de antever problemas e apresentar soluções na aplicação do Direito. De outro lado, o cotidiano forense apresenta à academia questões práticas que lhe afligem em busca de soluções. Há, portanto, uma estreita relação entre eles de modo a edificar a ciência jurídica.

O início da teoria da perda da chance, no Brasil, bem revela a aproximação entre academia e jurisprudência, pois foi a partir de uma palestra do professor François Chabas, profundo estudioso da perda da chance na França, ocorrida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na década de 1990, que o então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, fascinado com a teoria, passou a aplicá-la em seus votos, fazendo, inclusive, menção expressa à palestra de François Chabas.

Contudo, não se pode negar que, em tal relação, cordialidade não se confunde com unanimidade. Nessa senda, justifica-se o presente estudo para analisar as acirradas críticas tecidas pela doutrina brasileira à jurisprudência no sentido de que, no Brasil, a perda da chance é tratada somente como dano moral, enquanto o correto seria identificar a natureza jurídica patrimonial, tal como fez a Itália.

A partir de tais críticas, formula-se o seguinte problema: é possível admitir a perda da chance com um caráter extrapatrimonial? Para se chegar a uma resposta,

faz-se necessário analisar, ao menos, três hipóteses. A primeira delas é negativa, ou seja, a perda da chance será sempre um dano patrimonial. Eventualmente, poderá vir cumulada com dano moral, mas jamais se poderá admitir uma hipótese de perda da chance com uma natureza exclusivamente moral. A segunda hipótese é positiva, assegurando que a perda da chance será sempre um dano moral toda vez que o interesse jurídico lesado for de natureza extrapatrimonial. A terceira hipótese, também positiva, parte do pressuposto de que o dano extrapatrimonial é um gênero que comporta diversas espécies de danos. Assim, a perda da chance, quando violado o interesse extrapatrimonial, constituiria uma espécie do gênero dano extrapatrimonial, o que não se confunde com o dano moral em sentido estrito.

O objetivo geral do presente estudo é demonstrar que, mesmo sem negar a possibilidade de perda da chance com caráter patrimonial, nos casos de lesão a um interesse jurídico patrimonial, é possível a adoção da terceira hipótese, conforme exposto no parágrafo anterior, ou seja, a perda da chance apresentar-se como uma espécie do gênero dano extrapatrimonial diversa do dano moral em sentido estrito.

Para a consecução do objetivo proposto, o trabalho se encontra dividido em cinco capítulos, valendo-se do método dedutivo, em que se parte da teoria geral da perda da chance para a particular análise da natureza jurídica extrapatrimonial das chances perdidas.

Para tanto, o Capítulo 1 analisa o surgimento de novos danos, alguns deles sequer conhecidos no momento presente, o que acaba por transcender o binômio dano material e dano moral, trazendo o questionamento se é imprescindível uma regulamentação legislativa ou se as cláusulas gerais já são suficientes para garantir uma resposta à vítima de um evento danoso. Diante dessa nova realidade, inúmeros desafios são apresentados ao campo da responsabilidade civil, desafiando o jurista na busca de soluções de modo a garantir uma efetiva tutela da pessoa.

O Capítulo 2 traz os conceitos gerais da responsabilidade civil, realizando-se as distinções necessárias, de modo que se possa caminhar em direção ao enfrentamento da natureza jurídica da perda da chance. Destarte, com tal propósito, abordam-se o conceito de responsabilidade civil, a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, responsabilidade objetiva e subjetiva, além de tratar

dos pressupostos necessários ao dever de indenizar. Por fim, realiza-se o cotejo entre perdas e danos e reparação civil.

O Capítulo 3 é dedicado à teoria geral da perda da chance, ocasião em que se analisa a origem do instituto, o seu conceito, as suas modalidades, além dos requisitos específicos para a sua incidência. Nesse ponto, abordam-se os seguintes questionamentos: a perda da chance constitui expectativa de fato ou uma legítima expectativa? É direito subjetivo ou interesse legítimo? Constitui ato ilícito ou dano injusto? Trata-se de um dano certo ou de um dano incerto? É um dano presente ou um dano futuro? Analisam-se, ainda, os requisitos de seriedade e realidade para a aplicação da teoria. Na sequência, aborda-se a incidência da perda da chance na responsabilidade contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva, bem como nas diversas fases da contratação: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

O Capítulo 4 analisa a natureza jurídica da perda da chance propriamente dita. Apresentam-se as teses que a entendem como dano patrimonial. Nesse caso, aparece sob a forma de dano emergente, lucro cessante, terceira via entre o dano emergente e o lucro cessante, além de um dano emergente *sui generis*. Na sequência, aborda-se a perda da chance com natureza extrapatrimonial, impondo-se como tarefa inicial identificar o dano extrapatrimonial pelas consequências da lesão ou pelo interesse jurídico lesado, bem como apresentar a distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Em seguida, passa-se à abordagem do dano extrapatrimonial como um gênero que comporta diversas espécies de danos. Analisa-se também a atual situação vivida pelo direito italiano em que se discute se há diversas espécies de danos extrapatrimoniais, separadamente quantificáveis, ou apenas uma única voz de dano extrapatrimonial, na qual já estão contidas todas as espécies de danos extrapatrimoniais, o que levaria a uma única quantificação dos danos. Por fim, apresenta-se a possibilidade de a perda da chance possuir natureza jurídica extrapatrimonial, enfatizando as tendências futuras do instituto.

O Capítulo 5 é destinado a demonstrar que a correta identificação da natureza jurídica da perda da chance não se trata de um mero preciosismo acadêmico, mas guarda consequência direta com a prática forense, pois está diretamente relacionada à possibilidade de cumulação de danos, à forma de fixação do *quantum* indenizatório, ao momento da incidência de juros e de correção monetária, à

incidência de imposto de renda, além da questão da congruência entre o pedido e a sentença.

O Capítulo 6, por fim, analisa alguns casos concretos apresentados pela doutrina e pela jurisprudência em que foi abordada a perda da chance, seja para acolhê-la, seja para rechaçá-la. Pretende-se apresentar os contornos dos casos e demonstrar a (in) correta aplicação da teoria da perda da chance no direito brasileiro sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas tão-somente alimentar o debate.

1 OS NOVOS DANOS E OS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TUTELA DA PESSOA HUMANA

Explicar o surgimento de novos danos e as consequências advindas à teoria geral da responsabilidade civil, que possui o hercúleo desafio na garantia de integral proteção da pessoa, constitui a pretensão do presente capítulo.

Falar da responsabilidade civil é, antes de tudo, falar do próprio Direito Civil, que representa um “belíssimo retrato da vida dos particulares”, na expressão de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2014, p. 20). O Direito Civil disciplina o início da vida ao tratar dos direitos da personalidade. À medida que a pessoa cresce, passa a disciplinar seu patrimônio, quando dispõe sobre os direitos obrigacionais e os direitos reais. Impõe consequências em caso de violação a direitos ao disciplinar a responsabilidade civil. Rege as relações de afeto por meio do direito das famílias e, por fim, disciplina a morte e suas consequências, no direito das sucessões, fazendo-nos concluir que, realmente, o estudo da vida da pessoa passa, obrigatoriamente, pelo estudo do Direito Civil.

Por disciplinar a vida humana, que é repleta de desafios e incertezas, o Direito Civil, como ocorre com outras searas do Direito, cumpre um papel fundamental de outorgar o mínimo de previsibilidade diante do caos sem descuidar de outro papel de igual relevância: acompanhar a evolução social (SILVA, 2005, p.1).

É na seara da responsabilidade civil, contudo, que os desafios aos juristas se apresentam latentes, com a complexidade das relações sociais e a constante violação ao princípio romano *neminem laedere*¹. Impõe-se ao jurista, nesse contexto, a árdua tarefa de acompanhar as transformações sociais e propor soluções aos inúmeros problemas trazidos ao Poder Judiciário, muitas das vezes sequer previstos pelo legislador.

Aliás, deve-se observar que a positivação de todas as questões que permeiam a realidade social é impensável dada à dinâmica da própria vida humana.

¹“ (...) a construção de uma ordem jurídica justa – ideal perseguido, eternamente, pelos grupos sociais- repousa em certas pilastras básicas, em que avulta a máxima de que a ninguém se deve lesar” (BITTAR, 1999, p. 20-21). Guido Alpa explica que o princípio *alterum non laedere* ou *neminem laedere* possui um amplo significado, compreendendo o preceito de abster-se de violar direitos, não somente os já protegidos pela norma, como também aqueles ainda não expressamente tutelados pelo ordenamento, porém juridicamente relevantes (ALPA, 2006, p. 477).

Não é por outra razão que se optou pelas cláusulas gerais² de modo a “possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais” (REALE, 2002, p. 12).

Como decorrência da complexidade das relações sociais, danos que passavam despercebidos pelo Direito começam a ganhar importância jurídica. Surgem os chamados novos danos cujo delineamento está a cargo da doutrina e da jurisprudência, que não têm recuo diante de tal desafio, garantindo que não haja dano sem a competente reparação e oferecendo mecanismos de efetiva tutela da pessoa humana. Nesse contexto de novos danos, citam-se dano à vida sexual, dano de nascimento indesejado, dano de férias arruinadas, dano de *mobbing*, dano de processo lento, dano à tranquilidade pessoal e uma série de novas espécies de danos (SCHREIBER, 2013c, p. 4).

Além dos mencionados danos, surge também a perda da chance, objeto do presente estudo, já maturada na doutrina e na jurisprudência estrangeira, encontrando no ordenamento jurídico brasileiro espaço propício para o seu desenvolvimento.

1.1 A TUTELA DA PESSOA HUMANA NA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL³

O Direito italiano, nas últimas décadas, tem visto uma mudança paradigmática nos institutos de Direito Privado, com uma forte acentuação na pessoa humana, seja no âmbito legislativo, seja na seara doutrinária, acompanhada de uma próspera evolução jurisprudencial.

Para o surgimento desse cenário, partiu-se de um princípio patrimonial, que dominou os Códigos civilistas de 1865 e 1942, para um princípio personalíssimo, introduzido no artigo 2º da Constituição da República italiana de 1948⁴

² Quanto ao estudo das cláusulas gerais e de sua importância para a responsabilidade civil, ver tópico 1.2.

³ Sobre a metodologia civil-constitucional, “tem como característica predominante a aplicação dos princípios e das regras constitucionais às relações intersubjetivas de Direito Civil e a consequente defesa da unidade do ordenamento jurídico, através da superação da dicotomia público-privado” (BODIN DE MORAES, 2009, p. 182).

⁴ La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Tradução livre: A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja individual, seja nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e exige o adimplemento dos deveres inderrogáveis da solidariedade política,

(CHRISTANDL, 2007, p. 5).

Pietro Perlingieri (2002, p. 4), justificando a mencionada mudança de paradigmas, assegura que o Código italiano de 1865 foi inspirado no Código francês de 1804, o que confirma a colocação da propriedade privada, sobretudo a propriedade imobiliária da terra, no centro do ordenamento jurídico. Já o Código italiano de 1942, com o propósito intervencionista do Estado na organização da produção de modo a potencializá-la, passa ao centro do ordenamento a empresa. Somente após a Constituição italiana de 1948, assume-se posição ideológico-jurídica diversa, focando-se na pessoa humana.

No novo contexto civilista, pós-constituição italiana de 1948, fala-se, de um lado, nos direitos reais, cuja base é o patrimônio; de outro, nos direitos pessoais, em que prevalece a pessoa humana, cujo fundamento é a própria existência. Destarte, a tutela dos valores da pessoa é colocada entre os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, gerando, por conseguinte, a formação de um "direito do ser", contrapondo-se a um "direito do ter" (LONGAVITA, F; LONGAVITA, M, 2006, p. 14-15).

Na obra denominada “Do sujeito à pessoa”, Stefano Rodotà (2007, p. 07-19) bem retrata essa mudança de foco, ao falar da migração do *sujeito de direitos* para a *pessoa humana*. A expressão sujeito de direitos, utilizada nos códigos, conceituada como o centro de imputações de direitos e deveres, que se traduz na abstrata possibilidade de qualquer pessoa existir formalmente, de adquirir bens e de agir livremente no mercado, já não era suficiente para representar o indivíduo, cuja existência vai muito além do reducionismo patrimonial. Não é por outra razão que o sujeito de direitos é submetido a um processo de constitucionalização de modo a encontrar morada, nas constituições, na forma de pessoa humana.

Menciona Stefano Rodotà (2007, p. 20) que a Constituição italiana de 1948 garantiu os direitos da personalidade, trouxe direitos sociais concretos, destacou a relevância da pessoa e a obrigação de respeitá-la, além de assegurar a inviolabilidade do corpo humano⁵. Nesse contexto, a Constituição abandonou o

econômica e social.

⁵ Stefano Rodotà (2007, p. 27) destaca que, na Constituição italiana de 1948, não aparece o termo “sujeito”, enquanto o termo “pessoa” encontra-se espalhado nela, destacando-se: artigos mais significativos, ora se referindo à pessoa (3, 32, 111, 119), ora à personalidade (art. 2º). Refere-se, ainda, à qualificação da liberdade pessoal (art. 13) e à responsabilidade penal pessoal (art. 27). Fala-se também no princípio de dignidade (art. 3, 32, 36 e 41).

indivíduo em abstrato, sujeito de direitos, para se focar na “pessoa social”, na pessoa humana. Nesse sentido, enfatiza o professor italiano: “Si avvia così la transizione dall'individuo alla persona, dal soggetto di diritto al soggetto di carne” (RODOTTÀ, 2007, p. 21)⁶.

Gustavo Tepedino comenta a migração dos princípios fundantes do Código Civil para a Constituição, destacando que o indivíduo neutro do Direito Civil codificado – o sujeito de direitos – deu lugar à pessoa humana, cuja promoção incumbe à ordem jurídica como um todo:

Entre controvérsias, aplausos e objeções, o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundantes, do Código Civil para a Constituição, em experiência contemporânea, da Europa Continental à América Latina (...). Isto significa que o indivíduo, elemento subjetivo basilar e neutro do direito civil codificado, deu lugar, no cenário das relações de direito privado, à pessoa humana, para cuja promoção se volta a ordem jurídica como um todo (TEPEDINO, 2006, p. 341).

Nas constituições do período pós-Segunda Guerra, após as atrocidades do nazifascismo, começaram a surgir as expressões “pessoa humana” e “dignidade da pessoa humana”:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu artigo 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A Constituição italiana de 1947, entre os princípios fundamentais, também já havia proclamado que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. Não obstante, costuma-se apontar a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio em termos mais incisivos: “Art. 1º, 1 – A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”. Do mesmo modo, a Constituição portuguesa de 1976, promulgada após o longo período de ditadura salazarista, estabelece em seu artigo 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Igualmente, a Constituição espanhola de 1978, adotada em seguida ao fim da república franquista, estabelece no art. 10, 1: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social” (BODIN

⁶ Tradução livre: “Inicia-se, assim, a transição do indivíduo à pessoa, do sujeito de direito ao sujeito de carne”.

DE MORAES, 2009, p. 82-83).

Portanto, vale mencionar que a tutela da pessoa como princípio fundamental não é peculiaridade da Itália. No âmbito europeu, diversos outros países reconhecem-na⁷, já que é prevista na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na Carta Social Europeia, impondo aos países signatários o empenho em reconhecer os valores humanos fundamentais (CHRISTANDL, 2007, p. 71).

Aliás, segundo Stefano Rodotà (2007, p. 34), o processo de constitucionalização encontra uma confirmação eloquente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. No seu preâmbulo, afirma que a União Europeia “põe a pessoa humana no centro de sua ação”, e, no início do texto, vem o princípio da dignidade, dando plena relevância a condições particulares de existência, como aquelas das crianças, idosos e deficientes.

No Brasil, apenas após mais de duas décadas da ditadura militar, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, veio expressamente prevista a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana”.

Dignidade, em sua etimologia, provém do latim *dignus* - “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”. Em 1788, por meio da Crítica da Razão Prática, Kant reasentou a questão da moralidade em novas bases, que se encontram resumidas no que ele denominou de imperativo categórico. Forma o imperativo categórico a exigência de que o ser humano seja visto jamais como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre como um fim em si mesmo. Destarte, o imperativo categórico orienta-se pelo valor básico, universal e incondicional da dignidade humana. Segundo Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. As coisas têm preços e as pessoas, dignidade (BODIN DE MORAES, 2009, p. 79-81).

⁷ Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 68-69) lembra que a Alemanha foi o primeiro país de tradição continental a abrir o caminho para a constitucionalização do Direito Civil, notadamente pela atuação da sua Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), que reformou a sentença de primeiro grau para, em nome do direito à liberdade de expressão, garantir a Erich Lüth, membro da Cooperação Judaico-Cristã, que conclamasse as pessoas a não assistirem a um filme produzido pelo cineasta Veit Harlan, adepto da ideologia nazista.

A dignidade da pessoa humana não está reduzida à esfera patrimonial, como ocorreu com o sujeito de direito, mas possui uma dimensão existencial, valorada juridicamente, constituindo o valor-fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico (MARTINS-COSTA, 2002, p. 413).

A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, no Brasil, tem encontrado grandes obstáculos. Uma das maiores dificuldades enfrentadas tem sido delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites de tal princípio, já que

a noção é ampliada pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco de generalização, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação (BODIN DE MORAES, 2009, p. 84).

A preocupação com a indevida aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e o risco de sua banalização é revelada por Anderson Schreiber, ao afirmar que

a dignidade humana tem sido diretamente aplicada a um sem-número de casos concretos. Sua invocação tem se tornado cada vez mais frequente não apenas nos debates acadêmicos, mas também nas motivações das decisões judiciais, nas peças advocatícias, nas decisões administrativas, nos debates parlamentares, nas justificativas de projetos de lei e assim por diante (SCHREIBER, 2013b, p. 7).

Vê-se, destarte, que o caminho a ser percorrido, na construção do conceito de dignidade da pessoa humana, é longo. Não é hermético, não é matemático. Deve ser construído pela sociedade, lembrando que uma prática que hoje é vista como conforme à dignidade da pessoa humana pode ser entendida de outro modo amanhã⁸. O melhor norte parece estar em Kant, segundo já demonstrado,

⁸ Para citar um exemplo, não muito distante, tem-se o caso do arremesso de anão, na França, em 1991, praticado livremente nas casas noturnas francesas, até que um estabelecimento foi interdito. O anão era arremessado, em competição envolvendo duas equipes, ganhando a equipe que o arremessasse a maior distância. O anão arremessado, em litisconsórcio com a empresa, insurgiu-se contra tal decisão, enfatizando que era de tal atividade que retirava o sustento e invocou a autonomia da vontade. Em primeira instância, obteve êxito, garantindo-lhe o exercício de sua atividade. Contudo, em grau de recurso, o caso chegou ao Conselho de Estado, que reconheceu que a atividade feria a dignidade da pessoa humana (BODIN DE MORAES, M; KONDER, C; 2012, p. 129-130).

ênfatizando-se que o ser humano deve ser visto como um fim em si mesmo, jamais como meio para atingir outras finalidades.

Devido à relevância da dignidade humana, na obra denominada “A revolução da Dignidade”, Stefano Rodotà diz que, se a *revolução da igualdade* foi a característica da modernidade, a revolução da dignidade marca um novo tempo, é filha do trágico século XX e inaugura a era da relação entre pessoa, ciência e tecnologia (RODOTÀ, 2013, p. 14-15).

Em decorrência dessa mudança de perspectiva ideológica, centrada na pessoa, amplia-se o programa de investigação do civilista, desafiando-o a harmonizar o sistema de direito civil com os princípios fundamentais, sobretudo com as necessidades existenciais da pessoa. Trata-se do chamado Direito Civil-Constitucional, uma metodologia que impõe a interpretação da legislação ordinária à luz das normas fundamentais (PERLINGIERI, 2008, p. 578). Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada (BODIN DE MORAES, 1993, p. 21-32).

Para alcançar o escopo de releitura dos institutos civilistas à luz da constituição⁹, há a necessidade de modernização dos instrumentos, em especial da teoria da interpretação. Nesse particular, comprovando o refinamento da hermenêutica, o direito civil deve respeitar não apenas a constituição de um país, mas também as normas de direito internacional, que possuem força cogente em

⁹ Sobre a constitucionalização do direito civil, leciona Luiz Edson Fachin (2015, p. 162-163): “(...) a constitucionalização do direito buscou, nos princípios e valores constitucionais, a ressignificação dos institutos do Direito Civil, promovendo, com isso, a repersonalização do direito privado, que fez deslocar o foco jurídico do patrimônio (sem, por evidente, mitigá-lo como garantia) para a pessoa em si. Nesse sentido, não mais existe um número fechado de hipóteses tuteladas, posto que tutelado, fática e juridicamente, deve ser o valor da pessoa em sua concretude”.

relação aos países signatários (PERLINGIERI, 2002, p. 12).

Contudo, a tarefa de hermenêutica não é fácil nesse novo cenário. Em artigo no qual se discute a promoção da tutela da pessoa diante do mercado e o enfraquecimento dos mecanismos jurídicos internos frente à normativa comunitária, Pietro Perlingieri apresenta o atual cenário em que vive a Itália e os demais países-membros da Comunidade Econômica Europeia. De um lado, as constituições dos países-membros tutelam a pessoa humana, valorizando-se, dentre outros, o princípio da solidariedade. De outro lado, há os regulamentos comunitários dos países-membros focados na liberdade do mercado e não na pessoa. Subsistem, portanto, interesses aparentemente antagônicos, havendo a preocupação de que as Cortes Constitucionais dos países signatários percam o seu poder de efetuar o controle dos regulamentos comunitários, em razão de ingerências supranacionais, deixando enfraquecida a tutela da pessoa humana (PERLINGIERI, 1994, p. 882-883).

Ao comparar a realidade europeia com a brasileira, observa-se que o Código Civil brasileiro de 1916, também influenciado pelo Código de Napoleão, foi marcado por uma visão individualista, centrado nas figuras do contrato e da propriedade. A partir dos movimentos sociais ocorridos na primeira metade do século XX, frutos da desproporção entre o crescimento econômico e as condições de vida da população, introduziram-se princípios e normas tendentes a estabelecerem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica e privada, desembocando na Constituição brasileira de 1988 (TEPEDINO, 2004, p. 4-7).

Ao lado da dignidade da pessoa humana, conforme observa Gustavo Tepedino (2004, p. 49), citam-se o princípio da igualdade substancial (art. 3º, III), a isonomia formal (art. 5º), bem como a garantia residual estipulada pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, formando uma tábua axiológica a permitir a leitura dos institutos privados.

O Código Civil brasileiro de 2002, idealizado na década de 1970 e aprovado longos anos depois, não esconde que já chegou envelhecido, carregado de resquícios do vetusto Código de 1916¹⁰. Entretanto, não se pode negar que trouxe

¹⁰ Concorde-se com Gustavo Tepedino quando leciona sobre o Código Civil de 2002 "O Código peca, a rigor, duplamente: do ponto de vista técnico, desconhece as profundas alterações trazidas pela Carta de 1988, pela robusta legislação especial e, sobretudo, pela rica jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década. Demais disso, procurando ser neutro e abstrato em sua

inovações como as cláusulas gerais¹¹ de modo a outorgar importante função ao intérprete na tarefa de integrar o sistema jurídico em consonância com a legalidade constitucional (TEPEDINO, 2002, p. XXI).

Além das cláusulas gerais, com destaque à boa-fé objetiva e à função social, pode-se citar como inovação do Código Civil de 2002 a previsão expressa dos direitos da personalidade (artigos 11 a 21) e o compromisso do código com os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade¹².

Antes da vigência do Código Civil de 2002, mas sob a égide da Constituição Federal de 1988, Luiz Edson Fachin já chamava a atenção dos juristas para a necessidade de releitura dos institutos do Direito Privado em uma perspectiva emancipatória do direito: "A releitura de estatutos fundamentais do Direito Privado é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico que se projetou para o contrato, a família e o patrimônio" (FACHIN, 1998, p. 319).

Nesse contexto, ganha relevo o papel do jurista, na sua árdua tarefa de interpretar a legislação ordinária à luz da Constituição, valendo-se das cláusulas abertas para permitir a entrada dos princípios fundamentais no Direito Privado, realizando a devida integração do sistema de modo a garantir e a promover a efetiva tutela da pessoa humana tão ameaçada e fragilizada no cenário atual.

1.2 NOVOS DANOS E O PAPEL DAS CLÁUSULAS GERAIS

O desenvolvimento industrial, caracterizado pelo risco, provoca o surgimento

dimensão axiológica, como ditava a cartilha das codificações dos Séculos XVIII e XIX, reinstalou, purificada, a técnica regulamentar" (TEPEDINO, 2000, p. 9).

¹¹ Ver cláusulas gerais no tópico seguinte.

¹² Em relação ao princípio da eticidade, Miguel Reale destaca que o Código de 1916 pecava "pelo excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos (...) Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à 'concreção jurídica', conferindo-se maior poder ao Juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa". Quanto ao princípio da socialidade, Miguel Reale assevera que o sentido social "é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor [em referência ao Código de 1916] (...) houve o triunfo da 'socialidade', fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana". Por fim, no tocante à operabilidade, trata-se de a legislação civilista considerar a "necessidade de levar em conta as alterações profundas ocorridas no plano técnico e operacional. Por essas razões, por exemplo, toda a matéria da escrituração empresarial passa por uma transformação fundamental para que tudo possa ser feito através de processos eletrônicos, superando-se os entraves formalistas em matéria de contabilidade e gestão da empresa" (REALE, 1998, p. 22-30).

de novos danos. Em um direito individualista admitiam-nos, sem maiores dificuldades, por se tratar de um caso fortuito. Dizia-se que um bem destruído era pior para o dono, ao passo que uma pessoa ferida era pior para ela ou para a sua família, já que ninguém é senhor da vida ou da morte. Tal concepção, porém, não se coaduna com o direito moderno, focado na pessoa da vítima (RIPERT, 1937, p. 327-331).

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF) implica na ampla tutela da pessoa humana, garantindo, no âmbito da responsabilidade civil, um amplo ressarcimento a todas as espécies de danos. Nesse sentido, Pietro Perlingieri é enfático ao afirmar que a pessoa humana é "o valor central do ordenamento à luz do qual se deve reler a normativa ordinária, incluindo todas as disciplinas sobre a responsabilidade civil" (PERLINGIERI, 2002, p. 175).

Revisar a normativa ordinária, em sede de responsabilidade civil, significa desenvolver mecanismos eficientes para garantir a tutela da pessoa humana, considerando o progresso científico e tecnológico, que deixa a pessoa cada vez mais vulnerável, tais como a internet, a energia nuclear, a engenharia genética, a intervenção humana no meio ambiente etc.

Como consequência do avanço científico-tecnológico, acelerado pelo processo de Globalização, amplia-se o espectro de atuação do Direito, trazendo à análise do jurista numerosas situações capazes de causar dano, não sendo o binômio dano material e dano moral suficiente para oferecer uma satisfatória resposta.

Matilde Zavala de González (2004, p.27-28) afirma que o lucro e o avanço do direito de danos estão ligados à natureza frágil e vulnerável do ser humano, dentro de um contexto de intensificação dos riscos até limites antes inimagináveis. A sociedade está repleta de perigos pelo progresso tecnológico, como a delinquência e uma agressividade generalizada. Os problemas, nesse contexto, são intensos: danos mais graves (ataques em cadeia, intoxicações massivas e atentados terroristas), lesantes poderosos (grandes corporações econômicas e órgãos de comunicação de massa) e vítimas frágeis por sua condição ou pelas circunstâncias (crianças, idosos, consumidores, jornalistas ou funcionários que investigam delitos). Inclusive o Estado, que deveria atuar na defesa do cidadão, acaba por lesá-lo.

Carlos Antonio Gherzi diz que, no momento atual, as mutações são tremendas em todos os campos, especialmente no tocante à lesão às pessoas, surgindo novas formas de danos, quase invisíveis alguns e outros abruptos:

Los primeros – invisibles – son aquellos que se dan ante ciertos hechos – pérdida de estabilidad en un empleo, pérdida paulatina de calidad de vida, etc. - que van generando deterioro al ser humano y causándole grave daño que transmite a sus familias, amigos, etcétera. En tanto los segundos (los abruptos, como la pérdida del empleo a cierta edad y la imposibilidad de reincorporarse a la actividad laboral) implican lisa y llanamente, muchas veces, una conducta suicida o muy agresiva para con sus seres queridos (GHERSI, 2006, p. 75).

Ao lado dos danos clássicos, pessoais ou individuais, sofridos por uma determinada pessoa, surgem os denominados danos coletivos, padecidos por muitas pessoas, por um grupo ou por uma comunidade, tal como ocorre com o dano ambiental (MOSSET ITURRASPE, 2006, p.113)¹³.

Destaca-se, aliás, que há uma tendência à ampliação dos danos coletivos, também denominados danos em série, resultados de uma “massificação” da sociedade contemporânea, espraiando os seus efeitos “desde a fabricação e o consumo em massa até a medicina ou o ensino em massa” (LOPEZ, 2010, p. 133).

No contexto de novos danos, destacam-se: responsabilidade civil dos provedores de internet¹⁴; responsabilidade civil pelo dano de férias arruinadas¹⁵;

¹³ Conforme pesquisa realizada por Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Fernando Moreira Freitas da Silva (2013, p.319-335), no âmbito do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, foram colhidos diversos julgados que reconhecem a existência de dano moral coletivo, malgrado a divergência existente, na doutrina e no próprio STJ: a) danos causados à biota em virtude do desmatamento de vegetação nativa sem autorização da autoridade ambiental (REsp 1198727/MG); b) danos aos consumidores com dificuldade de locomoção, obrigados por agência bancária a subirem escada com 23 degraus, sendo que o local possuía condições de propiciar melhor forma de atendimento (REsp 1221756/RJ); c) danos causados pela interrupção no fornecimento de energia elétrica em virtude das precárias condições da prestadora de serviço (REsp 1197654/MG); d) danos aos consumidores idosos, na conduta da empresa que exigia o cadastro prévio do idoso para a obtenção do direito ao passe livre, tutelado pelo art. 39, § 1º, do Estatuto do Idoso (REsp 1057274/RS); e) danos causados à população em virtude de fraude em processo licitatório (AgRg no REsp 1029927/PB).

¹⁴ A responsabilidade civil do Internet Service Provider (ISP), isto é, do sujeito que fornece a terceiros o acesso à rede de internet (CASSANO, 2012, p. 155). Na doutrina brasileira, tal matéria ganha maior relevância diante da recente aprovação do chamado Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014).

¹⁵ Segundo a noção doutrinária e jurisprudencial, é o dano derivado do pouco aproveitamento das férias e dos desgostos suportados pelo turista por causa do inadimplemento por parte das agências de viagens ou do operador de turismo (DI PIRRO, 2011, p. 60).

responsabilidade civil pela perda da chance¹⁶; responsabilidade civil por ato lícito¹⁷ etc.

Luiz Edson Fachin (2015, p. 170) afirma que, se no passado o maior desafio era a necessidade de uma profunda transformação no conceito de sujeito de direitos e de conferir força normativa aos princípios, atualmente a realidade é diversa. Cumpre dar um passo além, outorgando-lhes sentidos e fim, vale dizer, garantindo a sua efetiva aplicação.

Contudo, já se pode observar que o Direito Civil não cumpre tal tarefa isoladamente, trata-se, em verdade, de uma tarefa interdisciplinar, que requer a integração com o Direito Processual Civil e outras áreas das ciências, dentre elas a psiquiatria – no tocante aos danos psicológicos – e a mecânica – no que toca aos acidentes automobilísticos (ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2004, p. 31).

Uma das críticas que se pode tecer ao amplo ressarcimento dos danos é a de que muitos deles, apesar de admitidos na doutrina estrangeira, não se encontram enumerados na legislação brasileira, não podendo, destarte, ganhar reconhecimento pelo Poder Judiciário. Contudo, tal entendimento não pode prosperar, já que não se deve admitir, à luz da cláusula geral da tutela da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), que um interesse merecedor de tutela permaneça sem a resposta do Poder Judiciário.

Diante da impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses de lesão, já que são inúmeros os danos presentes e futuros que ameaçam a pessoa humana, Pietro Perlingieri enfatiza que a personalidade é, portanto,

não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de

¹⁶ A perda da chance constitui um dano atual que se identifica não como uma perda de um resultado útil, mas como a perda da própria possibilidade de consegui-lo (CHINDEMI, 2010, p. 11).

¹⁷ A responsabilidade pelo fato lícito designa obrigações legais de indenizar derivada de fatos danosos não vedados pelo ordenamento jurídico, tais como a expropriação e a revogação de um contrato de mandato (BIANCA, 2012, p. 567).

relações (PERLINGIERI, 2002, p. 155-156).

Assim, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário fica autorizado a agir não apenas quando houver violação a um direito expressamente previsto no ordenamento, mas sempre que houver um interesse merecedor de tutela.

Na oportunidade em que trata da tutela da personalidade, na Itália, Pietro Perlingieri (2001, p. 329-330) esclarece que essa insistência em um sistema tipificado revela, na verdade, opções ideológicas e culturais, com resquícios patrimonialistas, já que, ao falar da pessoa humana, não é possível a pretensão de um rol *numerus clausus* de direitos da personalidade.

Na busca de uma efetiva garantia de tutela da pessoa, Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 239) explica que é possível tutelá-la devido à flexibilidade e à simplicidade dos instrumentos da responsabilidade civil, apresentando cláusulas abertas, conceitos vagos e indeterminados, de modo a permitirem que o magistrado, no caso concreto, realize o devido preenchimento¹⁸.

Realmente, no Brasil, que adota um sistema aberto, ao contrário da Itália, a ausência de previsão legal para cada espécie de dano não impede a sua reparação, já que vigoram inúmeras cláusulas gerais que permitem uma ampla tutela da pessoa. Nesse sentido, destacam-se os seguintes exemplos:

No Direito brasileiro, as cláusulas gerais que regulam a responsabilidade civil extrapatrimonial encontram-se no art. 1º, inciso III, e no art. 5º, incisos V e X da Constituição federal, no artigo 6º, incisos VI e VII da Lei 8078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), no art. 17, combinado com o art. 201, incisos V, VIII e IX da Lei 8069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e, ainda, no art. 1553 do Código Civil de 1916, norma de abertura em matéria de fixação do quantum indenizatório (MARTINS-COSTA, 2002, p. 419-420).

Sobre as cláusulas gerais, Judith Martins-Costa enfatiza o seu papel no

¹⁸ Francisco Amaral destaca que, à luz dos princípios gerais do Código Civil, sobretudo o princípio da eticidade, “o novo Código confere ao juiz um poder muito grande, não só para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos” (AMARAL, 2014, p. 75). Nesse sentido, as cláusulas gerais permitem a aplicação da Teoria Tridimensional do Direito, elaborada por Miguel Reale, a partir da dialética entre fato, valor e norma. Assim, “a norma será o fato valorado pelo magistrado em consonância aos princípios constitucionais. O magistrado exercerá a vital tarefa de, periodicamente, construir e reconstruir a norma, segundo o valor justiça” (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 56).

ordenamento jurídico, ao sustentar que

“(…) o Código central deve permitir a integração do que está em suas margens, disperso em leis extravagantes ou 'microssistemas', o que é possível através das cláusulas gerais. Na perspectiva de um sistema aberto, a própria noção de Código muda – uma vez que não mais se quer abarcar, em seu *corpus*, a totalidade do direito – atuando aí as cláusulas gerais como elemento ao mesmo tempo unificador e vivificador dos ordenamentos” (MARTINS-COSTA, 1991, p. 29).

As cláusulas gerais significam “um preceito normativo cujos termos são propositadamente vagos. É mesmo uma técnica de elaboração legislativa, que se afasta do casuísmo descritivo em favor de uma previsão cujos termos semânticos são abertos” (GODOY, 2009, p. 51).

Nessa senda, as cláusulas gerais constituem uma técnica que permite a transformação do ordenamento privado em um sistema aberto, capaz de absorver novos valores em uma sociedade em constante transformação. Nesse sentido,

As cláusulas gerais são normas intencionalmente editadas de forma aberta pelo legislador. Possuem conteúdo vago e impreciso, com multiplicidade semântica. A amplitude das cláusulas gerais permite que os valores sedimentados na sociedade possam penetrar no Direito Privado, de forma que o ordenamento jurídico mantenha a sua eficácia social e possa solucionar problemas inexistentes ao tempo da edição do Código Civil (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 55).

É no contexto de uma sociedade em evolução, que convive com preceitos rígidos e com valores em mutação, que se pode dizer que o verdadeiro objetivo das cláusulas gerais é

dotar o sistema de normas com características de mobilidade, que propiciem abertura ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação a implicar um indesejável mal-estar decorrente de um embate sem solução sistêmica (JORGE JÚNIOR, 2004, p. 10).

A partir das cláusulas gerais, viu-se surgir uma verdadeira mudança de paradigmas, partindo-se da herança romana de “positivar nossas leis em textos legais” para, no século XIX, aderirmos a uma tendência de inclusão das cláusulas

gerais “a permitir e exigir do aplicador da lei uma interpretação mais aberta, em verdade, uma concretização da norma a preencher com valores no caso concreto” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 40).

Em um direito civil-constitucional, busca-se garantir que não haja dano sem a respectiva reparação, devendo o ordenamento jurídico ofertar instrumentos e procedimentos para uma célere e eficaz resposta à vítima de um evento danoso, mas, antes de tudo, é necessária uma mudança de mentalidade do intérprete na construção da hermenêutica que prioriza, efetivamente, a tutela da pessoa humana.

1.3 DESAFIOS À RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto jurídico da responsabilidade civil é, por essência, dinâmico, modificando-se à medida que desenvolve a civilização, de acordo com as condições de tempo e espaço, objetivando afastar o desequilíbrio provocado pelo dano. Nesse sentido, destaca-se que

[...] o instituto [responsabilidade civil] é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se, na mesma proporção em que desenvolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para 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, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes (AGUIAR DIAS, 1960, p. 31-32).

Ver-se-á uma profunda e constante evolução da responsabilidade civil, se realizada uma breve digressão. Maria Helena Diniz fala em uma evolução *pluridimensional*, já que a expansão se deu quanto à história, aos seus fundamentos, à sua extensão e à sua densidade. *Historicamente*, viveu-se um período de vingança coletiva, em que havia a reação conjunta do grupo contra o agressor. Na sequência, evoluiu-se para uma vingança privada, em que as vítimas faziam justiça com as próprias mãos, amparadas na Lei de Talião. Com o advento da *Lex Aquilia de damno*, a repressão contra o dano passou da investida contra a pessoa do agressor para o seu patrimônio, além de introduzir a noção de culpa como elemento indispensável à responsabilidade civil, estabelecendo as bases da responsabilidade extracontratual (DINIZ, 2013, p. 26-37).

Quanto ao *fundamento*, migrou-se de uma responsabilidade civil subjetiva (baseada na culpa) para uma responsabilidade objetiva (sem a existência de culpa). No tocante à *extensão*, aumentou-se o número de pessoas responsáveis pelos danos (pais pelos atos dos filhos menores, tutores pelos atos dos tutelados, curadores pelos atos dos curatelados etc.), de beneficiários da indenização (não apenas os herdeiros, mas outras pessoas que tenham dependência econômica com a vítima) e de fatos a ensejar a responsabilidade civil (fatos de animais e coisas sob a guarda do imputado, além do fato do produto, conforme art. 931 do CC). Por fim, quanto à *densidade da indenização*, deverá ser plena e integral até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, compensando o credor pelos prejuízos sofridos (DINIZ, 2013, p. 26-37).

Na fase contemporânea, ao se tomar por base a necessidade de efetiva tutela da pessoa humana lesada, Fernando Noronha (2013, p. 564) observa que a responsabilidade civil ganha novos contornos, manifestando-se por meio de um triplo fenômeno: expansão dos danos suscetíveis de reparação, coletivização e objetivação.

Em relação aos novos danos, objeto do tópico anterior, revela-se uma diversidade de eventos danosos, muitos deles sequer previstos no momento presente¹⁹, desafiando a doutrina e a jurisprudência na árdua tarefa de garantir a devida reparação.

No campo da coletivização, desenvolve-se o sistema de seguros contra o risco de danos, partindo-se para a chamada socialização da responsabilidade civil, em que há a migração de uma responsabilidade individual para um sistema de garantia coletiva (AMARAL, 2014, p. 605-606). Ganha relevo, portanto, o desenvolvimento de sistemas voltados para a tutela da vítima como os seguros e a seguridade social, além de mecanismos jurídicos para evitar a ocorrência do dano, tal como a tutela inibitória (PERLINGIERI, 2011, p. 116).

Nesse sentido, Daniel de Andrade Levy propõe uma cisão da responsabilidade civil, o que pode ser visto como uma tendência. De um lado, fala do “direito dos danos”, focado na pessoa da vítima, buscando o estudo de meios adequados para uma efetiva reparação da parte lesada (criação de seguros e outros

¹⁹ “O avanço da pesquisa na genética, na física quântica, no enriquecimento de urânio, dentre outros, traz consigo a opção do indivíduo de aceitar correr risco ainda desconhecidos em prol de um suposto desenvolvimento futuro” (LEVY, 2012, p. 17).

mecanismos para uma pronta reparação à parte lesada). De outro lado, fala do “direito das condutas lesivas”, centrado na conduta do autor do dano, objetivando perquirir as causas do evento danoso e criar mecanismos para dissuadir o comportamento faltoso do lesante (LEVY, 2012, p. 257).

Quanto à objetivação, com a criação de novos riscos, motivados pelo processo científico-tecnológico, percebe-se que a culpa perde a centralidade de outrora para dar lugar à tutela da vítima, admitindo-se a responsabilidade civil sem a demonstração de culpa²⁰, pois

a multiplicação de riscos a que fixou exposta a vida do homem em consequência dessas transformações determinou a necessidade da proteção jurídica contra insegurança material, inspirando medidas que oferecessem a garantia de que a vítima de danos produzidos, inclusive por desconhecidas causas, não ficaria desamparada (GOMES, 2011, p. 86).

Com o mesmo propósito supracitado, tomando a integral proteção à pessoa como fim do ordenamento, sobretudo a pessoa da vítima, observa-se o crescente reconhecimento das hipóteses de fortuito interno, ampliando os casos de reparação em decorrência do risco inerente à atividade desenvolvida pelo ofensor (Súmula nº 479 do Superior Tribunal de Justiça)²¹. Por tal razão, ao analisar as tendências da responsabilidade civil, Silmara Juny Chinelato (2006, p. 589-592) aborda a amplitude do rol dos titulares ativos e passivos. Dentre os lesantes, destaca-se a pessoa jurídica por atividade danosa ao meio ambiente (art. 225, § 3º, da CF c/c Lei 7.802/89 e Lei 9.605/98) e também os entes não personalizados, tais como o condomínio, a massa falida, o espólio e outros. Já entre os lesados, figuram-se, além da pessoa natural, o nascituro, a pessoa jurídica e os mortos.

Ademais, lembra Geneviève Viney que as sociedades e outras pessoas jurídicas com finalidade econômica se reagrupam em conjuntos complexos, reunindo controladoras, controladas e coligadas de sorte que, em se produzindo um dano, geralmente torna-se difícil identificar qual delas é a autora e, portanto, a responsável. De igual modo, verifica-se o mesmo problema quando se está a tratar de um

²⁰ Nesse contexto, ganha relevo a proteção à vítima do dano injusto em detrimento da conduta dolosa ou culposa do agente, alargando-se, destarte, as hipóteses de responsabilidade objetiva, que independe de culpa (BODIN DE MORAES, 2009, p. 29).

²¹ As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

comerciante membro de uma rede de distribuição ou de um franqueado (VINEY, 2008, p. 43).

Impõem-se também novos desafios à responsabilidade civil, na medida em que o desenvolvimento da moderna economia de mercado não somente produz um crescimento quantitativo das mercadorias, mas também proporciona a expansão das “formas de mercadorias”, incluindo nelas bens “eventuais” e valores “imateriais”, que não eram considerados suscetíveis de avaliação econômica: a vida privada, a história pessoal, a beleza, a reputação pessoal, a honra, a relação afetiva e social, a cura, chances de vida e outras (BARCELLONA, 2011a, p. 8), que passaram a ser lesados e a exigir a devida tutela jurídica.

Geneviève Viney (2008, p. 45-56) destaca, ainda, tendências já bem ancoradas nos direitos positivos e outras tendências que se esboçam no cenário da responsabilidade civil. No primeiro grupo, destacam-se: I) o desenvolvimento de indenização dos atentados à segurança, abrandando as condições do direito à reparação, bem como o estabelecimento de um regime jurídico que facilite a tutela reparatória no caso de dano corporal; II) desenvolvimento das responsabilidades profissionais, impondo obrigação de segurança nas atividades, bem como fixando obrigação de informação (como na seara médica); III) proteção dos direitos da personalidade, seja para reparar, seja para fazer cessar a lesão. No segundo grupo, destacam-se as tendências que se esboçam, sendo elas: IV) sistema próprio para danos de massa (danos de consumo, atentados ao meio ambiente e outros), chegando aos verdadeiros autores do dano, bem como o desenvolvimento de ações coletivas; V) diversificação das funções da responsabilidade civil, além da função reparatória, partindo-se para uma função de prevenção.

A produção em massa de mercadorias e serviços, somada à compulsão pelo consumo, não como necessidade, mas como forma de suprir vazios existenciais, conduz a outro fenômeno que muito tem preocupado a doutrina atual da responsabilidade civil, especialmente no Brasil, o superendividamento, em que

o consumo, atividade tipicamente individualista, tem transformado radicalmente a sociedade brasileira, alavancada sobremaneira pela larga expansão da oferta de crédito nos últimos anos. Some-se a esse fenômeno o imediatismo do indivíduo pós-moderno, que deseja o conforto material no momento, ainda que, para isso, precise complementar o valor do bem com um empréstimo de longo prazo.

Hoje, portanto, não se compram bens, pagam-se parcelas (LEVY, 2012, p. 16).

No Brasil, no âmbito jurisprudencial, apesar de alguma relutância de parcela da doutrina²², verifica-se uma ampliação da função dos danos morais, incorporando a função punitiva, com inspiração nos *punitive damages* da *Common Law*, conforme se depreende de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE – CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.
2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova.
3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.
4. Recurso especial parcialmente provido²³.

Verifica-se também a atual discussão sobre a possibilidade de responsabilizar uma conduta, mesmo sem a existência de dano. Trata-se de punir a simples criação de riscos para a vítima, ampliando-se o próprio conceito de dano injusto (LEVY, 2012, p. 146-147).

Pode-se relatar também como tendência da responsabilidade civil a definição de legislação comum para Estados-membros, como ocorre na Europa, com os *Principles of European Law* (PEL) e *Principles of European Tort Law* (PETL), que objetivam estabelecer disposições jurídicas a serem seguidas pelos países-membros, malgrado as críticas recebidas da doutrina, que afirma, por exemplo, a diferença de sistemas jurídicos no tocante à reparação de danos (CASTRONOVO, 2011, p. 329-335).

Por fim, na grande maioria das tendências da responsabilidade civil apontadas, observa-se, nitidamente, a preocupação em oferecer uma maior tutela à pessoa humana, garantindo ampla proteção diante da fragilidade da pessoa em um mundo globalizado, marcado pelo surgimento de novos danos e outras ameaças em potencial à vida humana, que desafiam o hermeneuta na busca de soluções para

²² Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 258-264) defende, dentre outros, que somente seria admissível o dano punitivo no direito brasileiro em caso de hipóteses excepcionais e taxativamente prevista em lei, sob pena de violar o princípio multissecular da legalidade.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 604.801/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2004, DJ 07/03/2005, p. 214.

reparar a vítima, fazer cessar o ato lesivo e inibir o agressor na prática de novas investidas.

2 NOÇÕES PRELIMINARES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente capítulo se propõe a analisar os conceitos básicos da teoria geral da responsabilidade civil de modo que se consolide o alicerce conceitual necessário à análise das particularidades da responsabilidade civil pela perda da chance.

Nessa senda, serão estudados o conceito de responsabilidade civil, a diferença entre as responsabilidades contratual e extracontratual, objetiva e subjetiva, patrimonial e extrapatrimonial, além dos elementos da responsabilidade civil: conduta, culpa, nexos de causalidade e dano, o que é de fundamental relevância para a correta compreensão da perda da chance e da sua aplicação no direito brasileiro.

2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

De início, já se adverte que encontrar o conceito de responsabilidade civil não é tarefa fácil, haja vista a ausência de consenso entre os civilistas. Ao passar em revistas as diversas concepções pesquisadas, procura-se alcançar o ponto em comum entre elas de modo que se possa, ao final, apresentar um conceito majoritariamente aceito.

Para tanto, é importante destacar a distinção entre obrigação e responsabilidade, já que “não são palavras sinônimas e menos ainda homônimas, mas em geral, vezes tantas, se procede confusão na sua interpretação” (AMARAL, 2011, p. 35). Assim, “a relação jurídica obrigacional nasce da vontade das pessoas ou da lei e deve ser cumprida no meio social, espontaneamente. Quando a obrigação não se cumpre pela forma espontânea é que surge a responsabilidade” (AZEVEDO, 2011, p. 18). Em outras palavras, a obrigação “é aquela cumprida espontaneamente pelo devedor, surgindo a responsabilidade a partir do não cumprimento” (AMARAL, 2011, p. 35).

A sistematização da matéria relativa à distinção entre obrigação e responsabilidade se deve à doutrina alemã, ao difundir os termos *Schuld* e *Haftung*,

em que o primeiro significa a obrigação, ao passo que o segundo a responsabilidade (LÔBO, 2013, p. 33). Não se pode olvidar quanto à possibilidade de existir *Schuld* sem *Haftung*, tal como ocorre nas dívidas de jogos e nos débitos prescritos. Nesses casos, existe a obrigação, podendo o devedor cumprir, espontaneamente, a obrigação, não sendo possível compeli-lo. Há também a possibilidade de visualizar *Haftung* sem *Schuld*, por exemplo, nos casos em que o fiador não contraiu a obrigação, porém assumiu a responsabilidade de efetuar o pagamento, em caso de inadimplência do devedor (AZEVEDO, 2011, p. 19).

Feitas tais considerações acerca da diferença entre obrigação e responsabilidade, parte-se em busca de um conceito para responsabilidade civil.

Em uma primeira concepção, define-se a responsabilidade civil como “l’obligation qui peut incomber à une personne de réparer le dommage causé à autrui par son fait, ou par le fait des personnes ou des choses dépendant d’elle” (SAVATIER, 1951, p. 01)²⁴.

No mesmo sentido, “on dit qu’il y a responsabilité dans tous les cas où une personne est tenue de réparer un dommage subi par une autre et dont elle est considérée, de quelque manière, comme en étant la cause” (PLANIOL; RIPERT, 1952, p. 639)²⁵.

Em perspectiva diversa, há quem sustente, como o fez Josserand, que as concepções supracitadas são demasiadamente restritivas, pois limitam a responsabilidade apenas a uma situação em que o sujeito provoque lesão a outrem, desconsiderando a possibilidade de o próprio lesante provocar uma lesão a si próprio, tendo que suportar o prejuízo: “Aquel a quien se le endose definitivamente el daño realizado deberá ser calificado invariablemente de responsable, aun cuando fuere la víctima directa del hecho danoso” (*apud* MAZEAUD; TUNC, 1963, p. 2).

Contudo, para aqueles que adotam uma concepção restrita de responsabilidade civil, o conceito apresentado por Josserand é alvo de severas críticas, sendo considerado muito embrionário, pois somente é admitida a responsabilidade civil quando a autor do dano e a vítima forem pessoas diversas, surgindo entre eles um conflito, em que uma pessoa pretende reparação contra a

²⁴ Tradução livre: “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o dano causado a outra por fato próprio, ou por fato de outrem ou de coisas que dela dependam”.

²⁵ Tradução livre: “Dizem que há responsabilidade em todos os casos em que uma pessoa é obrigada a reparar um dano sofrido por outra pessoa e que ela seja considerada, de qualquer modo, como sendo a causa”.

outra (MAZEAUD; TUNC, 1963, p. 2-3).

Ainda no direito comparado, colhe-se da doutrina portuguesa que a concepção restritiva parece receber melhor acolhida, enfatizando-se a necessidade para a responsabilidade civil de dois personagens diversos – lesante e lesado – conforme se extrai da seguinte assertiva: “a obrigação imposta a uma pessoa de reparar os danos causados a outra dão os autores e as leis o nome de responsabilidade civil” (VARELA, 1977, p. 206).

No Brasil, a concepção restritiva também é bastante difundida na doutrina, sendo que: “a noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos” (STOCO, 2001, p. 89). No mesmo sentido, ao transcrever o conceito supracitado de Savatier, Sílvio Rodrigues filia-se à corrente restritiva (RODRIGUES, 2008, p. 6).

Na senda da doutrina restritiva, destaca-se a posição de Arnaldo Wald e Brunno Pandori Giancoli, que acrescentam como conceito de responsabilidade civil os efeitos da violação de uma norma, já que se referem à responsabilidade civil como uma “situação de quem sofre as consequências da violação de uma norma, ou como a obrigação que incumbe a alguém de reparar o prejuízo causado a outrem, pela sua atuação ou em virtude de danos provocados por pessoas ou coisas dele dependentes” (WALD; GIANCOLI, 2015, p. 34).

Em sentido diverso, afastando-se do conceito restritivo de responsabilidade civil, José de Aguiar Dias, expressamente, filia-se ao conceito mais amplo, defendido por Josserand, ao assentar que

“Nós acatamos o conceito do notável professor [Josserand], cuja contribuição para o estudo da responsabilidade civil nunca será suficientemente encarecida. O fato de se confundirem, no mesmo patrimônio, crédito pela reparação e a obrigação respectiva não afeta, a nosso ver, a figura da responsabilidade, tal como a entende Josserand. O que se dá é o desinteresse na caracterização do dever de reparação consequente à responsabilidade” (AGUIAR DIAS, 2012, p. 15).

Existe, por fim, quem, após mencionar todas as correntes, a despeito de não optar por uma delas expressamente, prefere conceituar a responsabilidade civil como “uma prestação que se impõe ao responsável por um dano injusto” (PEREIRA,

1993, p. 10).

Feitas tais considerações, de um lado, conclui-se que a concepção restritiva de responsabilidade civil é a mais aceita pela doutrina civilista com a qual se concorda, já que parece não haver sentido falar em responsabilidade civil quando se concentra na mesma pessoa as figuras do lesante e do lesado. Por outro lado, parece que o dano resultante do mero descumprimento da lei não se mostra suficiente a tutelar todas as hipóteses de danos, já que muitos deles sequer são disciplinados pela legislação vigente. Nesse sentido, por sua abrangência, entende-se que a inserção do dano injusto²⁶, conforme doutrina supracitada, resulta mais ampla à tutela da pessoa.

À luz dos conceitos expostos, apresenta-se o conceito de responsabilidade civil como a possibilidade de exigir do lesante a reparação do dano injusto provocado por ele próprio, por pessoa ou por coisa sob sua responsabilidade.

Nas próximas linhas, apresentar-se-ão as espécies e os pressupostos da responsabilidade civil de modo que se possa melhor compreender o instituto jurídico da perda da chance.

2.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

No presente tópico, expõem-se as diferenças e as proximidades entre as responsabilidades contratual e extracontratual de modo que, no momento oportuno, será analisado se elas são (in) compatíveis com a perda da chance.

Por muitos séculos, as responsabilidades contratual e extracontratual foram vistas como figuras inteiramente distintas. Contudo, a doutrina moderna, em sentido diverso, tende a aproximá-las, buscando os aspectos comuns entre elas, sem desconsiderar as diferenças que as separam (VARELA, 1977, p. 207-208).

Entende-se por responsabilidade contratual ou negocial²⁷ aquela “que provém

²⁶ O conceito de dano injusto será objeto de estudo no tópico 3.4.3, porém já se adianta que deve ser entendido não apenas como violação de um direito subjetivo, aquele expressamente tutelado pela norma, mas deverá abarcar também os interesses legítimos, aqueles dignos de tutela pelo ordenamento pátrio (ALPA, 1999, p. 542). Ver também Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 59-73); Daniel de Andrade Levy (2012, p. 146-147); Domenico Chindemi (2010, p.12); Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 29); Marco Dessaune (2011, p. 133-136); Massimo Cesare Bianca (2012, p. 587-588); Nelson Rosenvald Cristiano Chaves de Farias e Felipe Peixoto Braga Netto (2014, p. 344); Orlando Gomes (1989, p. 294-296) e Sérgio Savi (2012, p. 16, 119).

²⁷ Expressão utilizada por Sílvia de Salvo Venosa (2015, p. 7).

da falta de cumprimento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação”, ao passo que a responsabilidade extracontratual ou aquiliana é, por sua vez, “a que resulta da violação de um dever genérico de abstenção ou de um dever jurídico geral, como aqueles que correspondem aos direitos reais e aos direitos da personalidade”. Após realizar tal distinção, Antunes Varela assenta que a responsabilidade contratual nasce, em verdade, de um fato negativo ou omissão (a falta da prestação devida), enquanto a responsabilidade extracontratual, em regra, advém de uma ação positiva, num ato consistente na violação do dever geral de abstenção (VARELA, 1977, p. 207).

Em outras palavras, em caso de responsabilidade contratual, antes de emergir a obrigação de indenizar, existe um vínculo jurídico derivado da convenção entre o inadimplente e o seu cocontratante. Já na responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele coloque em ação os princípios geradores da obrigação de indenizar (RODRIGUES, 2008, p. 9).

Deve-se observar que, tanto na responsabilidade contratual, quanto na extracontratual, existe um dever jurídico preexistente, porém o que difere uma espécie da outra é a origem desse dever. Assim, na responsabilidade contratual existe entre o agente responsável e a vítima uma relação jurídica obrigacional²⁸, oriunda de um negócio jurídico²⁹. Destaca-se que é a violação não do negócio em si, mas sim a violação dos deveres decorrentes do negócio jurídico que gera o dever de indenizar (inadimplemento contratual). Já na responsabilidade extracontratual, a violação é da própria norma, já que não há uma relação jurídica preestabelecida entre o causador do dano e a vítima. Há uma violação ao dever geral da conduta de não lesar, materializado na expressão latina do *neninem laedere*, imposta a todos (WALD; GIANCOLI, 2015, p. 169-170).

O Código Civil brasileiro tratou de prever as consequências das responsabilidades civis em dispositivos diversos, trazendo os casos de

²⁸ A relação jurídica obrigacional é aquela “que se dá entre uma ou mais pessoas, sujeitos de direito ao crédito (credor ou credores), e uma ou mais pessoas, sujeitas ao débito correspondente de realizar determinada prestação (devedor ou devedores), em virtude de um negócio jurídico lícito ou ilícito do qual promanou” (LÓBO, 2013, p. 51).

²⁹ Entende-se por negócio jurídico o ato de autonomia privada, constituindo-se em um comportamento normalmente adotado ou em uma ou mais declarações regularmente emitidas, que exprimem imperativos de autovinculação, juridicamente relevantes (MIRANDA, 2009, p. 34).

responsabilidade contratual no artigo 389³⁰, ao passo que a responsabilidade extracontratual está prevista nos artigos 186³¹ e 927³² (RODRIGUES, 2015, p. 8).

É claro que, seja na responsabilidade contratual, seja na responsabilidade extracontratual, as soluções são idênticas, devendo concorrer os seguintes requisitos para que exista a responsabilidade: um dano, uma culpa e um vínculo de causa e efeito entre a culpa e o dano (MAZEAUD; TUNC, 1963, p. 121).

Contudo, apesar da existência de pressupostos em comum para ambas as espécies de responsabilidade, há razões práticas que justificam a distinção³³. Assim, em matéria de prova, por exemplo, na responsabilidade contratual, o ônus probatório transfere ao devedor inadimplente, que deverá provar a inexistência de culpa, a presença de força maior ou outra causa excludente de responsabilidade. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, porém, caberá à vítima fazer prova da culpa do agente causador do dano³⁴. Ademais, em matéria de capacidade, também se verifica que diversas são as consequências. O menor púbere somente se vincula contratualmente se assistido por seu representante ou, de forma excepcional, se maliciosamente se declarou maior, ao passo que, na responsabilidade extracontratual, ele sempre reparará o prejuízo causado (RODRIGUES, 2015, p. 10).

Como consequência da responsabilidade contratual, uma vez verificada a sua ocorrência, “o lesado, a par do direito de promover a resolução do contrato, fica com a faculdade de obter o ressarcimento do dano, tal como ocorre com a responsabilidade extracontratual” (PEREIRA, 1993, p. 248). Verifica-se, portanto, nas consequências de um dano, uma aproximação entre as responsabilidades contratual e extracontratual, já que ambas exigem a obrigação de reparar os danos causados.

2.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

³⁰ Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

³¹ Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³² Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

³³ Sílvio de Salvo Venosa (2015, p. 26) afirma que, em realidade, não se vislumbra uma diferença ontológica entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, pois o que existe é uma visão unitária acerca da responsabilidade civil, realizando-se tal distinção com finalidade didática. No mesmo sentido, é o escólio de Caio Mário da Silva Pereira ao afirmar que: “uma e outra apresentam pontos diferenciais no que diz respeito à matéria de prova e à extensão dos efeitos. São, porém, aspectos acidentais. O que sobreleva é a unidade ontológica” (PEREIRA, 1993, p. 245).

³⁴ No mesmo sentido, ver Caio Mário da Silva Pereira (1993, p. 248).

No presente tópico, apresenta-se a distinção entre as responsabilidades objetiva e subjetiva, a sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a tendência atual de tais institutos.

Na responsabilidade objetiva, de um lado, “desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente” (RODRIGUES, 2015, p. 11). Assim, é pressuposto de tal espécie de responsabilidade a existência de nexos causal entre a conduta e o dano, tornando-se desprocurado perquirir acerca da existência da culpa.

De outro lado, na responsabilidade subjetiva, “a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente, [pois] a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar” (RODRIGUES, 2015, p. 11). Vê-se, portanto, que, na responsabilidade subjetiva, perquirir a existência de culpa é fundamental para o ressarcimento do dano.

É oportuno destacar que, nos primeiros momentos do direito romano, a responsabilidade civil era objetiva, mas sem fundar-se no risco, tal como se concebe hoje, objetivando a vingança pelo dano causado. Em um segundo momento, abandonou-se a ideia de vingança e passou-se à busca da culpa do autor do dano. Atualmente, volta-se ao objetivismo, não com o escopo da vingança de outrora, mas por se entender que a culpa é insuficiente a regular todos os casos de responsabilidade (GONÇALVES, 2005, p. 22-23).

Na atual codificação brasileira, a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, é a regra e a responsabilidade objetiva, a exceção. Contudo, não se pode negar que, a cada dia, crescem as hipóteses de responsabilidade civil objetiva e se restringem os casos de responsabilidade subjetiva, conforme se verifica da seguinte passagem doutrinária:

Ainda hoje a responsabilidade subjetiva fundada na culpa é a regra geral no direito brasileiro, por força da aplicação dos arts. 186 e 927 do Código Civil. A responsabilidade objetiva é a exceção, e sua aplicação depende de expressa previsão legal como no caso do parágrafo único do art. 927 (atividade de risco); do art. 187 (abuso de direito); do art. 931 (responsabilidade dos empresários e das sociedades empresárias na qualidade de produtores); do art. 933 (responsabilidade dos terceiros por fato de outrem); além da

responsabilidade do Estado, a decorrente das relações de consumo, no direito ambiental, entre outras diversas situações (WALD; GIANCOLI, p. 173-174).

Apesar da ampliação dos casos de responsabilidade objetiva e da redução das hipóteses de responsabilidade subjetiva, não se pode falar em morte ou fim da culpa como uma tendência, conforme adverte Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao afirmar que

é certo que o futuro não acarretará a plena exclusão da responsabilidade subjetiva fundada na culpa, nem sequer suprimirá a responsabilidade individual, mas todas elas conviverão, porque o mérito da evolução não diz respeito à substituição, mas ao alargamento e à ampliação das possibilidades de efetivo exercício do direito à reparação por danos (HIRONAKA, 2005, p. 149-150).

No tocante à responsabilidade subjetiva ou responsabilidade com culpa, impõe-se, por premissa lógica, a definição acerca do que se entende por culpa. Assim, existem, ao menos, três sentidos distintos para a palavra culpa. Aparece no sentido de culpabilidade, que significa o juízo de reprovação que recai em alguém pela prática de um ato ilícito. Surge também como culpa *lato sensu*, ou seja, a vontade humana dirigida a um determinado fim, que pode ser por dolo ou por culpa. No primeiro caso, o agente quer a ação e o resultado, enquanto que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por um desvio acidental de conduta consistente na falta de cuidado. Por fim, na culpa *stricto sensu*, ocorre a violação ao dever objetivo de cuidado, que o agente podia e devia observar, ocorrendo a omissão da diligência exigível. Essa ausência de cuidado é exteriorizada por imprudência – ausência de cuidado por conduta comissiva ou positiva, negligência – falta de cuidado por uma conduta omissiva, imperícia – falta de habilidade no exercício de uma atividade técnica (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 43-52).

Na responsabilidade objetiva, ao revés, em que prescinde da culpa, visualiza-se a existência de duas modalidades de responsabilidade objetiva: teoria do risco e responsabilidade civil objetiva *ex lege* (BRAGA NETTO, 2008, p. 80).

Segundo a teoria do risco, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de danos a terceiros, devendo promover a reparação, mesmo que a sua conduta seja isenta de culpa. Nesse caso, há um deslocamento da noção de culpa para a ideia de risco, podendo-se apresentar quer como risco-proveito, quer como risco criado. Entende-se como risco-proveito o princípio segundo o qual é reparável

o dano causado a outrem em consequência da realização de uma atividade em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*). Já o risco criado, expressão mais genérica, é o que sujeita todo aquele que, sem discussão de culpa, expuser alguém a suportá-lo (GONÇALVES, 2005, p. 22).

Na responsabilidade civil objetiva *ex lege* não é necessária a presença do risco ou da culpa, já que a responsabilidade objetiva decorre da própria lei, que, ponderando valores, entendeu por bem não deixar a vítima sem indenização. Dentre tais hipóteses, verificam-se: art. 5º, LXXV, da CF; art. 37, § 6º, da CF; art. 21, XXIII, da CF; art. 933 do CC; art. 14 do CDC; Código Brasileiro de Aeronáutica; Lei de Acidentes de Trabalho; Decreto 2.681/1912, entre outras (BRAGA NETTO, 2008, p. 80-81).

Feitas essas considerações, passa-se à análise dos pressupostos da responsabilidade civil, conforme subcapítulo seguinte.

2.4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No presente tópico, apresentam-se os pressupostos ou os requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil, embora não haja consenso doutrinário quanto a eles.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz visualiza a existência de três requisitos, sendo eles: a) existência de uma ação comissiva ou omissiva; b) a ocorrência de um dano; c) o nexo de causalidade entre a ação e o dano (DINIZ, 2013, p. 53-54)³⁵.

Já Carlos Roberto Gonçalves identifica quatro pressupostos, quais sejam: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; d) dano (GONÇALVES, 2005, p. 32)³⁶.

³⁵ Na mesma linha, porém realizando a substituição da ação comissiva ou omissiva pela expressão “partes” envolvidas (autor e vítima), Roberto Senise Lisboa considera pressupostos da responsabilidade civil: as partes, o dano e o nexo de causalidade (LISBOA, 2013, p. 291). Arnoldo Wald e Brunno Pandori Giancoli visualizam três elementos essenciais: a conduta, o dano e o nexo causal. Quanto à culpa, eles apresentam como um elemento accidental - exclusiva à responsabilidade subjetiva, ao lado do risco - integrante da responsabilidade objetiva - e da solidariedade social - em casos especialíssimos como os fundos de garantia, por exemplo, no caso de acidentes de automóveis (WALD, GIANCOLI, 2015, p. 77-79). Já Agostinho Alvim filia-se à corrente tripartite, apresentado, porém, os seguintes elementos: o prejuízo, a culpa e o nexo causal (ALVIM, 1980, p. 177).

³⁶ No mesmo sentido, citam-se Sílvio Rodrigues (2015, p. 14-15), Flávio Tartuce (2014, p. 358), Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2014, p. 164). Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral visualiza os seguintes elementos: conduta, culpa, dano injusto

Destaca-se, ainda, Antunes Varela, que aponta cinco pressupostos ou elementos da responsabilidade civil: a) o fato voluntário; b) a ilicitude; c) a culpa; d) o dano; e) o nexo de causalidade (VARELA, 1977, p. 211)³⁷.

Nas linhas seguintes, será realizado um estudo mais detalhado de cada um deles, objetivando perscrutar a implicação de cada um desses elementos na responsabilidade civil. Menciona-se, desde já, que se opta, no presente estudo, pela estrutura quadripartite dos pressupostos da responsabilidade civil, seja por ser majoritária na doutrina, seja por ser mais didática ao trazer o dolo e a culpa como um dos elementos, permitindo a distinção entre a responsabilidade objetiva e subjetiva.

2.4.1 Ação ou omissão

Entende-se por ação o movimento corpóreo comissivo, ou seja, um movimento positivo, tal como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou a lesão causada a alguém etc. Já a omissão, a seu turno, consiste na inatividade, na abstenção de uma conduta devida ou, em outras palavras, “naquilo que se faz não fazendo”, somente adquirindo relevância jurídica a omissão quando a pessoa omissa possui o dever jurídico de agir, de praticar um ato para evitar o resultado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 38).

É importante destacar que a ação humana, seja ela comissiva ou omissiva, deve ser voluntária, ou seja, dominável ou controlável pela vontade do agente. Nesse sentido, excluem-se da seara da responsabilidade os danos causados por fatos naturais

(tempestades, naufrágios, terremotos, inundações, incêndios desencadeados por raios, etc.) e os causados imediatamente pelo homem, mas impelido por forças naturais invencíveis (pessoa ou veículo irresistivelmente projetados por força do vento, da vaga

e nexo causal (AMARAL, 2011, p. 37-41).

³⁷ Fernando Noronha também adota uma classificação com 05 elementos, porém o faz de forma diversa, considerando os seguintes: a) que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza) que seja antijurídico (não permitido pelo direito); b) que o fato possa ser imputado a alguém; c) que tenham sido produzidos danos; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado; e) que o dano seja resultado da violação de um bem jurídico protegido (NORONHA, 2013, p. 491-492).

marítima, de uma explosão ou descarga elétrica, da deslocação do ar que o arranque do avião provoca, etc.). Excluem-se de igual modo os atos praticados pelo homem em estado de inconsciência (não culposa), como quando a pessoa age sob o efeito do sonambulismo, da hipnose ou do delírio febril. Mas não se exige que o ato danoso tenha sido realmente querido pelo agente. Se o fumador distraído atira fora o cigarro ainda aceso e a ponta do cigarro provoca um incêndio, ele não deixa de ser responsável pela simples circunstância de se não ter apercebido do seu ato, nem medido os seus efeitos (VARELA, 1977, p. 211).

Com razão, Maria Helena Diniz observa que a ação, comissiva ou omissiva, pode apresentar-se como um ato ilícito ou ato lícito. Destarte, ter-se-á o ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico, tratando-se da responsabilidade extracontratual (CC, arts. 186 e 927) ou implicar no não-cumprimento da obrigação assumida, caso em que se terá uma responsabilidade contratual (CC, art. 389). Já um ato aparentemente lícito, considerado aquele que não viole norma jurídica, pode prejudicar alguém, fazendo surgir o dever ressarcitório (DINIZ, 2013, p. 53)³⁸.

A responsabilidade civil do agente, decorrente de sua ação voluntária, comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, pode ser em razão de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a sua responsabilidade ou, ainda, em razão de coisas sob a sua guarda (RODRIGUES, 2015, p. 15).

Na responsabilidade por ato próprio, também denominada responsabilidade direta, somente responde pelo resultado aquele que lhe dá causa, por conduta própria (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 39). A título de exemplo, se José, ao conduzir o seu veículo com negligência, provoca um acidente, causando danos a Maria, será ele obrigado a indenizá-la pelos prejuízos causados. Assim, na responsabilidade por

³⁸ Trata-se do instituto do abuso do direito, com previsão expressa no artigo 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Entende-se por abuso de direito como “uma conduta que, embora lícita, mostra-se desconforme com a finalidade que o ordenamento pretende naquela circunstância fática alcançar e promover” (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2014, p. 345). O fim econômico consiste no “proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não exercício”. O fim social significa o fim a realizar perseguido por toda sociedade: “a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade – enfim, o bem comum”. A boa-fé a que se refere o artigo em comento é a objetiva, “assim entendida a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais”. Por fim, os bons costumes constituem “o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam. Haverá abuso neste ponto quando o agir do titular do direito contrariar a ética dominante, atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 208-216).

ato próprio ou direta, responde pelo resultado quem a ele deu causa.

Contudo, em algumas hipóteses, é possível desbordar da pessoa causadora do prejuízo de modo a alcançar uma outra pessoa, à qual o agente esteja ligado por uma relação jurídica³⁹ e, por conseguinte, possa ela ser chamada a responder. Trata-se da hipótese de responsabilidade indireta ou também denominada responsabilidade complexa (PEREIRA, 1993, p. 85). Como exemplos da responsabilidade por fato de terceiros, tem-se o pai que responde pelos atos dos filhos menores que estiverem em seu poder ou em sua companhia⁴⁰, o patrão que responde pelos atos de seus empregados⁴¹ etc. A responsabilidade por fato de terceiros pode extravasar os quadros da responsabilidade aquiliana e se apresentar em relações contratuais, como é o caso da responsabilidade dos hoteleiros pelas bagagens dos seus hóspedes, inclusive por furtos e roubos que perpetrarem terceiros, empregados ou não, que tiverem acesso ao estabelecimento⁴² (RODRIGUES, 2015, p. 15-16).

Por fim, pode haver responsabilidade do agente por dano causado por coisa ou animal sob a sua guarda ou vigilância com previsão nos artigos 936⁴³, 937⁴⁴ e 938⁴⁵ do Código Civil (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 39).

Em todas as hipóteses mencionadas, o agente responderá porque deixou de exercer a vigilância necessária em relação à coisa ou ao animal sob sua guarda. Assim, o dono ou o detentor de animal que causar dano a outrem responderá pelos danos, o dono de edifício ou construção responderá pela ruína se deixar de efetuar

³⁹ Entende-se por relação jurídica o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. São exemplos de relação jurídica a que se estabelece entre consumidor e fornecedor, a relação matrimonial entre cônjuges, a relação locatícia entre locador e locatário, a relação de condomínio entre os coproprietários, a relação de responsabilidade solidária entre os que praticam um ato ilícito, a relação entre os herdeiros do mesmo falecido etc. (AMARAL, 2014, p. 208).

⁴⁰ São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e companhia (art. 932, I, CC).

⁴¹ São também responsáveis pela reparação civil: (...) III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (art. 932, III, CC).

⁴² Os hospedeiros responderão como depositários, assim como pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas nos seus estabelecimentos (art. 649, parágrafo único, do CC).

⁴³ O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

⁴⁴ O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

⁴⁵ Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

os reparos necessários, bem como aquele que habitar prédio, ou parte dele, responderá pelos objetos que dele caírem ou forem lançados.

2.4.2 Culpa ou dolo

Na sequência da análise dos pressupostos da responsabilidade civil, passa-se à distinção entre culpa e dolo. Nesse sentido, compreende-se o dolo como a intenção deliberada de ofender o direito ou de causar prejuízo a outrem. Já a culpa consiste na inexistência desse intento deliberado, porém na ocorrência de um prejuízo causado pela ausência dos deveres de cuidado, ocasião em que restará caracterizada a culpa *stricto sensu* (STOCO, 2001, p. 97).

Mutatis mutandis, a culpa *lato sensu* é composta pelo dolo e pela culpa *stricto sensu*. Naquele, o agente procura intencionalmente ofender o direito ou causar o prejuízo a outrem (STOCO, 2001, p. 97). Já na culpa *stricto sensu* não se observa um dever que o agente devia conhecer e observar, agindo com negligência, imprudência ou imperícia (VENOSA, 2015, p. 27-28).

Quanto à distinção entre dolo e culpa, vale invocar a consideração realizada por Agostinho Alvim ao afirmar que, em relação ao dolo, não se exige do agente propriamente um comportamento tendente a causar o mal alheio, basta a vontade consciente de violar um dever⁴⁶. No que toca à culpa, existe um descuido, sem o propósito de violar um dever. Nesse sentido, transcrevem-se as suas palavras:

Há duas Escolas, acerca da conceituação do dolo, tomado no último sentido de que falamos: pretendem uns que ele reside na intenção de fazer mal a alguém; querem outros que ele se caracterize pela voluntariedade em relação à violação de um dever. Nós entendemos que o dolo está na vontade consciente de violar um dever. O dolo consiste na voluntariedade, em relação ao ato injusto que causa o dano, não sendo indispensável que o agente queira o mal alheio. A culpa caracteriza-se pela imprudência, pelo descuido, sem que haja deliberação de violar um dever (ALVIM, 1980, p. 256).

⁴⁶ No mesmo sentido, é a lição de Caio Mário da Silva Pereira ao afirmar que “Modernamente, o conceito de dolo alargou-se, convergindo a doutrina no sentido de caracterizá-lo na conduta antijurídica, sem que o agente tenha o propósito de prejudicar. Abandonando a noção tradicional do *animus nocendi* (ânimo de prejudicar), aceitou que a sua tipificação delimita-se no procedimento danoso, com a consciência do resultado. Para a caracterização do dolo não há mister perquirir se o agente teve o propósito de causar o mal. Basta verificar se ele procedeu consciente de que o seu comportamento poderia ser lesivo” (PEREIRA, 1993, p. 66).

A culpa *Stricto sensu* pode apresentar-se sob as seguintes formas: negligência, imprudência ou imperícia. Entende-se por negligência a omissão, a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. A imprudência consiste na precipitação do procedimento considerado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato, em que há um agir marcado pela afoiteza, pelo desprezo das cautelas que todos devemos considerar. A imperícia, por sua vez, consiste na falta de habilidade⁴⁷ (AGUIAR DIAS, 2012, p. 122-123).

Apesar da distinção supracitada, vale destacar a advertência de Caio Mário da Silva Pereira de que o conceito de culpa é unitário, ou seja, representa uma violação do ordenamento jurídico que, no entanto, pode apresentar meras modalidades, tal como a responsabilidade contratual e a extracontratual. Desse modo, “não importa se a norma preexistente é a geral, contida na lei, ou é a particular, consignada no contrato. Legal ou contratual, é uma norma de conduta, e sua violação importa comportamento culposo” (PEREIRA, 1993, p. 70-71).

Com supedâneo na doutrina francesa, costuma-se fazer a distinção tripartite da culpa, conforme os seus graus: grave, leve ou levíssima. A culpa grave é aquela que ocorre de forma grosseira, aproximando-se do dolo, tal como na culpa consciente em que o agente assume o risco de que não ocorrerá o evento danoso e previsível. A culpa leve, por sua vez, caracteriza-se pela infração a um dever de conduta relativo ao homem médio, o bom pai de família⁴⁸. Já a culpa levíssima, por fim, é marcada pela falta de atenção extraordinária que somente uma pessoa muito atenta ou perita poderia ter (VENOSA, 2015, p. 32).

Cabe observar, contudo, que a doutrina majoritária rejeita essa gradação de culpa, que não deve influir na determinação da responsabilidade civil (PEREIRA, 1993, p. 71). Embora os graus de culpa sejam irrelevantes para a caracterização do dever de indenizar, poderão servir de base para a fixação do valor da indenização, o que, aliás, é um entendimento possível a partir da leitura do artigo 944, parágrafo

⁴⁷ Nesse sentido, “é imperito aquele que demonstra inabilidade para seu ofício, profissão ou atividade. É imperito o advogado que redige petição inepta e o médico que administra a droga errada e danosa ao paciente, por exemplo” (VENOSA, 2015, p. 33).

⁴⁸ Os romanos davam a designação prosaica do *bonus pater familias*, que é “no fundo, o homem médio, a pessoa normal, que sem grandes rasgos mas também sem defeitos abaixo do comum, razoavelmente cuida da sua pessoa e de suas coisas e respeita os interesses legítimos do seu semelhante” (VARELA, 1977, p. 226).

único, do Código Civil⁴⁹ (VENOSA, 2015, p. 33).

O mencionado dispositivo legal ainda provoca divergência doutrinária. De um lado, há quem o veja com bons olhos, pois corresponde à

expressão do princípio da eticidade, a equidade, elemento axiológico muito caro à nova normatização, que pretende, no caso, corrigir situações em que uma culpa mínima possa, pela extensão do dano, acarretar ao ofensor o mesmo infortúnio de que padece a vítima (GODOY, 2009, p. 909).

De outro lado, há quem o veja com demasiada ressalva, já que constitui exceção ao princípio da reparação integral do dano, contido no *caput* do artigo 944 do Código Civil. Assim, o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil perde um pouco do seu sentido, pois, “se não é justo onerar excessivamente o agente que agiu de modo desproporcional ao resultado danoso, menos justo ainda seria onerar a vítima, que não agiu com culpa alguma” (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2012, p. 862).

Além das espécies de gradação da culpa em grave, leve e levíssima, é possível também fazer a distinção entre outras espécies, tais como a culpa contratual e a extracontratual, conforme a natureza do dever violado. Nessa senda, a culpa será contratual “se esse dever tiver por fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato (...) Se o dever tiver por causa geradora a lei ou um preceito geral de Direito, teremos a culpa extracontratual ou aquiliana” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 54-55). A distinção entre as duas modalidades é de fundamental importância, sobretudo no que tange ao ônus probatório, pois

quem pedir indenização pela culpa contratual não precisará prová-la, basta constituir o devedor em mora. Demonstrado o inadimplemento contratual, competirá ao devedor provar a inexistência de culpa, ocorrência de culpa, ocorrência de caso fortuito, força maior, ou de outra causa excludente de responsabilidade. Se, contudo, pretender indenização pela culpa aquiliana, será necessário prová-la, sem constituir o devedor em mora, uma vez que está em mora de pleno direito o autor de um delito. Portanto, na culpa aquiliana, o ônus da prova caberá à vítima, por inexistir a presunção de culpa como ocorre na relação contratual (DINIZ, 2013, p. 60).

⁴⁹ Art. 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.

Além das mencionadas modalidades de culpa, verifica-se também a classificação que distingue a culpa *in comittendo* ou *in faciendo*, *in omittendo*, *in eligendo*, *in vigilando*, *in custodiando*, conforme o conteúdo da conduta culposa. Nesse sentido, ter-se-á a culpa *in comittendo* ou *in faciendo* se o agente praticar um ato positivo, agindo com imprudência. Se cometer uma abstenção (negligência), possuindo o dever jurídico de agir e a certeza ou a grande probabilidade de o fato omitido ter impedido o evento danoso, ter-se-á a culpa *in omittendo*. A culpa *in eligendo* se dá a partir da má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação. A culpa *in vigilando* decorre da ausência de atenção em relação ao procedimento de outrem, acarretando responsabilidade pelo ato ilícito praticado. A culpa *in custodiando*, por fim, decorre da ausência de cautela ou atenção em relação a um animal ou objeto sob os cuidados do agente (DINIZ, 2013, p. 61-62).

Em todas as mencionadas hipóteses de culpa conforme o seu conteúdo, deve-se observar que tal classificação, apesar de sua relevância histórica, perdeu sua importância prática diante do atual Código Civil, já que há expressa previsão nos artigos 932 e 933 do Código Civil⁵⁰ de responsabilidade civil objetiva para os pais, patrão, comitente, detentor de animal e outros, não se tratando mais de casos de responsabilidade com culpa presumida, tal como se dava no Código anterior (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 55).

Apesar de os casos mencionados deixarem de lado a presunção de culpa para adotar a responsabilidade objetiva, não se pode olvidar a relevância da culpa presumida nos casos de responsabilidade subjetiva. Há muitos casos em responsabilidade civil que, embora se sujeitem à responsabilidade subjetiva, ou seja, à necessidade de demonstração da presença da culpa em sentido lato, admitem a presunção de culpa, já que a exigência de sua prova poderia ser impossível ou

⁵⁰ 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. Art. 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.

extremamente árdua, deixando a vítima à míngua de indenização pelo dano que lhe fora provocado. Por tal motivo, consoante observam Arnaldo Wald e Brunno Pandori Giancoli, a presunção de culpa surge

em face da dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações e da resistência dos autores subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva, a culpa presumida foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima (WALD; GIANCOLI, 2015, p. 128).

Na doutrina, colhem-se alguns casos de culpa presumida. Assim, se o motorista sobe com o seu veículo na calçada e atropela o transeunte, a culpa decorre do próprio fato, ou seja, é *in re ipsa* (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 55). No mesmo sentido, presume-se a culpa daquele que, em acidente de veículos, abalroa o outro pela traseira (VENOSA, 2015, p. 37). Também se verifica a presunção de culpa, nos casos em que o médico assume uma obrigação de resultado, tal como na cirurgia plástica, em que se inverte o ônus da prova, cabendo à vítima apenas demonstrar o dano (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2014, p. 216).

Na jurisprudência, também se verificam diversos casos em que a demonstração do dano moral prescinde de prova, podendo-se citar: a negativação indevida do nome da pessoa nos órgãos de proteção ao crédito⁵¹; a injustificada recusa da operadora de plano de saúde em oferecer o necessário tratamento médico ao usuário⁵²; o protesto indevido de título de crédito⁵³; o atraso de voo⁵⁴; a suspensão ilegal de serviço público⁵⁵ etc.

2.4.3 Relação de causalidade

Na vida cotidiana, inúmeros são os sujeitos titulares de direito, bem como inúmeros são os danos passíveis de lhes serem causados. Em uma vida em

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 676.770/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1526392/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 16/06/2015.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 20.462/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 01/06/2015.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1280372/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 31/03/2015.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 239.749/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 01/09/2014.

sociedade, todos estão passíveis de causar danos a outrem e, por consectário lógico, de sofrer danos.

Contudo, nem todos os danos são passíveis de indenização. O dano somente pode gerar responsabilidade civil, ou seja, o dano somente será ressarcível quando houver um nexo causal entre ele e o seu autor (ALVIM, 1980, p. 340).

Para se apurar a responsabilidade civil, deve o jurista perscrutar, no caso concreto, a existência do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado⁵⁶. Contudo, deve-se, desde já, apresentar a advertência de Caio Mário da Silva Pereira (1993, p. 76) no sentido de que o nexo de causalidade é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado, impondo ao jurista a complexa tarefa ao realizar a indagação ou a pesquisa da causa.

Dentre as dificuldades apresentadas na busca do nexo causal, podem-se destacar, ao menos, duas delas: a dificuldade de sua prova e a causalidade múltipla (PEREIRA, 1993, p. 76-78).

A primeira delas impõe ao autor da ação a prova daquilo que alega em juízo, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil⁵⁷. As dificuldades de se fazer prova entre o fato praticado e as suas consequências levou ao abrandamento da responsabilidade civil subjetiva, mitigando-se a culpa, por meio da presunção de culpa, nos casos mencionados no tópico anterior. Neles, por meio da presunção de culpa, transfere-se o ônus da prova ao lesante, cabendo a ele demonstrar a ausência de responsabilidade.

A segunda dificuldade inerente ao nexo causal encontra-se na causalidade múltipla, ou seja, “num encadeamento de circunstâncias, cumpre precisar qual dentre elas é a causa eficiente do prejuízo” (PEREIRA, 1993, p. 77). Tal tarefa, contudo, não é simples, e diversas teorias surgiram para explicar o nexo causal cujas principais serão analisadas a seguir.

Uma das contribuições trazidas para o estudo do nexo causal foi a teoria da equivalência das condições, teoria do equivalente dos antecedentes ou objetiva, elaborada por Von Buri a partir dos estudos filosóficos de Stuart Mill (LISBOA, 2013,

⁵⁶ Maria Helena Diniz observa que não se pode confundir nexo de causalidade com imputabilidade: “A imputabilidade diz respeito a elementos subjetivos e o nexo causal a elementos objetivos, consistentes na ação ou omissão do sujeito, atentatória do direito alheio, produzindo dano material ou moral” (DINIZ, 2013, p. 131).

⁵⁷ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

p. 330). Conforme tal teoria, a causa deve constituir uma condição essencial (*sine qua non*) para a ocorrência do evento danoso. Em outras palavras, “é causa do evento, desde que sem a sua colaboração o evento não se teria produzido” (VARELA, 1977, p. 249-250).

A crítica à teoria da equivalência das condições está no fato de tal teoria considerar que todas as condições são equivalentes, razão pela qual todos os elementos que concorram para a sua realização consideram-se como causa sem a necessidade de verificar qual, de modo imediato, provocou o prejuízo (PEREIRA, 1993, p. 78). Em outras palavras, “essa teoria é por demais abrangente levando a uma cadeia infundável de causas, sem qualquer lógica de entendimento razoável” (AZEVEDO, 2011, p. 253).

No mesmo sentido, afirma Roberto Senise Lisboa (2013, p. 331) que a teoria da equivalência atribui o mesmo valor a todos os antecedentes dos quais resultou o prejuízo para fins de imputação de responsabilidade, atribuindo a mesma importância para a causa principal, para as causas secundárias ou para outras eventualmente existentes.

Para superar as críticas apresentadas, surgiu a teoria da causalidade adequada, atribuída a Von Bar, apesar de Von Kries tê-la desenvolvido (ALVIM, 1980, p. 345). A teoria também foi estudada, com profundidade, na França (PEREIRA, 1993, p. 78). Segundo tal teoria, não é suficiente que “o fato tenha sido, em concreto, uma condição *sine qua non* do prejuízo. É preciso ainda que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada do dano” (VARELA, 1977, p. 251).

Consoante Fernando Noronha (2013, p. 499), pela teoria da causalidade adequada,

um fato é causa de um dano quando este seja consequência normalmente previsível daquele. E para sabermos se ele deve ser considerado consequência normalmente previsível, devemos nos colocar no momento anterior àquele em que o fato aconteceu e tentar prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era previsível antever que o dano viesse a ocorrer. Quando a resposta for afirmativa, teremos um dano indenizável. Os danos não indenizáveis serão aqueles que só se produziram devido a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente, ponderando as regras de experiência, comum e técnica (NORONHA, 2013, p. 499-500).

De modo a solidificar a compreensão do instituto, Álvaro Villaça Azevedo afirma que, na teoria da causalidade adequada, “ou a causa é adequada à produção do prejuízo ou não é, por ser meramente accidental” (AZEVEDO, 2011, p. 253). Na sequência, o doutrinador cita como exemplo uma pessoa que deu uma pancada de leve no crânio da outra, o que, em uma pessoa normal, não causaria qualquer dano, sequer pequeno ferimento. Contudo, na pessoa atingida, por ser portadora de uma fragilidade dos ossos do crânio, que já se encontrava fraturado, provocou-lhe a morte (AZEVEDO, 2011, p. 253-254).

Segundo a teoria da causalidade adequada, no exemplo citado, a causa não é adequada a produzir o resultado morte, razão pela qual a teoria da causalidade adequada excluiria a responsabilidade civil pelo dano causado. Entendimento diverso, contudo, ocorreria se fosse adotada a teoria da *conditio sine qua non* ou teoria da equivalência dos antecedentes, já que, para esta, conforme visto, toda causa que concorre para o resultado, por menor que seja, deve ser considerada para se concluir pela existência de responsabilidade civil.

Por fim, merece destaque a teoria do dano direto e imediato (ALVIM, 1980, p. 346), também denominada teoria da relação causal imediata ou teoria da interrupção do nexos causal (LISBOA, 2012, p. 333).

Consoante tal teoria, “é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano” (ALVIM, 1980, p. 356). Assim, deve haver uma relação de necessariedade entre o dano e a causa, excluindo as causas estranhas ao evento danoso. Tal teoria surge com o propósito de amenizar as extremas consequências da aplicação prática das outras duas teorias (GONÇALVES, 2005, p. 539).

Desse modo, em casos em que alguém sofre um atropelamento e é levado ao hospital com pequenas escoriações será responsabilizado o causador do acidente apenas pelos danos por ele provocados. Portanto, se o paciente vier a falecer por uma injeção aplicada indevidamente ou pela aquisição de uma doença, o novo resultado deve ser suportado pelo seu causador (AZEVEDO, 2011, p. 254).

Para os defensores da adoção de tal teoria, no ordenamento jurídico brasileiro, ela encontra previsão no artigo 403 do Código Civil⁵⁸, que, apesar de localizada a

⁵⁸ Art. 403. “Ainda que a inexecução resulte de 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

norma no capítulo destinado ao inadimplemento das obrigações, deve ser aplicada também na seara da responsabilidade civil aquiliana (ROSENVALD; FARIAS, BRAGA NETTO, 2014, p. 465).

A doutrina é claudicante na escolha da teoria do nexo de causalidade. Parcela dos civilistas entende que a teoria da causalidade adequada foi adotada pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Civil de 2002 (LISBOA, 2012, p. 232)⁵⁹. Contudo, há quem discorde, tal como Agostinho Alvim (1980, p. 346), ao defender que o Código Civil de 1916, em verdade, adotou a teoria do dano direto e imediato. Na atualidade, Carlos Roberto Gonçalves⁶⁰ (2005, p. 540), por exemplo, sustenta que o Código Civil de 2002 adota a teoria do dano direto e imediato. Na jurisprudência, também segue a divergência, afirmando-se, de um lado, a adoção da teoria da causalidade adequada⁶¹ e, de outro lado, a teoria do dano direto e imediato⁶².

Conforme bem observado por Caio Mário da Silva Pereira (1993, p. 82), diante da divergência sobre o assunto, o que verdadeiramente importa é verificar se houve uma violação de um direito alheio e um dano, buscando a parte interessada apresentar elementos ao magistrado para verificar, no caso concreto, a existência do nexo causal. Essa posição parece ser a mais sensata, já que não há qualquer perspectiva de pacificação do assunto, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

2.4.4 Dano

Passa-se à análise do último pressuposto da responsabilidade civil – o dano - já que adotada nesse estudo a estrutura quadripartite dos elementos da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo, nexo de causalidade e dano, conforme já afirmado alhures.

A doutrina clássica já reiterava que somente há responsabilidade civil se

lei processual”.

⁵⁹ Fernando Noronha (2013, p. 499) também sustenta a adoção da teoria da causalidade adequada. No mesmo sentido, Antunes Varela (1977, p. 253-254), ao se referir ao Código Civil de 1916. Ainda, citam-se Sílvio de Salvo Venosa (2015, p. 59), Flávio Tartuce (2011, p. 85) e Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 66).

⁶⁰ No mesmo sentido, ver Álvaro Villaça Azevedo (2011, p. 254), Arnaldo Wald e Brunno Pandori Giancoli (2015, p. 116), bem como Nelson Rosenthal, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Peixoto Braga Netto (2014, p. 465).

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 669.258/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJe 25/03/2009.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1154737/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 07/02/2011.

houver um dano a reparar (VARELA, 1977, p. 240). Desse modo, “resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar” (AGUIAR DIAS, 2012, p. 819). No mesmo sentido, destaca-se também o entendimento firmado pelos tribunais, ao se sustentar que “la jurisprudencia se muestra unánime en declarar que no puede haber responsabilidad sin un daño” (MAZEAUD; TUNC, 1963, p. 293).

Entre os modernos, continua-se a afirmar que “não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar” (DINIZ, 2013, p. 77). Nos mesmos termos, “se não há dano, não há o que indenizar” (BODIN DE MORAES, 2009, p. 144). Ainda, “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 92). Inúmeras outras são as manifestações doutrinárias, quer nacionais, quer estrangeiras, afirmando-se a indispensabilidade do dano à responsabilidade civil⁶³.

Observam Arnaldo Wald e Brunno Pandori Giancoli (2015, p. 86), contudo, a existência de uma exceção prevista em nosso ordenamento jurídico que permite indenização sem dano: “trata-se de uma situação peculiar da responsabilidade civil contratual quando o contrato prevê uma cláusula penal⁶⁴ que fixa, antecipadamente, um valor em caso de inadimplemento, ainda que este não tenha causado qualquer dano” (WALD; GIANCOLI, 2015, p. 86). Acrescentam Agostinho Alvim (1980) e Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 546), além da cláusula penal, os juros moratórios⁶⁵. Ainda, soma Agostinho Alvim a multa penitencial⁶⁶ e as arras

⁶³ No Brasil, ver Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 59); Fernando Noronha (2013, p. 497); Nelson Rosenvald, Cristiano Chanves de Farias e Felipe Peixoto Braga Netto (2014, p. 265), além de Roberto Senise Lisboa (2013, p. 306). Na doutrina estrangeira, ver Eduardo Zannoni (2005, p. 2); Osvaldo Burgos (2012, p. 46-47); Matilde Zavala de González (2004, p. 72) e Félix Alberto Trigo Represas (2008, p.1).

⁶⁴ “Cláusula penal é uma multa/pena de natureza civil, logo, diferente daquelas de caráter criminal ou administrativo (...) o que dá ensejo/origem ao pagamento desta multa é o inadimplemento (descumprimento) de uma obrigação (...) Para exigir o pagamento da cláusula penal, não é necessário que o credor alegue prejuízo, conforme o art. 416 do Código Civil; basta o mero descumprimento (culposo ou doloso) da prestação obrigacional” (TEIXEIRA, 2015, p. 159).

⁶⁵ “Os juros de mora (ou moratórios) se dão pelo inadimplemento (atraso, não cumprimento) contratual; sendo algo parecido com uma ‘recompensa’. Juros de mora diferem da cláusula penal de caráter moratório, que nada mais é do que uma multa” (TEIXEIRA, 2015, p. 157).

⁶⁶ Ao passo que o artigo 410 do Código Civil estipula uma multa em benefício do credor [Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor], “nada impede que o contrato estipule uma multa em benefício do devedor, outorgando a este a possibilidade de cumprir o contrato ou pagar a multa, que nesse caso a doutrina denomina por vezes multa penitencial” (VENOSA, 2014, p. 378).

penitenciais⁶⁷, institutos que admitem indenização independentemente de dano. Contudo, enfatiza que, em realidade, nesses dois últimos casos, não se trata de indenização sem dano, mas sim de dispensa da alegação do prejuízo (ALVIM, 1980, p. 180).

Não se pode olvidar, em relação à questão da responsabilidade civil sem dano, as observações de Teresa Ancona Lopez, segundo a qual a responsabilidade civil tem as funções ressarcitória, dissuasória e preventiva. É justamente com base na última função – a preventiva – que se muda o foco da responsabilidade civil moderna, que não deve exigir a ocorrência de um dano para agir. Parte-se do pressuposto de que há danos graves e irreversíveis, razão pela qual a mera ameaça ou o risco de dano, à luz do princípio da precaução e da prevenção, já seria suficiente para garantir a responsabilidade civil. Nesse sentido, conclui a doutrinadora: “é perfeitamente possível responsabilidade sem dano (apenas sua ameaça)” (LOPEZ, 2010, p. 137-139).

Após afirmar a possibilidade de responsabilidade sem dano, Teresa Ancona Lopez também questiona: “será que é possível caracterizar-se como dano (prejuízo) a ameaça ou risco de danos graves e irreversíveis? Ou seja, existiria o dano de risco?” Na sequência, responde: “pensamos que é possível na teoria e na prática”. Exemplifica a jurista com situações em que uma pessoa é submetida ao contato com um vírus de uma doença sem cura, tal como o vírus da hepatite C, que pode levar 30 anos para se desenvolver (LOPEZ, 2010, p. 139).

No mesmo sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka também sustenta a necessidade de se desenvolver um mecanismo de reparação de danos que não seja sustentado simplesmente na noção de culpa, mas

que fosse um tal mecanismo no qual a exposição ao risco pudesse representar algo além da mera identificação causal do dano reparável, apresentando-se, quiçá, como um verdadeiro critério de imputação da responsabilidade sem culpa, elevado à categoria de *règle à valeur d'ordonnancement juridique* (HIRONAKA, 2005, p. 353).

⁶⁷ “As arras penitenciais têm a finalidade de assegurar o direito de arrependimento para qualquer das partes, pois se a parte que entregou as arras não cumprir com sua prestação a outra poderá ter como desfeito o contrato e assim reterá as arras (quem entregou as arras perdê-las-á). Se a inexecução for causada pelo contratante que recebeu as arras, ele deverá restituir o equivalente ao dobro (do valor das arras recebidas), com atualização monetária, juros e honorários advocatícios (art. 418 do CC)” (TEIXEIRA, 2015, p. 162).

Diante dos fundamentos apresentados, parece que se está diante não propriamente de uma responsabilidade civil sem dano, mas de uma mudança da própria concepção de dano, que passa a abranger também a ameaça e o risco de dano, alargando o conceito de dano⁶⁸.

No atual estágio de evolução da responsabilidade civil, em que se verifica uma ampliação dos danos passíveis de reparação, nota-se que o dano deixou de ter um papel secundário e passou a assumir um papel principal, com uma ascendente preocupação com a vítima (TARTUCE, 2011, p. 113). No mesmo sentido, afirma Anderson Schreiber que, em tal contexto,

os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexa causal) perdem relevância em face de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano. Por décadas relegado a um patamar secundário, advindo da sua fácil verificação sob a ótica materialista, este pressuposto – então, efetivamente pré-suposto - o dano vem, pouco a pouco, conquistando local de destaque na análise jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios mais diversos (SCHREIBER, 2013c, p. 83).

Tal mudança de papéis, em que o dano ganha a centralidade reservada outrora a outros pressupostos da responsabilidade civil, já foi notada pelos juristas argentinos, que utilizam os termos Direito de danos e Reponsabilidade civil por danos para se referirem à responsabilidade civil (TARTUCE, 2011, p. 113)⁶⁹.

Demonstrada a relevância do dano à configuração do dever de indenizar e a sua crescente importância dentre os pressupostos da responsabilidade civil, passa-se à sua conceituação. Nesse sentido, verifica-se a existência de duas teorias: a teoria da diferença e a teoria do interesse (SEVERO, 1996, p. 3-4).

Segundo a teoria da diferença (*differenztheorie*), o dano é verificado pela “diferença entre a situação patrimonial anterior e aquela verificada após o seu advento” (SEVERO, 1996, p. 34). Nesse sentido, cita-se o conceito trazido por

⁶⁸ Nesse sentido, aliás, é o entendimento de Daniel de Andrade Levy, ao afirmar que “A outra ótica através da qual podemos enxergar a função preventiva como antecipatória do dano consiste em responsabilizar uma conduta considerando que o simples risco que cria para as vítimas já é, em si, um ato lesivo” (LEVY, 2012, p. 146-147).

⁶⁹ Nesse sentido, ver Jorge Mosset Iturraspe (2006, p. 9 e ss.), que utiliza a expressão *Reponsabilidad por daños*, e Matilde Zavala de González (2004, p. 25), que fala em *derecho de daños*.

Agostinho Alvim: “em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio” (ALVIM, 1980, p. 172).

Contudo, deve-se observar que a teoria da diferença, ao ater-se à diminuição patrimonial do lesado, parece excluir danos diversos daquele meramente pecuniário, tais como os danos extrapatrimoniais⁷⁰. O que se percebe é que a teoria da diferença possui maior coerência no tocante aos danos patrimoniais, fragilizando-se no que diz respeito aos danos extrapatrimoniais. Nesse sentido, vale destacar:

Pero el daño sufrido puede ser, según los casos, de naturaleza muy diferente. A veces afecta a la víctima pecuniariamente; se traduce en una disminución de su patrimonio. Otras veces, por el contrario, no lleva consigo la pérdida de dinero; la víctima es alcanzada moralmente, por ejemplo, en su honor o en sus afectos (MAZEAUD; TUNC, 1963, p. 298).

Em igual sentido, afirma-se que o maior problema da teoria da diferença deve-se à “sua natureza estritamente patrimonialista, pois restringe a noção de dano às perdas de natureza econômica causadas no patrimônio do lesado, olvidando a existência de prejuízos extrapatrimoniais” (SANSEVERINO, 2011, p. 141).

Além da questão dos danos extrapatrimoniais, que não seriam tutelados pela teoria da diferença, acrescentam-se também os lucros cessantes, que consistem na frustração de ganhos, previsíveis e prováveis, que não se encontram incorporados ao patrimônio do lesado no momento anterior ao dano, o que também tenderiam a ser desconsiderados pela teoria da diferença (SEVERO, 1996, p. 6)⁷¹.

Um outro argumento trazido à insuficiência da teoria da diferença está no fato de que ela não tutela os danos coletivos *lato sensu*, dentre eles os interesses difusos, “em que não são atingidos bens ou direitos subjetivos do patrimônio

⁷⁰ A doutrina clássica já via que tal concepção restritiva de dano, limitada ao patrimônio, acabava por excluir o dano moral: “Nós entendemos que o termo dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral” (ALVIM, 1980, p. 172). O que se percebe é que a doutrina clássica, “atenta à crítica construída doutrinariamente à identificação do conceito de dano com danos patrimoniais, destaca a posição de Giovanni Formica, jurista italiano, para quem a noção de dano liga-se, na verdade, à diminuição ou subtração de um bem jurídico, não necessariamente patrimonial, englobando a honra, saúde, vida, por exemplo”. Contudo, a concepção que buscava identificar o conceito de dano com o dano patrimonial encontra-se superada, admitindo-se, atualmente, a reparação do dano não patrimonial (AMARAL, 2011, p. 60).

⁷¹ Na mesma senda, ver Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2011, p. 141).

individual de uma pessoa, mas interesses de uma coletividade” (SANSEVERINO, 2011, p. 141).

Embora a teoria da diferença ainda seja bastante relevante para explicar o dano patrimonial (DINIZ, 2013, p. 84), houve a necessidade de a doutrina buscar uma outra via para superar as objeções apresentadas, encontrando-a na teoria do interesse. Consoante tal teoria,

o interesse consiste na posição de uma pessoa em relação a um bem, susceptível de satisfazer-lhe uma necessidade. Deve-se entender como bem, em sentido amplo, o meio de satisfação de uma necessidade (...) o interesse pode ser patrimonial ou não patrimonial, conforme o bem que for lesionado (SEVERO, 1996, p. 6-7).

No mesmo sentido, com escólio nas lições apresentadas por Antunes Varela, “o dano, para efeito da responsabilidade civil, é toda a lesão⁷² nos interesses de outrem tutelados pela ordem jurídica, quer os interesses sejam de ordem patrimonial, quer sejam de carácter não patrimonial” (VARELA, 1977, p. 240).

A teoria do interesse encontra também ampla aceitação na doutrina estrangeira, ao se entender o dano como “in ragione della natura patrimoniale o non patrimoniale dell’interesse leso, il danno può essere patrimoniale o non patrimoniale” (BIANCA, 2012, p. 123)⁷³. Na mesma senda, destaca-se que o dano “in senso giuridico, si riferisce in ogni caso alla lesione dell’interesse giuridicamente rilevante” (BUSNELLI; PATTI, 2013, p. 18)⁷⁴. Acrescente-se, ainda, a observação de Eduardo Zannoni no sentido de que o dano não se apresenta apenas como a lesão a interesse de uma pessoa individual, mas também a interesses coletivos, ao afirmar que “el daño puede producirse no sólo respecto de bienes privativos de una persona (...) sino también respecto de intereses que un grupo de personas o una colectividad comparten” (ZANNONI, 2005, p. 1).

A vantagem da utilização da teoria do interesse sobre a da diferença consiste na ampliação

⁷² Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral destaca que não se deve confundir lesão e dano, apesar da sutileza terminológica. Assim, “lesão refere-se ao ato causador do dano, enquanto este se apresenta como consequência daquela (...) O dano é o prejuízo resultante de uma lesão a um direito” (AMARAL, 2011, p. 61).

⁷³ Tradução livre: “em razão da natureza patrimonial ou não patrimonial do interesse lesado, o dano pode ser patrimonial ou não patrimonial”.

⁷⁴ Tradução livre: “Em sentido jurídico, refere-se em todo caso à lesão do interesse juridicamente relevante”.

que permite na noção de dano, superando a concepção naturalista ou patrimonialista para abranger todas as ofensas que atinjam interesses juridicamente tutelados da vítima do ato ilícito. A teoria do interesse permite explicar, por exemplo, os prejuízos decorrentes de ofensas a direitos da personalidade, que, em muitos casos, apesar de sua gravidade, não possuem conteúdo econômico (SANSEVERINO, 2011, p. 144).

Feitas essas considerações, conclui-se a relevância da teoria do interesse por ser a mais completa, já que melhor explica o dano pela violação de interesses extrapatrimoniais. Contudo, não se pode negar a importância da teoria da diferença, já que ainda hoje é utilizada pela doutrina no tocante à conceituação do dano patrimonial.

Para que o dano seja indenizável, a doutrina enumera a imprescindibilidade da existência dos seguintes elementos: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial, pertencente a uma pessoa: não há, destarte, dano sem a presença de um lesado. O lesado pode ser direto, ou seja, a própria pessoa lesada. Pode ser também o lesado indireto, ou seja, a pessoa da família, nos termos do art. 12 do Código Civil, ou, excepcionalmente, terceiros; b) efetividade ou certeza do dano: a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural, devendo o dano ser real e efetivo, necessitando ser demonstrado, salvo nos casos de dano presumido; c) causalidade: deve haver uma relação entre a falta e o prejuízo causado; d) subsistência do dano: exige-se que o dano subsista no momento da reclamação do lesado, razão pela qual, se o dano já restou reparado, o prejuízo é insubsistente; e) legitimidade: somente a vítima ou seus beneficiários poderão pleitear a reparação; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade: o dano não poderá resultar de causas que exclua o dever ressarcitório, como o caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima etc. (DINIZ, 2013, p. 81-83)⁷⁵.

Conforme o interesse jurídico lesado e preenchidos os requisitos supracitados, com caráter de imprescindibilidade, os danos podem se apresentar sob duas modalidades: patrimonial e extrapatrimonial, subdividindo-se o primeiro em danos emergentes e lucros cessantes (NORONHA, 2013, p. 498). Por uma questão didática, considerando a especificidade do Capítulo 4 na análise das naturezas

⁷⁵ Sobre a necessidade dos requisitos de certeza, atualidade, subsistência, injustiça do dano e ausência de causas excludentes, ver também Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 59-60) e Flávio da Costa Higa (2012, p. 82).

jurídicas das chances perdidas, opta-se por abordar a conceituação e as distinção entre eles no citado capítulo. Demonstrar-se-á, também, que houve uma ampliação do conceito de dano, que deixou de ser entendido apenas como a violação a direitos subjetivos para abranger também a lesão a interesses jurídicos (AMARAL, 2011, p. 61), em um verdadeiro giro conceitual do ato ilícito ao dano injusto (GOMES, 1989, p. 294-296). Contudo, pelas mesmas razões supracitadas, será objeto de um capítulo próprio, o Capítulo 3, já que tais assuntos merecem tópicos específicos.

Feitas as presentes considerações sobre o que se denominou de noções preliminares de responsabilidade civil, em que restaram abordados o conceito de responsabilidade, a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade objetiva e subjetiva, bem como o delineamento dos pressupostos da responsabilidade civil (ação ou omissão, culpa ou dolo, relação de causalidade e dano), passa-se a traçar a distinção entre perdas e danos e reparação civil, conforme a doutrina que efetua tal distinção.

2.5 O COTEJO ENTRE PERDAS E DANOS E REPARAÇÃO CIVIL

A distinção entre perdas e danos e reparação civil é proposta por Tarcisio Teixeira, apoiado em Manuel Inácio Cavalho de Mendonça. Em tal concepção, trata-se de institutos jurídicos diversos, já que a reparação civil surge em virtude de atos ilícitos, ao passo que as perdas e danos são decorrentes do inadimplemento contratual (TEIXEIRA, 2015, p. 151).

Em outras palavras, considerando-se a extensão dos mencionados institutos, pode-se afirmar que a “reparação civil deve ser mais extensa e completa possível, já as perdas e danos têm um limite natural em razão da cláusula contratual não cumprida e nos prejuízos calculados pela inexecução” (TEIXEIRA, 2015, p. 151-152).

Feita a distinção entre perdas e danos e reparação civil, passa-se à abordagem de cada um dos institutos, enfatizando-se os seus conceitos e as respectivas distinções de modo que, em um momento posterior, permitam o aprofundamento no estudo da teoria da perda da chance.

2.5.1 Perdas e danos

Para se falar em perdas e danos, é necessário, primeiramente, entender o conceito de inadimplemento da obrigação, já que a obrigação de indenizar é consequência do inadimplemento (ALVIM, 1980, p. 2).

Entende-se por inadimplemento o descumprimento da obrigação assumida, já que “as obrigações assumidas devem ser fielmente executadas”, assistindo “ao credor o direito de exigir que a obrigação se cumpra, tal como se convencionou”. Em não sendo possível, poderá exigir perdas e danos (ALVIM, 1980, p. 5-6)⁷⁶.

Por perdas e danos, “na terminologia técnica do Direito, evidencia e traduz os prejuízos que uma pessoa tenha causado a outrem, por ato próprio ou alheio, mas de sua responsabilidade”. Entende-se por prejuízo a “diminuição econômica ou o desfalque ao patrimônio do ofendido” (STOCO, 2001, p. 972). Para outros, as perdas e danos significam não apenas um desfalque patrimonial, mas todos “os prejuízos, os danos, causados ante o descumprimento obrigacional” (AZEVEDO, 2011, p. 192). A adoção de um ou outro conceito será fundamental para delimitar a extensão das perdas e danos, ou seja, se elas se limitam apenas aos danos emergentes e aos lucros cessantes, ou se abarcam outros danos.

Para a doutrina clássica, considera-se que o patrimônio da pessoa pode ser lesado de modo positivo - dano emergente - ou de modo negativo - lucro cessante (MONTENEGRO, 2005, p. 12).

Entende-se por dano emergente ou dano positivo aquele “que consiste na perda efetivamente sofrida. É o prejuízo real ou aquilo que se perdeu” (STOCO, 2001, p. 972). Trata-se do “déficit patrimonial efetivo sofrido pela vítima advindo da conduta do agente ou de terceiro por quem é responsável. É o que a vítima perdeu.

⁷⁶ Agostinho Alvim faz a distinção entre inadimplemento absoluto e simples mora, subdividindo-se o primeiro em inadimplemento absoluto total e parcial. São suas as seguintes palavras: “Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber. Haverá mora no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo, ou na forma convencionados, subsistindo, em todo o caso, a possibilidade de cumprimento. O inadimplemento absoluto- dissemos – pode ser total ou parcial. Total, quando a obrigação, em sua totalidade, deixou de ser cumprida, como no (...) perecimento do seu objeto. Dá-se o inadimplemento absoluto parcial se, v.g., a obrigação compreende vários objetos, sendo um ou mais entregues e perecendo os restantes por culpa do devedor. Com relação a estes últimos não há mora, evidentemente, já que a entrega nem se fez nem se fará. Terá havido, pois, inadimplemento absoluto parcial da obrigação” (ALVIM, 1980, p. 7).

Trata-se de dano positivo projetado no presente em razão de uma conduta do ofensor” (LISBOA, 2015, p. 149). Em outras palavras, é o “empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve de realizar” (DINIZ, 2013, p. 86).

Já os lucros cessantes ou danos negativos constituem “os lucros de que fomos privados, e que deveriam vir ao nosso patrimônio (...) São, assim, os ganhos que eram certos ou próprios de nosso direito, que foram frustrados por ato alheio ou fato de outrem” (STOCO, 2001, p. 972). Ou se referem às “importâncias que o credor deixou de auferir, graças ao dano perpetrado” (LISBOA, 2015, p. 309). Por fim, trata-se da “privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado” (DINIZ, 2013, p. 86).

Ao cotejar os dois conceitos, Orlando Gomes enfatiza que, “quando a perda consiste em efetiva diminuição do patrimônio, designa-se pela expressão *damnus emergens*. Quando representada pela frustração de ganho, *lucrum cessans*” (GOMES, 2011, p. 75).

Em outras palavras, Fernando Noronha destaca que, “quando o prejuízo for econômico, pode-se traduzir em efetiva diminuição do patrimônio (sendo então chamado de dano emergente), ou na frustração de um acréscimo patrimonial esperado (lucro cessante)” (NORONHA, 2013, p. 498).

No que concerne ao lucro cessante, conceituado como “aquilo que razoavelmente deixou de lucrar”, assim como reproduzido pelo Código Civil de 2002⁷⁷, vale mencionar as críticas de Agostinho Alvim:

se o lucro cessante vem a ser uma diminuição potencial, não o podemos pôr no pretérito como aquilo que se deixou de lucrar. É uma questão de ângulo: se nos colocarmos no momento do pedido de indenização por prejuízo já consumado, podemos nos referir, com efeito, aos lucros que deixamos de ter. Mas, se nos colocarmos no momento do fato causador do dano, então, sim, os lucros cessantes são propriamente potenciais: a sua extensão depende ainda do desenrolar dos acontecimentos (...) Outro reparo que faremos acerca da expressão cessante. Cessar significa parar, acabar, e se diz daquilo que vem acontecendo. Mas o lucro cessante não é somente aquele que se estancou, como, p. ex., o que alguém normalmente obtinha, em sua profissão, e não mais poderá obter, em virtude de

⁷⁷ Art. 402. 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.

ato ilícito ou de inexecução de obrigação por parte de outrem. Lucro cessante é isso: mas é também aquele que o credor não obterá, ainda que não viesse obtendo antes. Por isso, os Códigos e os autores, geralmente, referem-se ao ganho que o credor ficou privado (ALVIM, 1980, p. 174).

Ao utilizar a expressão “razoavelmente deixou de lucrar”, Agostinho Alvim assegura o seu sentido: “até prova em contrário, admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria. Há aí uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo-se em vista os antecedentes” (ALVIM, 1980, p. 189). Já Tarcisio Teixeira, em contrapartida, afirma: “Arriscamos opinar no sentido de que ‘razoavelmente’ significa que seja algo justo, equilibrado, racional, aceitável” (TEIXEIRA, 2015, p. 154).

Há autores que entendem que o artigo 402 do Código Civil constitui uma cláusula geral de danos e, portanto, não limita as hipóteses de danos patrimoniais apenas ao dano emergente e ao lucro cessante, podendo tutelar outros bens jurídicos da vítima (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2014, p. 286, 303). Com tal argumento defendem tais autores, conforme restará desenvolvido no Capítulo 4, a perda da chance como uma terceira modalidade de dano patrimonial.

Adotando-se o entendimento de que as perdas e danos não se limitam às hipóteses de dano emergente e lucro cessante, “lembrando que o patrimônio compõe-se de bens materiais e imateriais” (AZEVEDO, 2011, p. 193), poder-se-ia questionar sobre a possibilidade de dano moral em caso de inadimplemento contratual⁷⁸.

Na doutrina, sustenta-se que não há óbice ao dano moral contratual ou, conforme preferem outros, o dano moral por inadimplemento obrigacional (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2014, p. 355)⁷⁹.

Sobre o dano moral contratual ou por inadimplemento obrigacional, aliás, vale destacar as observações de Teresa Ancona Lopez ao afirmar que, enquanto em

⁷⁸ Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral faz uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, concluindo que a matéria não é pacífica, ora a aceitando, ora a rechaçando. Há inclusive julgados que a acolhem, em situações excepcionais, em que se extrapola o mero dissabor (AMARAL, 2011, p. 39).

⁷⁹ No mesmo sentido, destaca-se: “Do inadimplemento das obrigações, podem ocorrer danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 339). A doutrina italiana também segue a mesma orientação ao afirmar que a integridade psicofísica e a saúde, bem como os demais direitos fundamentais do homem, podem ser lesadas, tanto na responsabilidade extracontratual, quanto na contratual (BIANCA, 2012, p. 204).

ordenamentos jurídicos europeus e dos Estados Unidos a sua aplicação é corriqueira, no Brasil tal possibilidade ainda é contestada e encontra dificuldades para se firmar na jurisprudência (LOPEZ, 2014, p. 299).

Os argumentos contrários ao dano moral pelo inadimplemento obrigacional são no sentido de que o inadimplemento contratual e suas consequências nefastas já se encontram previstos no contrato. Contudo, ao contrário desse entendimento, convém lembrar que “às vezes, surgem consequências fora do contrato, mas que têm origem no vínculo e que acabam causando ao credor danos não-patrimoniais, mas existenciais ou morais” (LOPEZ, 2014, p. 299)⁸⁰.

Não é por outra razão que Agostinho Alvim já destacava não haver propósito na distinção “pretendida entre o dano oriundo de culpa aquiliana e o de culpa contratual. A indenizar-se o dano moral, tanto faz que a sua procedência seja violação de contrato, ou culpa extracontratual” (ALVIM, 1980, p. 240). No mesmo sentido, sustentou-se que “todos los argumentos invocados a favor de la reparación del perjuicio extrapecuniario en materia de responsabilidad delictual valen también cuando se trata del incumplimiento de un contrato” (MAZEAUD; TUNC, 1963, p. 467).

Na mesma senda, cita-se o Enunciado 411 do Conselho da Justiça Federal: “O descumprimento do contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988”⁸¹.

Com essas considerações, nas linhas seguintes, passa-se a analisar hipóteses em que surge o dever de indenizar ante a inexistência de vínculo contratual estabelecido entre as partes.

2.5.2 Reparação civil

Conforme já visto alhures, enquanto a responsabilidade civil contratual nasce de uma violação a uma relação obrigacional prévia entre as partes, a responsabilidade extracontratual, também denominada aquiliana, surge da violação ao dever de *neminem laedere*, ou seja, o dever de a ninguém prejudicar. Nesse

⁸⁰ Acrescenta Teresa Ancona Lopez que “vários contratos podem ter consequências negativas de caráter existencial, por exemplo, a locação, os atrasos aéreos, a perda de fotos de casamento ou de formatura, problemas com serviços telefônicos, *mobbing* no contrato de trabalho ou assédio sexual, contratos com escolas e universidades, com seguro saúde, contratos médicos para fins estéticos etc.” (LOPEZ, 2014, p. 299).

⁸¹ Disponível em: <<http://www.altosestudios.com.br/?p=49033>>. Acesso em 29.07.2015.

sentido, pode-se dizer que, na responsabilidade extracontratual, reparam-se os efeitos advindos do comportamento ilícito de alguém que infringe um preceito legal e causa dano a outrem (GOMES, 1989, p. 291-292).

Da noção de responsabilidade extracontratual, percebe-se a ênfase ao comportamento ilícito que infringe um dever legal. Trata-se da categoria dos atos ilícitos, entendidos como os

atos voluntários que violam um dever, específico ou genérico, de comportamento do sujeito que age e que, sendo legalmente proibidos, têm como sanção a obrigação de ressarcir o dano que causem pela lesão produzida a direito subjetivo de outrem (GOMES, 1989, p. 293).

A legislação brasileira conceitua o ato ilícito no artigo 186 do Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Em seguida, traz as consequências do cometimento de um ato ilícito, no artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A partir da redação do artigo 186 do Código Civil, surgem discussões se o ato ilícito dispensa ou não a existência de culpa. Trata-se de uma preocupação da doutrina que já vem desde o Código Civil de 1916, que reproduzia a mesma redação em seu artigo 159. De um lado, há aqueles que defendem que o nosso legislador foi expresso em garantir a necessidade de culpa, ao se referir, expressamente, à “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência” (AGUIAR DIAS, 2012, p. 479).

Por outro lado, a moderna doutrina tem sustentado a insuficiência da culpa para a caracterização do ato ilícito. Por tal razão, fala-se em ato ilícito em sentido estrito e em sentido amplo. Compreende-se como ato ilícito em sentido estrito aquele que exige a conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexos causal, tal como descrito no artigo 186 do Código Civil. A culpa, portanto, integra o ato ilícito em sentido estrito. Ganha relevo, nessa perspectiva, o ato ilícito na responsabilidade civil subjetiva. Já o ato ilícito em sentido amplo indica apenas a ilicitude do ato, ou seja, a conduta humana antijurídica, contrária ao direito, sem qualquer referência à culpa. Nesse contexto, o ato ilícito em sentido amplo amolda-se aos casos de responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 23-24).

Ainda na perspectiva de uma amplitude do conceito de ato ilícito, não restrito apenas à culpa, Flávio Tartuce destaca que, no Código Civil de 1916, o ato ilícito estava alicerçado em uma única pilastra – o ato ilícito com previsão no artigo 159. Contudo, no Código Civil de 2002, houve uma mudança estrutural, já que passou a ser alicerçado em duas pilastras: o ato ilícito com morada no artigo 186 e o abuso de direito com previsão no artigo 187⁸² (TARTUCE, 2014, p. 325).

No novel dispositivo da legislação civil, a culpa não funciona como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico ou social do Direito. Desse modo, o abuso do direito foi previsto como ato ilícito “dentro de uma visão objetiva, pois boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social nada mais são do que valores ético-sociais consagrados pela norma em defesa do bem comum, que nada tem a ver com a culpa” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 24).

Não se pode deixar de destacar a controvérsia doutrinária sobre a necessidade de dano para a configuração do ato ilícito, apesar da expressa previsão de dano contida no artigo 186 do Código Civil, sobretudo diante das novas funções da responsabilidade civil, incluindo as preventivas e de proteção, não constituindo, destarte, segundo seus defensores, o dano um elemento essencial, podendo ou não vir a ocorrer⁸³ (LÔBO, 2013, p. 302).

Por fim, conforme será abordado de forma mais específica no capítulo seguinte, ao tratar do ato ilícito e do dano injusto, merecem destaque as lições de Orlando Gomes (1989, p. 295), que, no final da década de 1980, já falava de uma virada conceitual do ato ilícito para o dano injusto, garantindo um maior número de danos ressarcíveis.

Feitas as apresentações conceituais relativas ao presente capítulo, passa-se à análise da teoria da perda da chance e seus requisitos específicos, no capítulo seguinte, para que se possa avançar, na sequência, rumo ao estudo das naturezas jurídicas da perda da chance propriamente ditas.

⁸² Art. 187 do Código Civil: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Sobre o assunto, ver também a nota de rodapé nº 38.

⁸³ Sobre a responsabilidade civil sem dano, ver tópico 2.4.4.

3 A TEORIA DA PERDA DA CHANCE

Com o avanço da ciência, dos meios de telecomunicações, da internet e da tecnologia, surgem novas espécies de danos, desafiando os operadores do direito na busca de soluções para garantir a tutela da pessoa humana. Nesse contexto, dentre as novas espécies de dano, tem-se o dano pela perda da chance.

Em se tratando de chances, deve-se lembrar que a vida é um caminhar na busca delas, já que

Nella vita si è sempre alla ricerca della propria chance, e attenzione a non perderla quando arriva! C'è la chance affettiva quando si incontra l'amore, c'è la chance sul lavoro quando si ha un colloquio volto all'assunzione, si ha la chance dell'avanzamento di carriera nel lavoro pubblico quando si hanno i requisiti per partecipare al concorso, c'è la chance della stessa esistenza quando si è vittima di un errore medico (PERCIBALLI, 2014, p. 77)⁸⁴.

Assim, mesmo havendo chances na vida, podem ocorrer frustrações em decorrência da conduta de um terceiro que impede a concretização do resultado desejado ou que se evite um prejuízo. Nesse caso, há um dano? Há direito à reparação? Quais os requisitos para aplicação da teoria da perda da chance? Existe um prejuízo certo ou tudo não passa de mera expectativa da vítima? Esses e outros questionamentos correspondem à pretensão do presente capítulo.

3.1 A ORIGEM

Segundo a doutrina majoritária, o *leading case* da teoria da perda da chance teria ocorrido na França, em 17 de julho de 1889, quando a Corte de Cassação conferiu indenização a um demandante que, pela falha na atuação de um oficial ministerial, teve obstada a oportunidade de galgar êxito em um processo judicial (MAZEAUD, 2011, p. 233). No mesmo sentido, afirmou-se que

⁸⁴ Tradução livre: Na vida se está sempre em busca da própria chance, e cuidado para não a perder quando a encontrar! Há a chance afetiva quando se encontra o amor, há a chance de trabalho quando se tem uma entrevista de emprego, há a chance de crescimento de carreira no serviço público quando se preenchem os requisitos para participar do concurso, há a chance da própria existência quando se é vítima de um erro médico.

[...] em 17 de julho de 1889, a Corte de Cassação francesa aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal prosseguimento. Esse é o exemplo mais antigo de utilização do conceito de dano pela perda de uma chance encontrado na jurisprudência francesa (SILVA, 2013, p. 11).

Contudo, não há consenso doutrinário se tal caso seria, realmente, o primeiro julgado a aplicar a teoria da perda da chance (AMARAL; SILVA, 2015, p. 310). Vale dizer que há quem afirme que a teoria sequer foi abordada no referido julgado:

[...] curiosamente, muitos autores consideram que esse é o primeiro acórdão em que a Corte de Cassação teria adotado a técnica da reparação de chances. Em nosso ver, tal conclusão é absurda: no caso em questão, a reparação de chances jamais foi aventada por qualquer dos envolvidos; nem pelas partes nem pelos juízes. De um lado, a Caixa [Caixa Comercial de Limoges- recorrente] exigia que o huissier [equivalente ao nosso oficial de justiça, porém não é um funcionário público, sendo contratado pelas partes para patrocinar seus interesses, tal como um advogado] a indenizasse de todo o valor da condenação. Demandava, portanto, a reparação da própria vantagem aleatória não obtida, e não a reparação das chances de obtê-la [...] é de se ressaltar que, no caso em tela, nenhuma indenização foi concedida à vítima, nem mesmo em razão das chances perdidas (...) a Corte de Cassação apenas confirmou a decisão proferida pela Corte de Limoges, que, por sua vez, presumiu que a apelação da Caixa teria sido de todo modo rejeitada (CARNAÚBA, 2013, p. 95).

Flávio da Costa Higa (2012, p. 22-23), concordando com a mencionada posição, assegura que, em realidade, na França, a primeira decisão a reconhecer a aplicação da teoria da perda da chance remonta a 1932, data em que os irmãos Mazeaud dedicaram alguns trechos de sua obra à perda da chance. Em tal ano, a Corte de Cassação francesa confirmou um julgado do Tribunal de Aix que condenou um notário, Sr. Grimaldi, pelo duplo prejuízo causado aos seus clientes, o casal Marnier, em decorrência das falhas e da sua conduta dolosa, o que fez com que o casal perdesse a chance de adquirir o imóvel que desejava, além de ter que arcar com o pagamento de despesas de diversos atos notariais desnecessários.

Já o Reino Unido, por sua vez, reconheceu a teoria sob o nome de *loss of a chance doctrine* (doutrina da perda da chance), no caso *Chaplin v. Hicks*, em 1911⁸⁵.

⁸⁵ Interessante observar que, se prosperar a tese defendida por Daniel Amaral Carnaúba e Flávio da

Refere-se a um concurso de aspirantes a atrizes em que as candidatas finalistas receberiam um contrato de trabalho. Uma dessas finalistas, a Sra. Chaplin, recebeu uma carta para comparecer à fase final da seleção, porém tal documento foi remetido a um endereço errado. A carta somente chegou às suas mãos no dia da seleção, impedindo-a de participar a tempo do concurso. O júri entendeu que o Sr. Hicks não proporcionou à Sra. Chaplin a participação no concurso, condenando-o ao pagamento de uma indenização. A decisão foi mantida pela corte de apelação ao fundamento de que a quebra do contrato pelo Sr. Hicks fez com que a Sra. Chaplin perdesse a chance de concorrer ao prêmio (HIGA, 2012, p. 30-32)⁸⁶.

Na Itália, a teoria da perda da chance passou a ser enfrentada, em 1940, quando Giovanni Pacchioni publicou a obra *Diritto Civile Italiano*, ocasião em que afirmou discordar quanto à reparação das chances perdidas. Na mesma linha, foi o entendimento de Francesco Donato Busnelli, em 1965, em seu artigo denominado *Perdita di chance e risarcimento del danno*, ao comentar um julgado de um tribunal francês, ocasião em que também rechaçou o caráter indenizatório das chances perdidas. Apenas em 1966, Adriano De Cupis publicou a obra *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, adotando entendimento contrário aos mencionados autores, defendendo o caráter indenizatório da perda da chance, o que levou Sérgio Savi a afirmar que foi Adriano De Cupis, ao seu juízo, o responsável pela correta compreensão da teoria na Itália (SAVI, 2012, 7-10).

Na jurisprudência italiana, apenas em 19 de novembro de 1983, foi julgado pela Corte de Cassação o primeiro caso favorável à indenização da perda da chance (SAVI, 2012, p. 25). Trata-se de uma demanda em que os aprovados na fase inicial de uma seleção, consistente em exame de saúde, injustificadamente foram impedidos de prosseguir nas fases seguintes, o que levou a Corte de Cassação a reconhecer o dano e o dever de indenizar:

i candidati, che avevano superato l'esame sanitario, lamentavano il danno derivante dall'esclusione dalla partecipazione alle ulteriori prove consistenti nell'esame di guida, di dettato e di aritmetica. Il concetto di chance fatto proprio dalla Corte di Cassazione risulta

Costa Higa no sentido de que o primeiro julgado francês a reconhecer a teoria da perda da chance não seria aquele datado 1889, mas, sim, o julgado proferido em 1932, é de se concluir que o primeiro *leading case* do mundo acerca da perda da chance teve sua origem no Reino Unido, em 1911.

⁸⁶Sobre o caso, ver também Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 157), Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 49) e Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 11).

abbastanza chiaro nel passaggio seguente: “ai lavoratori è stata sottratta una situazione [...] di cui avevano diritto di usufruire; il risarcimento si riferisce non alla perdita di un risultato favorevole, bensì alla perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, possibilità esistente nei loro patrimoni al momento in cui hanno subito il comportamento illecito dell’azienda e la lesione del diritto.” (MONTANARI, 2009, p. 12-13)⁸⁷.

No Brasil, o início da aplicação da Teoria da perda da chance se deve, possivelmente, à palestra de François Chabas, profundo estudioso da teoria da perda da chance na França, ministrada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, influenciando o Tribunal de Justiça gaúcho, na década de 1990. Os dois primeiros julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a enfrentar a teoria foram da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁸⁸. Nesse sentido, são as palavras de Fernando Noronha:

A esse tempo [data da primeira edição do livro de Fernando Noronha], somente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul existia uma jurisprudência mais aberta à admissibilidade da figura jurídica [da perda de uma chance], provavelmente por influência de uma conferência proferida na Faculdade de Direito da UFRGS em maio de 1990 por François Chabas, um dos juristas que melhor haviam estudado a matéria na França, país onde a teoria da perda de chance surgiu e onde estava muito bem sistematizada. Essa conferência era expressamente citada nos dois primeiros acórdãos daquele Tribunal que se referiam à teoria da perda de chance, ambos relatados pelo então desembargador e professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Ap. civ. 58906996, j. 12-06-1990 e Ap. Civ. 591064837, j. 29-08-1991). (NORONHA, 2013, p. 704-705).

⁸⁷ Tradução livre: Os candidatos, que haviam passado no exame de saúde, lamentavam o dano derivado da exclusão da participação nas ulteriores provas consistentes no exame de direção, prova oral e de aritmética. O conceito de chance dado pela própria Corte de Cassação é suficientemente claro na passagem seguinte: “aos trabalhadores foi subtraída uma situação da qual tinham direito de usufruir; o ressarcimento se refere não à perda de um resultado favorável, mas sim à perda da possibilidade de conseguir um resultado útil, possibilidade existente no patrimônio deles no momento em que tiveram o comportamento ilícito da empresa e a lesão ao direito”.

⁸⁸ O primeiro julgado foi assim ementado: RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORRECAO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NAO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGACAO DE RESULTADO E DE INDENIZACAO POR PERDA DE UMA CHANCE. (Apelação Cível Nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12.06.1990). Já o segundo julgado, em ordem cronológica, possui a seguinte ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO À SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR À MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29.08.1991).

Em uma corte superior brasileira, deve-se registrar que a primeira tentativa de aplicar a teoria também se deve a Ruy Rosado de Aguiar Júnior, quando se tornou ministro do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 57.529⁸⁹, em 07.11.95, embora naquela oportunidade o seu voto ficasse vencido (NORONHA, 2013, p. 705).

A partir dos primeiros julgados, sob a relatoria de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a teoria da perda da chance tem avançado em sua sistematização em território brasileiro. Verificam-se obras específicas sobre o assunto, uma diversidade de julgados espalhados pelos tribunais brasileiros, bem como diversas monografias, revelando-se uma tendência da responsabilidade civil moderna.

3.2 O CONCEITO DE PERDA DA CHANCE

Uma das primeiras tarefas a empreender na busca da natureza jurídica das chances perdidas e de sua respectiva quantificação é apresentar, primeiramente, o conceito de chance e, na sequência, conceituar a própria perda da chance.

Inicialmente, é preciso notar que a palavra chance, de origem francesa, etimologicamente, origina-se de *choir*, traduzida para o português como cair, cadência. Contudo, no plural, torna-se sinônima de probabilidades. Não é por outra razão que, na Espanha, por exemplo, utiliza-se a teoria que se popularizou como “pérdida de oportunidades”, tratando-se, em realidade, de expressões sinônimas (HIGA, 2012, p. 54-55).

O conceito de chance ou oportunidade pode ser abordado sob perspectivas diversas: econômica, estatística, filosófica ou jurídica.

Sob a perspectiva econômica, entende-se a chance ou a oportunidade como “número de hipóteses em que um fenômeno particular tem de se realizar entre outros fenômenos” (COTTA, 1978, p. 339).

⁸⁹ A título de curiosidade, trata-se de ação de indenização promovida pela empresa Nutrição Comércio e Representações Ltda. contra a empresa aérea Transbrasil S/A, em que se sustentava que, em virtude do extravio de bagagens que continham amostras de produtos da empresa para serem apresentados no ato público de concorrência, gerou a injusta exclusão da autora. Em primeiro grau, acolheu-se apenas o pleito de dano material, afastando-se a perda da chance. Em segundo grau, apenas majorou-se o *quantum* indenizatório, mantendo afastada também a perda da chance. No STJ, contudo, o Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior entendeu dar provimento ao recurso para reconhecer a incidência da teoria da perda da chance. Contudo, foi voto vencido, prevalecendo a decisão do Ministro Fontes de Alencar, que não conhecia do recurso (STJ, REsp 57.529, 4ª Turma, Rel/acórdão Min. Fontes de Alencar, j: 07.11.1995).

Em estatística, a chance ou a probabilidade pode ser conceituada como

a razão estatística entre um número n de resultados particulares e o número N de resultados possíveis: n/N , em que todos os N são igualmente prováveis. Por exemplo, ao lançar um dado, há uma possibilidade de obter o resultado seis contra cinco possibilidades de obter “não-seis”. Assim, $n = 1$ e $N = 5 + 1 = 6$, e a razão $n/N = 1/6$ (SANDRONI, 2010, p. 686).

Sob um enfoque filosófico, a chance ou probabilidade é entendida como um processo de escolha entre as alternativas possíveis. Nesse sentido, entende-se como chance ou probabilidade como o

grau ou a medida da possibilidade de um evento ou de uma classe de eventos. Nesse sentido, P. [probabilidade] sempre supõe uma alternativa, e é a escolha ou preferência por uma das alternativas possíveis. Se dissermos, p. ex., “amanhã provavelmente choverá”, estaremos excluindo como menos provável a alternativa “amanhã não choverá”; se dissermos “a P. [probabilidade] de uma moeda dar coroa é de metade”, o significado dessa afirmação decorre do confronto com a outra alternativa possível, de ela dar cara. Podemos exprimir esse caráter da P. [probabilidade] dizendo que ela é sempre em função de dois argumentos (ABBAGNANO, 1998, p. 793).

Em sentido jurídico, por sua vez, invocam-se as lições de Ludovico Berti (2013, p. 119), com respaldo em Franzoni, para conceituar chance como sinônima de “ocasião” (no sentido de momento favorável), “possibilidade” ou “expectativa”, tornando-se juridicamente relevante quando assume a conotação de “concreta ed effettiva occasione futura e favorevole di conseguire un determinato bene o di evitare un effetto non voluto”⁹⁰.

Félix Alberto Trigo Represas acrescenta, ainda, outras duas expressões para designar chance, sendo elas: “oportunidade” e “probabilidade”. Em seguida, define perda da chance como “(...) la privación de una utilidad o de un beneficio patrimonial, que muy verosímilmente se habría podido lograr, de no haberse producido el hecho dañoso” (TRIGO REPRESAS, 2008, p. 27).

No Brasil, Sérgio Savi nota que o termo chance significa, em sentido jurídico, “a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda” (SAVI, 2012, p. 3).

⁹⁰ Tradução livre: “concreta e efetiva ocasião futura e favorável de conseguir um determinado bem ou de evitar um efeito não desejado”.

É importante destacar, nos conceitos supracitados, o acerto de Ludovico Berti e de Félix Alberto Trigo Represas em não restringir a chance apenas a um benefício patrimonial. Nesse sentido, Ludovico Berti fala em “conseguir um determinado bem” (admitindo-se, portanto, bem patrimonial ou extrapatrimonial). Félix Alberto Trigo Represas menciona “utilidade” (não se restringindo, portanto, à patrimonialidade).

Sérgio Savi, ao contrário, fala em obter um lucro, o que revela uma concepção de que a chance perdida tenha natureza apenas patrimonial. Melhor seria se o autor tivesse utilizado a expressão “vantagem” ou “benefício”, em vez de limitar-se à expressão “lucro”. Tal opção parece ser em decorrência de Sérgio Savi negar a perda da chance com um caráter exclusivamente moral (SAVI, 2012, p.60).

Assim, ampliando o conceito trazido por Sérgio Savi, torna-se mais adequado sustentar a perda da chance como a “subtração de uma possibilidade, probabilidade ou esperança, e ainda de expectativas do indivíduo de auferir um lucro ou vantagem, como também de evitar a ocorrência de um evento danoso” (AMARAL, 2011, p. 50).

Nesse sentido, não se pode esquecer que já se fala, na Itália, no caráter extrapatrimonial das chances perdidas⁹¹. No Brasil, doutrina⁹² e jurisprudência⁹³ também caminham no mesmo sentido.

Para ilustrar situações de perda da chance, a doutrina enumera algumas delas com amparo jurisprudencial, destacando-se: promoções injustamente negadas a um trabalhador; perda da chance de cura de um paciente por erro de diagnóstico; perda da chance de sucesso em uma demanda pela omissão e/ou errônea defesa técnica do advogado; perda da chance provocada pela administração pública por uma ilegítima exclusão de uma sociedade de um procedimento licitatório (CASSANO, 2012, p. 589).

Diante dos conceitos e dos exemplos apresentados, comumente reproduzidos pela doutrina e pela jurisprudência, chance significa ocasião (com sentido de

⁹¹ “(...) Il danno da perdita di chance, nella sua 'versione' non patrimoniale costituisce una sottocategoria del danno non patrimoniale” (CHINDEMI, 2010, p. 5). Tradução livre: “O dano da perda da chance, na sua “versão” não patrimonial, constitui uma subcategoria do dano não patrimonial. ”

⁹² “ (...) o dano da perda de chance constitui um dano real, por ser certo que foi frustrada a oportunidade, que antes existia, de fazer algo para obter a vantagem ou para evitar o prejuízo. E trata-se de dano que tem um valor, que pode ser econômico ou não, mas que é determinável” (NORONHA, 2013, 697-698).

⁹³ (...) Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde (STJ, REsp 1291247/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19.08.2014, DJe 01.10.2014).

momento favorável), possibilidade, expectativa, oportunidade ou probabilidade. A perda da chance, destarte, pode ser entendida como a privação ou a subtração da chance - oportunidade, ocasião, possibilidade, expectativa ou probabilidade - de obter um benefício ou de evitar uma perda.

3.3 MODALIDADES DE PERDA DA CHANCE

No Brasil, Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 104), influenciado pela doutrina francesa e pelo sistema da *common law*, propõe a divisão da perda da chance em duas categorias: *dano autônomo* (também chamada de aplicação *clássica* da perda da chance) e *causalidade parcial* (relativa à seara médica)⁹⁴. Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 98) e Flávio da Costa Higa (2012, p. 170-171) preferem chamar a mencionada categoria de perda da chance *típica* para o primeiro caso e perda da chance *atípica* para o segundo.

A diferença entre as duas modalidades de perda da chance é compreendida nos seguintes termos:

vale lembrar que para se reconhecer a autonomia pretendida pela perda das chances é necessário que o ato danoso do ofensor retire de vez todas as chances que possuía a vítima, ou seja, interrompa o processo aleatório antes de chegar ao seu fim. De fato, se o processo aleatório seguir seu curso normal até o final, a conduta do réu somente poderá ser vislumbrada como uma possível causa concorrente para a causação do dano final (SILVA, 2013, p. 105).

Portanto, o que diferencia as modalidades de perda da chance é a interrupção, ou não, do curso natural dos acontecimentos. Percebe-se que, na teoria clássica ou típica, o curso natural dos acontecimentos em que se encontra a vítima é

⁹⁴ Além dos casos relativos à seara médica, admitem-se outros casos de causalidade parcial, como é o caso do alarme defeituoso que acabou por tirar de seu cliente a chance de não ser furtado (SILVA, 2013, p. 107), como também o caso do advogado que deixa de contestar a ação (HIGA, 2012, p. 171). Este último exemplo, dado por Higa, é interessante porque demonstra que, mesmo revel, o juiz poderá julgar improcedente o pedido, a partir de sua livre e fundamentada convicção, em razão da relatividade do princípio da revelia (STJ, AgRg no Ag 1251160/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, DJ: 05.09.14). Portanto, a conduta do advogado não interromperá o curso natural dos acontecimentos. A parte ré prosseguirá nas etapas processuais seguintes, havendo a possibilidade de a sentença ser-lhe favorável. Situação diversa, parece ser o caso do advogado que perde o prazo recursal, já que, nesse caso, a sentença desfavorável transita em julgado, interrompendo o curso natural dos acontecimentos e impedindo qualquer possibilidade de um resultado mais benéfico. Não é por outra razão que Cavalieri Filho (2014, p. 98) aponta que a falha do advogado que deixa de recorrer de uma sentença desfavorável ao seu cliente constitui hipótese da chamada perda da chance clássica.

interrompido, sendo-lhe cerceadas todas as possibilidades de alcançar o resultado final. Como exemplo, cita-se o *leading case* da Itália, em que pessoas aprovadas na primeira etapa da seleção para um emprego foram impedidas, injustamente, de prosseguir nas etapas seguintes, perdendo a chance de obter um emprego (SAVI, 2012, p. 25).

No caso mencionado, verifica-se que as vítimas somente participaram do processo aleatório até a prática do ilícito (impedimento injustificado de continuar na seleção). Não tiveram elas chance de prosseguir nas etapas seguintes da seleção e de disputar uma vaga de emprego. Esse é um típico caso de teoria clássica ou típica da perda da chance.

Deve-se destacar que há situações em que não há a interrupção do curso natural dos acontecimentos. O curso regular prossegue, porém a vítima tem diminuídas as chances de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. É o típico exemplo de um médico que, por sua conduta negligente, deixa de realizar os exames médicos necessários, permitindo que a doença evolua, reduzindo as chances de sobrevivência ou de cura. Percebe-se, nesse caso, que, com a conduta negligente do médico, a vítima prossegue sua vida até o resultado final (morte ou sequela)⁹⁵.

Cada uma dessas modalidades de chances perdidas possui peculiaridades e tratamento diverso, razão pela qual, nos limites do presente trabalho, limitar-se-á à teoria clássica ou típica da perda da chance.

3.4 REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DA CHANCE

Para a ocorrência do dever de indenizar pela perda da chance, além dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, devem estar presentes outros requisitos específicos, cuja abordagem é a pretensão do presente tópico.

⁹⁵ Pode ocorrer, aliás, que o resultado não advenha, ou seja, a vítima, que teria 30% de chance, caso houvesse a detecção de sua doença, passa a ter 1% de chance devido à intempestividade da diagnose, porém é submetida a um excelente tratamento com outra equipe, fica completamente sã e sem sequelas. Não haverá, nesse caso, perda da chance (HIGA, 2012, p. 172).

3.4.1 Mera expectativa de fato ou legítima expectativa

Ao contrário do que ocorreu na França, a Itália, influenciada pelos juristas Giovanni Pacchioni, em 1940, e Francesco Busnelli, em 1965, negava a possibilidade de indenização por perda da chance por considerá-la uma mera expectativa de fato (ALPA, 1999, p. 514).

Segundo Pietro Perlingieri (2008, p. 691), na expectativa de fato existe uma situação de mera espera de uma utilidade, não protegida (diretamente) pelo ordenamento jurídico. Cita-se, como exemplo, o caso de um herdeiro à espera da morte de um parente, possuindo, apenas, expectativa de fato de que se consuma o óbito⁹⁶.

Na expectativa de direito, ao contrário, já existe o direito, parcialmente, ficando na pendência de um requisito legal ou fato específico para concretizá-lo. Nesse sentido, cita-se lição de Francisco Amaral:

Diz-se de direito [expectativa] quando já se configura em parte o direito, existindo uma situação dependente do requisito legal ou fato específico. A relação jurídica está suspensa, pendente, mas já produz efeitos provisórios, diversos porém dos que existiriam se o direito já estivesse totalmente constituído (...) Exemplos de expectativa de direito são a do possuidor de uma coisa a fim de obtê-la por usucapião, a do sócio de uma pessoa jurídica sobre o patrimônio desta, em caso de dissolução, a do adquirente de um direito sob condição suspensiva etc (AMARAL, 2014, p. 252-253).

A perda da chance não se trata de uma mera expectativa de fato, pois a chance, no momento em que é tolhida da vítima, já se encontra incorporada ao seu patrimônio, constituindo sua subtração em um prejuízo concreto, que encontra tutela jurídica (CHINDEMI, 2010, p. 5).

Nesse sentido, em 1993, as Seções Unidas da Corte de Cassação italiana afirmaram, expressamente, que a “perdita di chance viene qualificata come perdita di

⁹⁶ Percebe-se que Pietro Perlingieri destaca que, na expectativa de fato, não há proteção direta pelo ordenamento jurídico, porém existe proteção indireta. No exemplo dado, basta pensar que, em caso de dilapidação patrimonial do idoso por alguma enfermidade mental, poderá o futuro herdeiro ajuizar uma ação de interdição. Nesse caso, a interdição, que possui o papel de cuidar dos interesses do idoso, acaba por beneficiar o herdeiro, indiretamente. Perlingieri, em importante observação, arremata dizendo que a expectativa de fato, apesar de não ser tutelada diretamente pelo direito, possui relevância jurídica, tal como no exemplo citado, bem como na situação da obrigação natural, em que pode ocorrer o adimplemento espontâneo pelo devedor natural (PERLINGIERI, 2008, p. 691-695).

una possibilità attuale, lesione di un diritto e non di una mera aspettativa di fatto”⁹⁷ (MANGIATORDI, 2007, p. 123).

No âmbito da Suprema Corte italiana, conforme se depreende da sentença n. 15.759, de 13 de dezembro de 2001, também se verifica a afirmação de que a perda da chance não se trata de uma mera expectativa de fato, mas de uma entidade patrimonial jurídica e economicamente suscetível de valoração e, desse modo, ressarcível:

La sentenza 13 dicembre 2001, n. 15759, definisce “la chance di conseguire un determinato bene” non come “una mera aspettativa di fatto bensì un'entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione” e, pertanto, risarcibile (CARNEVALE, A; SCARANO, G; 2010, p. 158)⁹⁸.

A doutrina italiana atual reproduz a afirmação da Suprema Corte, enfatizando que “la chance non é una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, per cui la sua perdita configura un danno concreto ed attuale”⁹⁹ (PARTENZA, 2013, p. 96)¹⁰⁰. Aliás, segundo destaca Maria Mangiatordi (2007, p. 123), tal entendimento jurisprudencial encontra-se, hoje, consolidado no direito italiano.

A doutrina brasileira segue a experiência estrangeira, reconhecendo o dano pela perda da chance como uma lesão a uma legítima expectativa, e não uma simples expectativa, sendo, portanto, suscetível de ser indenizada (SAVI, 2012, p. 33).

Na mesma senda, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral destaca que a “expectativa de fato não se confunde com a expectativa de direito ou também denominada legítima expectativa, sendo somente essa merecedora de proteção, pela circunstância de produzir efeitos atributivos de direitos”. Em seguida, conclui a autora que a chance “é considerada não apenas uma expectativa de fato, mas um

⁹⁷ Tradução livre: “perda da chance vem qualificada como perda de uma possibilidade atual, lesão de um direito e não de uma mera expectativa de fato”.

⁹⁸ Tradução livre: A sentença de 13 de dezembro de 2001, n. 15759, define “a chance de conseguir um determinado bem” não como “uma mera expectativa de fato, mas uma entidade patrimonial jurídica e economicamente suscetível de autônoma valoração” e, portanto, ressarcível.

⁹⁹ Tradução livre: “a chance não é uma mera expectativa de fato, mas uma entidade patrimonial diversa, jurídica e economicamente suscetível de autônoma valoração cuja a perda configura um dano concreto e atual”.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, ver Giuseppe Cassano (2012, p. 591) e Ludovico Berti (2013, p. 119-120).

ente patrimonial, independente, jurídica e financeiramente, apta a ser avaliada de forma autônoma” (AMARAL, 2011, p. 55)¹⁰¹.

Contudo, Flávio da Costa Higa (2012, p. 51) menciona um julgado do Superior Tribunal de Justiça, datado da década de 1990, em que uma empresa do ramo petrolífero reclamava da ausência de licitação para a implantação de postos de combustíveis ao longo de determinada rodovia, o que lhe subtraía a chance de sagrar-se vencedora no certame. Na ocasião, o início do voto tratou a chance como mera expectativa de fato, demonstrando o apego ao vetusto pensamento italiano.

Na jurisprudência brasileira atual, o caminho tem sido outro, conforme se verifica do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reconheceu a perda da chance de um competidor, já portador de prêmios em jogos sul-americanos e pan-americanos, de sagrar-se vencedor em uma competição em Londres, devido ao extravio de sua bagagem, que continha o seu equipamento de competição. Na ocasião, assentou-se a perda de legítima expectativa, e não uma mera expectativa de fato:

[...] 13. Prejuízo decorrente da legítima expectativa que o apelado possuía em angariar um benefício, qual seja, conquista de uma vaga para participar da Olimpíada de Londres, bem como de elevar seu nível para categoria mundial, aumentando assim o valor da ajuda financeira dada pelo COB (...) ¹⁰².

Do exposto, a partir da experiência estrangeira e brasileira, conclui-se que as chances perdidas não constituem expectativa de fato, mas, sim, legítima expectativa, razão pela qual são passíveis de tutela jurídica indenizatória.

¹⁰¹ A autora lembra também que o caminho percorrido, no direito italiano, para se chegar à conclusão da perda da chance como um dano ressarcível não foi fácil. Partiu-se de uma concepção de que somente direitos absolutos conduziam à indenização para consolidar o entendimento, por meio da Sentença de nº 500 da Corte de Cassação italiana, de que a legítima expectativa também constitui um dano indenizável (AMARAL, 2011, p. 55-56). No mesmo sentido, Sérgio Savi destaca a relevância da Sentença nº 500 da Corte de Cassação italiana, “ a qual reconheceu a possibilidade de indenização em várias situações jurídicas que não tinham consistência de direito subjetivo como a Chance, entendida como a probabilidade efetiva e concreta de conseguir um resultado útil, verificada segundo um cálculo de probabilidade ou presunção” (SAVI, 2012, p. 33).

¹⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0444316-79.2010.8.19.0001. Relator Des. Marcelo Lima Buhatem. DJ: 09.10.13.

3.4.2 Direito subjetivo ou interesse legítimo

Para a compreensão do reconhecimento da perda da chance torna-se imprescindível a distinção entre direito subjetivo e interesse legítimo, que, conforme restará demonstrado, proporcionou a reparação da perda da chance na Itália, comportando o mesmo raciocínio para garantir a aplicação da teoria no direito brasileiro.

Entende-se por direito subjetivo um complexo de poderes e de faculdade que o ordenamento reconhece ao indivíduo, o qual, como titular de direito, pode exercitar a pretensão de que os outros sujeitos se abstenham de turbar o livre exercício do seu direito ou exigir que um sujeito realize o adimplemento de um dever que a lei lhe impõe (VISINTINI, 2009, p. 42). Tal pensamento é sintetizado por Francisco Amaral (2014, p. 245) nos seguintes termos: “direito subjetivo é, simplesmente, um poder de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”¹⁰³.

Segundo Giovanna Visintini (2009, p. 43), os direitos subjetivos se dividem em direito subjetivo absoluto e relativo, sendo que, no primeiro caso, impõe-se um dever geral destinado a todos para respeitar o exercício do direito individual, ao passo que, no segundo caso, está direcionado a um determinado sujeito, o devedor, exigindo dele um comportamento favorável ao credor. Constituem direito subjetivo absoluto os direitos da personalidade (direito à vida, à integridade física, à honra, à privacidade dentre outros), bem como os direitos reais (propriedade, usufruto etc.). Dentre os direitos subjetivos relativos, encontram-se os direitos de crédito, envolvendo um credor com uma pretensão contra um sujeito determinado (devedor), bem como o direito à subsistência de um familiar em uma relação com outro familiar¹⁰⁴.

Ocorre que os direitos subjetivos, aqueles expressamente tutelados pela norma jurídica, nem sempre eram suficientes para abranger toda a proteção necessária à pessoa humana. Aliás, nem se pode exigir que o código abarque todas as situações da vida, “atuando aí as cláusulas gerais como elemento ao mesmo tempo unificador e vivificador dos ordenamentos” (MARTINS-COSTA, 1991, p. 29)¹⁰⁵.

¹⁰³ Sobre o conceito de direito subjetivo, ver também Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 62-63) e Sérgio Savi (2012, p. 16).

¹⁰⁴ No mesmo sentido, ver Guido Alpa (2013, p. 104) e Alberto Trabucchi (2013, p. 75).

¹⁰⁵ Sobre as cláusulas gerais, ver tópico 1.2.

Alberto Trabucchi enfatiza que nem todos os interesses individuais estão previstos como direitos subjetivos, porém não deixam de reclamar tutela:

Non tutti gli interessi dei singoli vengono tutelati dall'ordinamento giuridico. L'interesse humano, per essere direttamente tutelato dal diritto, dev'essere riconosciuto come diritto soggettivo. E non tutti gli interessi lo sono; esempio tipico di interesse non protetto può essere quello della conservazione di una veduta panoramica quando il vicino legittimamente costruisca un edificio alle debite distanze dalle altrui finestre. Peraltro, sempre più si nota che la tutela dell'ordinamento si estende anche a interessi di natura non patrimoniale (e ne vendremo larga applicazione a proposito del risarcimento del danno (...)) e si pensi in questa direzione anche solo agli interessi sportivi, verso i quali si indirizza una richiesta sempre maggiori di tutela giuridica (TRABUCCHI, 2013, p. 67)¹⁰⁶.

A jurisprudência da Corte de Cassação italiana caminhava no sentido de que apenas direitos subjetivos, ou seja, aqueles expressamente previstos na norma poderiam gerar indenização. Com tal entendimento, não havia espaço para os interesses legítimos, entendidos como aqueles aos quais o ordenamento atribui relevância (BARCELLONA, 2011a, p. 187)¹⁰⁷, que ficavam à margem da competente reparação.

Somente com o advento da festejada Sentença de nº 500, datada de 22 de julho de 1999, proferida pelas Seções Unidas da Corte de Cassação italiana, é que se reconheceu que não somente a violação a direitos subjetivos geram indenização, mas também a violação a interesses legítimos (VISINTINI, 2005, p. 569).

Pietro Perlingieri assegura que a Sentença nº 500 vai além da questão específica do ressarcimento dos interesses legítimos, cumprindo o papel de efetiva tutela da pessoa humana:

¹⁰⁶ Tradução livre: Nem todos os interesses do indivíduo vêm tutelados pelo ordenamento jurídico. O interesse humano, por ser diretamente tutelado pelo Direito, deve ser reconhecido como direito subjetivo. E nem todos os interesses o são; exemplo típico de interesse não protegido pode ser aquele da conservação de uma vista panorâmica quando o vizinho legítimamente constrói um edifício à adequada distância das outras janelas. Além disso, sempre se nota mais que a tutela do ordenamento se estende também a interesses de natureza não patrimonial (e veremos larga aplicação a propósito do ressarcimento do dano (...)) e se pensar neste sentido também estão os interesses esportivos em relação aos quais se dirigem demandas sempre maiores de tutela jurídica.

¹⁰⁷ Na doutrina nacional, com base nas lições de José de Aguiar Dias, “chega-se à identificação do dano como a lesão de interesse, não, contudo, como lesão indiscriminada a interesse qualquer, mas, sim, em verdade, o vilipêndio que, tendo em vista a ordem jurídica, deveria ser evitado ou então reparado, o que demonstra a necessidade de configuração de um dano antijurídico, injusto” (AMARAL, 2011, p. 64).

Em verdade, essa ressarcibilidade responde plenamente ao ditado constitucional, que impõe reconhecer que a realização do valor da pessoa humana não opera exclusivamente em razão da atribuição de direitos subjetivos, mas também mediante a tutela dos interesses legítimos (PERLINGIERI, 2008, p. 679).

Destarte, a decisão proferida pela Corte de Cassação italiana, contida na Sentença nº 500, representa um verdadeiro marco na tutela da pessoa humana, já que ampliou o conceito de dano ressarcível, abarcando, além dos direitos subjetivos, também os interesses legítimos (AMARAL, 2011, p. 61). A partir do mencionado julgado, não apenas direitos expressamente disciplinados pelo ordenamento ganham proteção jurídica, mas também aqueles outros que, apesar de não expressamente previstos, são merecedores de tutela dada a sua importância à pessoa humana.

Nessa senda, a partir da Sentença nº 500, perde sentido se a perda da chance seria um direito subjetivo, individualizado no direito à integridade patrimonial, ou interesse legítimo. Trata-se de um dano injusto, merecendo a tutela do ordenamento jurídico (CHINDEMI, 2010, p. 12). No mesmo sentido, merece destaque a conclusão de que pouco importa se a origem do dano está relacionada à violação de direito subjetivo ou interesse legítimo. “Importa, sim, o fato de que alguém suportou um prejuízo causado por outrem, seja ele patrimonial ou moral, se não amparado por excludentes de ilicitude, há de ser ressarcido” (AMARAL, 2011, p. 72)¹⁰⁸.

Transpondo a experiência italiana para o Brasil, pode-se afirmar que, a par da discussão se a perda da chance já estaria prevista no ordenamento brasileiro, nos artigos 186 e 927 do Código Civil, pelo simples fato de se tratar de um interesse merecedor de tutela, deve encontrar proteção no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁸ Na mesma senda, ver também Sérgio Savi para quem: “Inicialmente, tanto a doutrina como a jurisprudência italiana entendiam que o dano somente poderia ser considerado um ‘dano injusto’ se o fato danoso lesionasse uma situação subjetiva reconhecida e garantida pelo ordenamento jurídico na forma de um direito subjetivo. Contudo, mais recentemente, tem-se admitido a segunda leitura do conceito de dano injusto, para considerar que o mesmo engloba lesões a interesses diversamente tutelados” (SAVI, 2012, p. 16). Em seguida, esclarece o autor que essa migração da compreensão da chance de uma simples expectativa para uma legítima expectativa, suscetível de indenização tal como um interesse legítimo ou qualquer direito subjetivo, “é feita com base na Sentença nº 500, de 22/07/1999, da Corte de Cassação, a qual reconheceu a possibilidade de indenização em várias situações jurídicas que não tinham consistência de direito subjetivo como a Chance, entendida como a probabilidade efetiva e concreta de conseguir um resultado útil, verificada segundo um cálculo de probabilidade ou presunção” (SAVI, 2012, p. 33).

3.4.3 Ato ilícito ou dano injusto

Aquilo que hoje se discute na doutrina ítalo-brasileira como uma das tendências da responsabilidade civil já foi proposta há mais de três décadas por Orlando Gomes, no que ele denominou de “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”. Nas palavras do autor:

O princípio fundamental da responsabilidade civil extracontratual é tradicionalmente a obrigação por ato ilícito, de cuja definição legal se deduzem os seus elementos: subjetivo, a culpabilidade, e objetivo, a antijuridicidade. O elemento objetivo consiste na violação do preceito legal que atribui o direito subjetivo ao particular, e se a infração é culposa, o infrator torna-se responsável, sofrendo a sanção do ressarcimento. Informa Tucci que essa construção lógica é hoje discutível (...) Substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto, mais ampla e social (...) Para se ter uma noção bem clara do dano injusto, é preciso definir o significado da expressão bem jurídico. Entende-se como tal, não só os direitos subjetivos, mas também: a) os direitos da personalidade; b) certos direitos de família; c) direitos de crédito; d) interesses legítimos (...) a ressarcibilidade estende-se à lesão de todo bem jurídico protegido, dilata a esfera da responsabilidade civil e espicha o manto de sua incidência (GOMES, 1989, p. 294-296).

Trata-se, portanto, de uma mudança de enfoque da responsabilidade civil, que, em seu processo evolutivo, possuindo a tutela da pessoa humana como norte, deixou de preocupar-se exclusivamente com o comportamento doloso ou culposos do agente causador do ato ilícito, para centrar-se na efetiva tutela da vítima.

Conforme apontado por Orlando Gomes, a responsabilidade civil, na perspectiva proposta, permite detectar outros danos ressarcíveis, já que vai além do direito subjetivo para abranger outros bens jurídicos, partindo-se, desse modo, da noção de ato ilícito para dano injusto, segundo ele mais amplo e social (GOMES, 1989, p. 295).

A moderna doutrina italiana, berço do instituto do dano injusto, tem ampliado o seu conceito, não mais compreendido apenas como lesão a direito subjetivo, aquele expressamente previsto na norma, passando a abranger a lesão aos interesses legítimos (aqueles merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico). Nessa perspectiva,

Applicandosi la regola generale che estende la nozione di *danno ingiusto* anche la lesione di interessi protetti non eretti in diritti soggettivi, è consequenziale l'ammissibilità del risarcimento del danno consistente nella lesione di *interessi legittimi* (ALPA, 1999, p. 542)¹⁰⁹.

Em outra oportunidade, Guido Alpa afirmou que o termo “injustiça” do dano constitui uma cláusula geral, introduzida pelo Código Civil italiano de 1942, no artigo 2.043¹¹⁰, que foi construída em sede acadêmica e jurisprudencial, ao longo do tempo, partindo-se de um sistema rígido ou fechado, entendendo injustiça do dano apenas como lesão a direitos subjetivos, para um sistema mais aberto, alargando-se o conceito de injustiça do dano (ALPA, 2006, p. 485-489).

Cesare Massimo Bianca enfatiza que a noção de injustiça do dano ainda é objeto de debate doutrinário, na Itália, destacando-se as seguintes teses: a) trata-se de um ato não autorizado por uma norma; b) corresponde a uma lesão a um interesse suscetível de tutela segundo o princípio da solidariedade social; c) há um descompasso entre o interesse em jogo e os princípios constitucionais; d) é a lesão a um interesse merecedor de tutela, segundo o ordenamento (BIANCA, 2012, p. 586-587).

Contudo, a limitação do dano injusto à lesão de direitos subjetivos absolutos ou relativos já se encontra superada em virtude da experiência que demonstrou uma ampliação da responsabilidade extracontratual (BIANCA, 2012, p. 587-588). De igual modo, parece não admissível entender injustiça do dano como violação à solidariedade social ou a princípios constitucionais diante da generalidade de tais conceitos. Portanto, adota o autor o entendimento de que injustiça do dano é a violação a interesse merecedor de tutela, entendendo-se como tal o interesse juridicamente protegido na vida de relação (direitos da personalidade e direitos de propriedade)¹¹¹.

Correta, portanto, à luz do ordenamento jurídico italiano, a afirmação de que

¹⁰⁹ Tradução livre: Aplicando-se a regra geral que estende a noção de dano injusto também à lesão de interesse tutelado, não erigido à condição de direitos subjetivos, é consequência para a admissibilidade do ressarcimento do dano consistente na lesão de interesses legítimos.

¹¹⁰ “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno” Tradução livre: Qualquer fato doloso ou culposos, que ocasiona a outros um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano.

¹¹¹ Vale destacar a observação de Maria Celina Bodin de Moraes no sentido de que mesmo uma conduta lícita pode provocar dano injusto: “O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida” (MORAES, 2009, p. 179).

não se pode cair no erro de outrora de caracterizar a injustiça do dano com base no conceito de ato ilícito. No novo cenário jurídico, após a Sentença nº 500 da Corte de Cassação, a injustiça do dano é uma exigência relacionada à lesão e não ao comportamento do agente (AMARAL, 2011, p.65).

A nova concepção de dano injusto como lesão a interesses legítimos, acolhida também pela Sentença nº 500 da Corte de Cassação italiana, justifica a indenização de um amplo espectro de danos, dentre eles o da perda da chance, que, por muito tempo, foi rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência italiana sob o argumento de que não constituía direito subjetivo.

No mesmo sentido, Sérgio Savi afirma que o dano injusto se apresenta como mais um fundamento para justificar a indenização do dano pela perda da chance, ao afirmar que

a perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano (SAVI, 2012, p. 119).

Do exposto, com o alargamento do conceito de dano injusto, entendido como lesão a um interesse merecedor de tutela, esteja previsto ou não na norma, deve ser agasalhado pelo ordenamento jurídico comprometido com a efetiva tutela da pessoa humana.

3.4.4 Dano certo ou dano incerto

Para a correta compreensão da teoria da perda da chance, torna-se fundamental a distinção entre dano certo ou efetivo e dano incerto, também denominado eventual ou hipotético, justamente para que não haja confusão entre perda da chance e dano eventual.

É considerado dano certo aquele capaz de ser provado, seja dano presente, cuja ocorrência tenha sido demonstrada, ou dano futuro, cuja ocorrência seja verossímil. Por outro lado, nos danos eventuais, ou incertos, os prejuízos são de verificação duvidosa, meramente hipotéticos (NORONHA, 2013, p. 605).

No mesmo sentido, Matilde Zavala de González faz a distinção entre ambos, conceituando dano certo como aquele que realmente existe (dano presente) ou com séria probabilidade de ocorrência (dano futuro), ao passo que o dano eventual é aquele meramente conjectural, sem que seja verossímil. Acrescenta a autora, ainda, que o dano certo é indenizável, não ocorrendo o mesmo em relação ao dano incerto (ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2004, p. 87)¹¹².

Desde a Sentença nº 6.506, de 19 de novembro de 1985, proferida pela Suprema Corte italiana, firmou-se a jurisprudência daquele país no sentido de considerar a perda da chance como um dano certo (CARNEVALE, A; SCARANO, G, 2010, p. 158).

No mesmo caminho da jurisprudência, a doutrina italiana entende a perda da chance como um dano certo, e não eventual. Nessa senda, parece não haver divergência doutrinária, destacando-se, dentre outros, Giuseppe Cassano (2012, p. 591)¹¹³, Cesare Massimo Bianca (2012, p.182)¹¹⁴, Ludovico Berti (2013, p.120)¹¹⁵ e Domenico Chindemi (2010, p.5)¹¹⁶.

Ainda no campo do direito comparado, na Argentina, onde a teoria encontrou campo fértil para sua evolução, Félix Alberto Trigo Represas (2008, p.7) assegura que “prácticamente la totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia aceptan que, para que el daño sea resarcible, debe ser cierto”. No mesmo sentido, esclarece Matilde Zavala de González (2004, p. 87), ao afirmar que “el resarcimiento no

¹¹² Cita-se a lição de Fernando Noronha (2013, p. 606): “Os danos meramente hipotéticos, sejam presentes ou futuros, nunca são suscetíveis de reparação. Só os danos certos, sejam à pessoa ou a coisas, sejam diretos ou indiretos, sejam ainda presentes ou futuros, podem ser considerados verdadeiros danos”.

¹¹³ “Deve però trattarsi [a perda da chance] di un danno certo”. Tradução livre: “Deve-se, porém, tratar [a perda da chance] como um dano certo”.

¹¹⁴ “La chance rivela (...) un danno certo ed attuale (la perdita dell'occasione favorevole di partecipare ad una gara, ad un concorso, ad una lotteria, ecc.)”. Tradução livre: “A chance revela um dano certo e atual (a perda da ocasião favorável de participar de uma competição, um concurso, uma loteria etc.)”.

¹¹⁵ “non si tratta quindi di un danno meramente ipotetico o eventuale che si riferisce ad un risultato del tutto incerto, insuscettibile pertanto di essere rissarcito, ma di un danno concreto ed attuale inteso come perdita della 'possibilità' di conseguire quel determinato risultato”. Tradução livre: “Não se trata, portanto, de um dano meramente hipotético ou eventual que se refira a um resultado de todo incerto, insuscetível, portanto, de ser ressarcido, mas de um dano concreto e atual entendido como perda da possibilidade de conseguir aquele determinado resultado”.

¹¹⁶ “(...) dovendo trattarsi di un pregiudizio concreto, e non ricollegato ad un'ipotesi congetturale, che è stato in più occasioni ravvisato nell'occasione concreta di ottenere un rapporto di lavoro, di partecipare com esito positivo ad un concorso ma anche ad un'ipotesi di sopravvivenza o esito favorevole di un trattamento terapeutico.” Tradução livre: “(...) devendo tratar-se de um prejuízo concreto, e não relacionado a uma hipótese conjectural, reconhecido com frequência nas oportunidades concretas de obter uma vaga de emprego, de participar com êxito em um concurso, bem como na hipótese de sobrevivência ou êxito em um tratamento terapêutico”.

extiende entonces a la totalidad del beneficio esperado, sino que se ciñe al valor de la oportunidad frustrada de lograrlo”. Por fim, arremata Eduardo Zannoni (2005, p.105) afirmando que a privação da esperança do sujeito causa dano porque “lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la chance y no el beneficio esperado, como tal”¹¹⁷.

A doutrina brasileira também afirma a necessidade de o dano pela chance perdida ser certo. Nesse sentido, dentre outros, citam-se Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 105)¹¹⁸, Anderson Schreiber (2013a, p.196)¹¹⁹, Daniel Amaral Carnaúba (2013, p.109)¹²⁰, Rafael Peteffi da Silva (2013, p.13-14)¹²¹, Sérgio Savi (2012, p. 121-122)¹²², Flávio da Costa Higa (2012, p.61)¹²³, Sérgio Severo (1996, p. 14)¹²⁴, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010, p. 167)¹²⁵, Sergio

¹¹⁷ Merece destacar a relevância do trabalho de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 49 e ss.) para a ciência jurídica brasileira em virtude do seu pioneirismo em abordar a teoria da perda da chance não somente sob o enfoque da doutrina italiana e francesa, mas também argentina, o que, aliás, serviu de inspiração, no presente trabalho, para a pesquisa das obras dos mencionados autores portenhos. Mais recente, o estudo da perda da chance, também com respaldo na doutrina argentina, foi objeto de pesquisa de Flávio da Costa Higa (2012, p. 63 e ss.).

¹¹⁸ “A possibilidade de auferir a vantagem ou evitar o prejuízo já é parte integrante do patrimônio do sujeito no momento do evento danoso que a subtrai definitivamente. É dano atual, portanto, certo”.

¹¹⁹ “Imagine-se a situação de um artista plástico que é impedido de participar de certa exposição comercial, na qual já está inscrito, porque o transportador não entregou suas telas a tempo. Nada garante que o artista venderia algum quadro. Tal resultado é hipotético, aleatório, dependeria de outros fatores. Não há dúvida, contudo, de que o artista perdeu a oportunidade de vendê-los. A teoria da perda da chance atribui relevância jurídica a essa oportunidade perdida, independentemente do resultado que se produziria ou não. Como se vê, a perda da chance não configura dano hipotético. Hipotético é o prejuízo consubstanciado na perda do resultado da oportunidade (no caso, a venda, não a perda da oportunidade em si) ”.

¹²⁰ “A reparação não buscará mais recolocar a vítima na situação na qual ela se encontraria sem o evento danoso – um futuro hipotético e incerto -, e se preocupará em devolvê-la à situação na qual ela se encontrava antes desse evento- um passado certo”.

¹²¹ “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. Essa probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza”

¹²² “Enquanto a completa realização da possibilidade deva ser considerada de difícil demonstração em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos, o problema da certeza resta implicitamente superado se se considerar a chance como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão”.

¹²³ “É, portanto, a lesão de um interesse juridicamente protegido, que redunde em um dano certo, que enseja a sua reparação”.

¹²⁴ “Além da condição da certeza do dano, encontra-se também a de que o interesse seja legítimo (...)”.

¹²⁵ “Fica claro, assim, que o 'perdido, o frustrado, na realidade, é a chance e não o benefício esperado como tal'. Por isso, na perda de uma chance, há também o prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. Repara-se a chance perdida, e não o dano final’.

Cavaliere Filho (2014, p.99)¹²⁶ e Fernando Noronha (2013, p. 702)¹²⁷.

No Brasil, a jurisprudência também reconhece que a perda da chance implica em dano certo, e não meramente eventual, o que restou reconhecido, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça ao assentar que: “esta modalidade de reparação do dano [pela perda da chance] tem como fundamento a probabilidade e uma certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”¹²⁸.

É importante mencionar o acerto do entendimento jurisprudencial supracitado, em harmonia com a doutrina nacional e estrangeira, conforme demonstrado. Isso porque a reparação de um dano somente se justifica se o dano for certo; do contrário, se hipotético, o pedido de reparação deve ser julgado improcedente¹²⁹. Se hipotético, portanto, não existiria a possibilidade de se falar em indenização pela perda da chance.

Contudo, deve ficar claro que a certeza do dano, em se tratando de perda da chance, não está relacionada com a certeza de concretização do resultado final. Se houvesse elementos que conduzissem à conclusão de que a vítima alcançaria o resultado pretendido, não se trataria de perda da chance, mas, sim, de lucros cessantes¹³⁰.

¹²⁶ “Não se exige a certeza do dano, basta a certeza da probabilidade. Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance: a certeza da probabilidade”.

¹²⁷ “O dano da perda da chance, para ser reparável, ainda terá de ser certo, embora consistindo somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo”.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.308.719/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ: 01.07.2013.

¹²⁹ Nesse sentido, Rui Stoco destaca: “Para que surja o direito à indenização, o prejuízo deve ser certo. É regra essencial da reparação. Com isto se estabelece que o dano hipotético, como já ficou antes evidenciado, não justifica a reparação” (STOCO, 2001, p. 972).

¹³⁰ Já se pode antecipar que, apesar da proximidade entre os conceitos de perda da chance e lucros cessantes, eles não se confundem. “Na perda da chance, paira a incerteza do acontecimento, ou seja, não se sabe se a vantagem final seria alcançada ou se o lesado teria conseguido evitar o prejuízo. Ao passo que no lucro cessante, sabe-se que se alcançaria uma vantagem, devido às circunstâncias do caso concreto” (AMARAL, 2011, p. 103). Em outras palavras, Flávio da Costa Higa, valendo-se das lições de Daniel Amaral Carnaúba e Félix Alberto Trigo Represas, afirma que o evento aleatório aproxima a perda da chance dos lucros cessantes. Contudo, a diferença entre os dois institutos se faz pelas presunções em relação aos lucros cessantes e pelas probabilidades em relação à perda da chance. Nesses termos, na perda da chance, “o juízo é de probabilidade, mas não no sentido de se supor qual seria o estado atual da vítima diante da incoerência do ato ilícito (teoria da diferença), mas de se calcular qual seria a probabilidade de o ofendido obter o resultado final esperado, em termos percentuais. Já na segunda hipótese [lucros cessantes], o grau de probabilidade de que os fatos idôneos (pressupostos constitutivos) necessários à percepção da vantagem ocorram é tão grande, por decorrer do andamento normal da vida, que leva o intérprete a presumi-lo, mediante a formulação de um raciocínio hipotético de como os acontecimentos naturais se dariam sem a ocorrência do ilícito. Portanto, o sustentáculo de aferição dos lucros cessantes é informado, nos termos do Código Civil tedesco, pelo que razoavelmente se podia esperar que ocorresse dentro de

Na perda da chance, a certeza do dano está em compreender que as chances sérias e reais que possui uma pessoa pertencem ao patrimônio do lesado e, portanto, já possuem um valor em si mesmas¹³¹, independentemente do resultado final. Assim, quando ocorre uma interrupção indevida no processo aleatório, lesando as chances da vítima, surge um dano ressarcível certo, e não meramente hipotético. Por isso, afirma-se que: “a indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem, e não pela perda da própria vantagem” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 99).

Nesses termos, a perda da chance dispensa a certeza da realização do resultado final, contentando-se com a lesão às próprias chances de que gozava a vítima, no momento do evento danoso. Entretanto, deve-se destacar que o resultado final é importante para a teoria na medida em que ele permitirá ao julgador apurar qual a probabilidade de essas chances se concretizarem¹³², ou seja, verificar se as chances eram sérias e reais a ponto de merecer a tutela jurídica.

Contudo, tal posicionamento não é unânime. Percebe-se em alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o entendimento de que o dano pela perda da chance constitui uma modalidade de dano situada entre o dano certo e o dano eventual, conforme o seguinte aresto:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE CHANCE DE PARTICIPAR DE SORTEIO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AFASTADA. A certeza quanto à existência do dano, presente ou futura, exigida como

um determinado padrão, que atenta para um aspecto geral – curso normal das coisas- e outro especial – circunstâncias peculiares do caso concreto” (HIGA, 2012, p. 68-69).

¹³¹ Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral se debruça sobre a noção de chance como um bem integrante ao patrimônio do lesado. Para tanto, parte do conceito econômico de patrimônio para reconhecer na chance perdida uma utilidade econômica, concluindo que a sua lesão configura dano patrimonial. Nesse sentido, vale transcrever: “Patrimonial é o dano, portanto, cuja origem seja a lesão que recaia sobre um interesse afeto ao patrimônio da vítima (em sentido econômico, como exposto, representado pelos bens economicamente úteis sobre os quais o lesado detém poder de disposição) (...) as expectativas de auferir um resultado vantajoso, apesar de não negociáveis ou passíveis de troca (...), apresentam-se como utilidade econômica. A partir do reconhecimento da reparabilidade da lesão a interesses legítimos, inúmeras decisões passaram a admitir a chance como portadora de valor econômico quando individualmente considerada (...) as possibilidades de obtenção de vantagens por meio de um processo aleatório no qual o sujeito está inserido, tem relevância econômica e sua interrupção, ensejadora de lesão a interesse relativo ao patrimônio do indivíduo, configura hipótese de dano patrimonial” (AMARAL, 2011, p. 74-78).

¹³² Nesse sentido, “a chance é bem autônomo e independente do resultado final, que deve ser apreciada, levando-se em consideração a vantagem final esperada, apenas, para aplicação de um critério de prognóstico que reflita somente as possibilidades de sucesso do benefício esperado pelo lesado, seja na busca de uma situação vantajosa, seja na tentativa de impedir o advento de um dano” (AMARAL, 2011, p.105).

requisito de sua reparabilidade, não deve ser enfocada de forma absoluta, pois entre o dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, situa-se a denominada 'perda de chances', mas a pretensão indenizatória, pela perda de uma chance, nasce da probabilidade de ganho na hipótese de conduta diversa do terceiro, não bastando a mera possibilidade. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO¹³³.

Os julgados mencionados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul são antigos e parecem não revelar a posição atual do tribunal em relação à questão, já que os novos julgados mencionam, expressamente, o caráter de certeza das chances perdidas, conforme se extrai da seguinte decisão:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE. INEXISTÊNCIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS A SEREM INDENIZADOS. A aplicação da teoria da perda de uma chance, que objetiva responsabilizar o advogado pela perda da possibilidade do cliente de buscar uma situação mais vantajosa no processo, necessita de demonstração de que a negligência ou desídia do profissional tenha ensejado a perda de uma chance séria e real, que tangencia a certeza, não hipotética ou duvidosa, o que não ocorreu na espécie. Ausência de prova de nexo de causalidade entre a conduta do réu e o suposto prejuízo. Apelo desprovido¹³⁴.

Pode-se concluir, portanto, com base na doutrina e na jurisprudência majoritária, que a teoria da perda da chance apresenta-se como dano certo, e não como dano hipotético, pois a chance perdida constitui o patrimônio da vítima¹³⁵,

¹³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 598313682, Nona Câmara Cível, Relatora: Mara Larsen Chechi, Julgado em 07.04.1999. Outros dois julgados da mesma relatora também revelam o mesmo entendimento: Apelação Cível Nº 598310571, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 07.04.1999; Apelação Cível Nº 70001897719, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 09.10.2002.

¹³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70062000450, Décima Quinta Câmara Cível, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 15.04.2015.

¹³⁵ A ideia da perda da chance como parte integrante do patrimônio do lesado surge no direito italiano a partir de Adriano De Cupis (1966, p. 264), seguido por Maurizio Bocchiola (1976, p. 74) e Vincenzo Zeno-Zencovich (1986, p. 211). A doutrina italiana tem seguido tal entendimento, o que fica evidente em Domenico Chindemi (2010, p. 5) e Ludovico Berti (2013, p. 121). Conforme se verifica da leitura de Giuseppe Cassano (2012, p. 590-591), a Corte de Cassação italiana, em importantes precedentes, também tem reiterado que a chance constitui um componente do patrimônio do sujeito, tratando-se de um dano presente e não futuro, razão pela qual deve ser considerada um dano emergente (Corte de Cassação, Seção III, Sentença nº 9.598, de setembro de 1998; Sentença nº 10.291, de 27 de julho de 2001). No Brasil, cita-se Agostinho Alvim como um dos precursores em abordar a perda da chance como o patrimônio do lesado, ao afirmar que “uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir favoravelmente no seu patrimônio” (ALVIM, 1980, p. 192). Sérgio Savi, reproduzindo os ensinamentos da doutrina italiana, aborda a perda da chance como um bem integrante do patrimônio

sendo certa a sua perda, embora o resultado final pretendido pela vítima seja incerto.

3.4.5 Dano presente ou dano futuro

Outro ponto relevante no estudo do dano pela perda da chance é saber se está a tratar de um dano presente (atual) ou de um dano futuro. A distinção entre ambos é apresentada por Fernando Noronha:

Os danos são classificados de presentes (ou atuais) e futuros considerando o momento em que é proferida a decisão que obriga a repará-los, e não aquele em que se produziu o fato danoso. São danos presentes, ou atuais (ou como às vezes também se diz, mas menos adequadamente, pretéritos), os danos efetivamente ocorridos, isto é, os já verificados no momento em que são apreciados; são futuros os danos que só ocorrerão depois desse momento, embora ainda como consequência adequada do fato lesivo. E são danos futuros não só aqueles que constituem prolongamento no tempo de um dano que já existe agora, como aqueles que só se manifestarão mais adiante, embora em decorrência do fato antijurídico lesivo que está sendo considerado (NORONHA, 2013, p. 603).

Interessante observar do conceito apresentado que a distinção entre dano presente e futuro toma por base o momento em que é proferida a decisão que determina a reparação dos danos, e não o momento do evento danoso. Assim, quando o juiz profere uma sentença condenatória à reparação de danos, se os danos forem conhecidos, estar-se-á diante de danos presentes. Por outro lado, se somente ocorrerem após este momento e como consequência lógica do fato lesivo, será considerado dano futuro¹³⁶.

da vítima, ao afirmar que "(...) a chance poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual (...)" (SAVI, 2012, p. 122). Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 14) também visualiza na chance perdida um inegável valor pecuniário independente do resultado final. Na mesma linha, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral defende que "(...) as possibilidades de obtenção de vantagens por meio de um processo aleatório no qual o sujeito está inserido tem relevância econômica e sua interrupção, ensejadora de lesão a interesse relativo ao patrimônio do indivíduo, configura hipótese de dano patrimonial" (AMARAL, 2011, p. 77-78). Destaca-se também a consideração de Daniel Amaral Carnaúba (2013, p. 168-169) ao afirmar que "a chance passa a ser considerada um 'patrimônio anterior' do interessado. Disso conclui-se que a chance perdida é um dano emergente". Sobre o aprofundamento do estudo da chance como patrimônio, ver também nota de rodapé nº 131.

¹³⁶ Em breves linhas, Giuseppe Cassano resume a questão: "Il danno presente è quello già perfettamente esistente al momento della pronuncia della sentenza, metre l'altro [futuro] è rappresentato da quello che a tale momento è solo prevedibile (CASSANO, 2012, p. 587). Tradução

Nessa linha, constitui típica hipótese de dano futuro a falta financeira sentida pelo cônjuge do *de cuius* nos anos seguintes à sua morte (BIANCA, 2012, p. 178). Outras hipóteses foram colhidas de decisões proferidas pela Corte de Cassação italiana por Giuseppe Cassano (2012, p. 588): despesas que o lesado deve suportar no futuro em relação ao evento danoso relativas à cura e à assistência (Sentença nº 495, de 20.01.1987; Sentença nº 6.082, de 03.07.1996); reconhecimento da invalidez temporária e também permanente de um estudante menor de idade, vítima de um evento danoso (Sentença nº 2.150/1989).

Na jurisprudência brasileira, também se vislumbra o reconhecimento de danos futuros. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que começa a correr a prescrição, em casos envolvendo danos futuros, “de manifestação diferida, protraída ou prolongada”, a partir da identificação da lesão¹³⁷. No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio do Grande do Sul que o objetivo da ação de nunciação de obra nova é evitar dano futuro. Se já acabada a obra, porém, é cabível apenas a ação demolitória¹³⁸.

Apresentado o conceito de dano presente e futuro, bem como exemplos de sua ocorrência, conforme doutrina e jurisprudência, resta perquirir, no presente momento, em qual deles se enquadra o dano pela perda da chance.

Valendo-se do direito comparado, percebe-se que, na Itália, a jurisprudência inicial sobre a matéria enquadrava o dano pela perda da chance como um dano futuro, como fez a Corte de Cassação, na Sentença nº 9.598, em 25.09.1998. Somente após atenta reflexão sobre o instituto, passou-se a afirmar que o dano pela perda da chance trata-se de um dano atual, tal como decidiu a Corte de Cassação, na Sentença nº 11.322, de 21.07.2003 (CHINDEMI, 2010, p. 10-11).

Atualmente, a doutrina italiana também se inclina no sentido de reconhecer a perda da chance como dano atual, e não dano futuro. Nesse sentido, destaca-se a afirmação de Cesare Massimo Bianca no sentido de que, diversamente do dano

livre: “O dano presente é aquele já perfeitamente existente no momento do pronunciamento da sentença, enquanto o outro [futuro] é representado por aquilo que em tal momento é somente previsível”. No mesmo sentido, são as lições da doutrina argentina: “(...) jurídicamente se califica al daño como presente o actual cuando es anterior al proceso judicial – por eso, se lo llama también daño pasado -, y futuro si ha de producirse o continuar más allá del litigio” (GOZÁLEZ, 2004, p. 88).

¹³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.236.863/ES, Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 27.02.2012.

¹³⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70048641252. Rel. Des. Liege Puricelli Pires. DJ: 13.09.2012.

futuro, que requer uma razoável certeza do resultado final, o dano da perda da chance é um dano atual determinável, em via equitativa, pela maior ou menor probabilidade de a chance perdida trazer um resultado favorável (BIANCA, 2012, p. 179). No mesmo sentido, destaca-se o entendimento de Giuseppe Cassano (2012, p. 591) para quem a chance perdida constitui um bem patrimonial, jurídica e economicamente valorável, cuja perda produz um dano atual e ressarcível. Armando Pontecorvo (1997, p.447) ratifica que se trata de um dano presente, excluindo qualquer possibilidade de dano futuro. Ludovico Berti também comunga do mesmo entendimento, merecendo destaque a seguinte passagem de seu pensamento:

La chance viene vista come una attitudine attuale (e non futura) del soggetto a realizzare un futuro risultato che quindi costituisce una componente del suo patrimonio personale cosicché, nel momento di verificazione dell'evento dannoso, l'utilità, quale possibilità di conseguire un risultato utile, è già parte del suo bagaglio, costituendo un danno presente e non futuro (BERTI, 2013, p. 121)¹³⁹.

A jurisprudência brasileira atual também parece seguir a orientação da doutrina italiana no sentido de reconhecer tratar-se de dano atual as chances perdidas. Nesse sentido, cita-se o seguinte julgado emanado do Superior Tribunal de Justiça:

[...] A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável¹⁴⁰.

A doutrina brasileira, por outro lado, não apresenta um pensamento uniforme. Fernando Noronha, por exemplo, no rumo da doutrina italiana, sustenta que as chances perdidas são sempre dano presente:

¹³⁹ Tradução livre: A chance é vista como uma atitude atual (e não futura) do sujeito de realizar um futuro resultado que então constitui um componente de seu patrimônio pessoal de modo que, no momento de verificação do evento danoso, a utilidade, como possibilidade de conseguir um resultado útil, já faz parte de sua bagagem, constituindo um dano presente e não futuro.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1104665/RS. Rel. Min. MASSAMI UYEDA. DJ 04.08.2009. Verifica-se que o julgado se refere à perda da chance como dano certo. Nesse sentido, ver a discussão realizada no subcapítulo 3.4.4 no tocante à certeza do dano e à distinção entre perda da chance e lucros cessantes.

[...] o dano da chance perdida será sempre não só dano certo, como também dano presente, ainda que possa dizer respeito à frustração de uma vantagem que poderia vir a acontecer no futuro (dano final futuro) ou à frustração da possibilidade de se ter evitado um prejuízo efetivamente verificado (dano final presente) (NORONHA, 2013, p. 703-704).

Por outro lado, há quem sustente que a perda da chance pode apresentar-se como dano presente ou dano futuro a depender do caso concreto. Assim, se no momento da sentença, o juiz conseguir precisar os danos sofridos, estar-se-á diante de um dano certo. Por outro lado, caso não seja possível, porque o processo aleatório não chegou ao fim, estar-se-á diante de um dano futuro. Sustenta-se, inclusive, a possibilidade de a perda da chance apresentar-se como dano certo e dano futuro, simultaneamente. Dentre tais doutrinadores, inclui-se Rafael Peteffi da Silva, que expõe o seu pensamento nos seguintes termos:

Nos casos clássicos do advogado que perde o prazo do recurso de apelação, do cavalo que é impedido de correr um páreo, ou do empresário que não pôde participar de uma licitação, as consequências da perda de uma chance já foram totalmente observadas no momento da sentença, constituindo, desse modo, somente danos atuais.

Por outro lado, também é possível encontrarem-se modalidades de danos futuros em espécies de perda de uma chance, como no caso do acidentado que perde a chance de obter um emprego mais lucrativo no futuro. Aliás, poder-se-ia imaginar um exemplo em que haveria danos presentes e futuros, sendo observados no momento da decisão jurisprudencial: se o médico fez o paciente perder a chance de evitar uma deformidade física permanente, têm-se as despesas com possíveis próteses que já tenham sido adquiridas e implantadas como danos presentes, enquanto a diminuição da capacidade laborativa que subsistirá por toda a vida da vítima seria uma espécie de dano futuro (SILVA, 2013, p. 112-113).

Na mesma linha, Sérgio Severo também afirma a possibilidade de dano atual e futuro para as chances perdidas, conforme seguinte passagem:

A chance de obter uma vantagem pode ser vislumbrada no clássico exemplo doutrinário do cavalo impossibilitado de participar de uma corrida por culpa do transportador, ou do pintor impedido de expor suas telas por culpa do transportador, perdendo a chance de ser premiado. Trata-se de situações já enfrentadas pelos tribunais franceses, em que o prejuízo causado pela perda da chance de obter uma vantagem não gera consequências para o futuro, representando, portanto, um dano atual.

Já na situação da viúva de um estudante do último ano de medicina, que já estagiava em uma clínica, frustraram-se as vantagens que teria pelo desenvolvimento de sua carreira; assim como na situação da pessoa privada de participar de um concurso por culpa de terceiro. Em ambos os casos se estará diante de situações com consequências futuras, logo, de um dano futuro (SEVERO, 1996, p. 12).

Mesmo Sérgio Savi, estudioso da perda da chance a partir da doutrina italiana, afirma que as chances perdidas, na maioria das vezes, constituem um dano atual, o que permite concluir, *mutatis mutandis*, que admite a possibilidade de dano futuro para as chances perdidas, ao afirmar que a “perda de chance é normalmente um dano presente, tendo em vista que a chance, quase sempre, é perdida no mesmo momento em que se verifica o fato danoso” (SAVI, 2012, p.19). Em outra passagem, também afirma o citado autor: “ (...) a chance (...) cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual (...)” (SAVI, 2012, p. 122).

Expostos os conceitos e a divergência em torno da classificação das chances perdidas como dano presente ou dano futuro, visualiza-se o acerto da doutrina italiana que reconhece a perda da chance como dano presente, e não dano futuro. Isso porque, no momento em que o juiz profere a sentença pela perda da chance, o dano já ocorreu, pois a chance, já integrante ao patrimônio da vítima¹⁴¹, restou perdida.

Assim, mesmo nos casos relativos à seara médica, no momento da sentença, o magistrado, obrigatoriamente, possui condições de afirmar se a chance foi perdida, ou não. Ora, se não fosse possível ao magistrado perquirir se houve a perda da chance, no momento da sentença, a consequência lógica seria a improcedência do pedido. O que pode ocorrer é que, no momento da sentença, o magistrado não tenha provas da extensão do dano, o que implicaria em julgar procedente o pedido de perda da chance, já que esta é certa, e deixar a fixação do *quantum* indenizatório para a fase de liquidação de sentença.

3.4.6 Chances sérias e reais

A doutrina brasileira repete que a indenização pela perda da chance somente

¹⁴¹ Sobre a perda da chance como integrante do patrimônio do lesado, ver notas de rodapé nº 131 e 135.

ocorrerá caso a chance perdida seja séria e real. Excluem-se de tal rol, por certo, aquelas chances advindas de simples esperança ou da mera expectativa da parte. Fica evidente tal concepção no pensamento de Sergio Cavalieri Filho, ao afirmar que

É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada (...) 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 (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98).

O entendimento supracitado é, inclusive, encampado pela jurisprudência brasileira, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça:

A jurisprudência desta Corte admite a responsabilidade civil e o conseqüente dever de reparação de possíveis prejuízos com fundamento na denominada teoria da perda de uma chance, "desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória"¹⁴²

Sobre a origem da exigência de chances sérias e reais, Daniel Amaral Carnaúba revela que elas advêm da jurisprudência francesa, como forma de limitar a propositura de demandas inúteis e demandas especulativas:

exclusão de demandas insignificantes é um contrapeso tão importante à frouxidão da técnica que a jurisprudência terminou por forjar uma expressão própria ao campo da reparação de chances: para ser reparável, afirmam reiteradamente os juízes franceses, a chance perdida deve ser real e séria. De origem jurisprudencial, o requisito recebeu a aprovação unânime da doutrina (...) Pode-se assim concluir que os tribunais franceses têm dois objetivos em mente quando exigem que a chance reparável seja real e séria: de um lado, desejam evitar que a reparação de chances seja empregada em prol de interesses ignóbeis. De outro, que a técnica se torne um subterfúgio às demandas especulativas (CARNAÚBA, 2013, p. 125).

Mas a questão que se põe é: como perquirir se as chances são sérias e reais ou mero desejo ou suposição da parte? Qual critério adotar?

De modo a obter uma resposta, verifica-se que, na Itália, por exemplo, desde

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 614.266/MG. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ 2.8.2013.

as primeiras decisões proferidas pela Corte de Cassação, como aquela datada de 19 de dezembro de 1985, a Sentença nº 6.506, afirmava-se que “la possibilità di un risultato favorevole era entrata a far parte del suo patrimonio e si era già tradotta, con una percentuale di almeno il 50% di probabilità, in quasi-certezza del risultato stesso” (ZENO-ZENCOVICH, 1986, p. 211)¹⁴³.

Na mesma linha da jurisprudência, a doutrina italiana afirmou que o critério superior a 50%, apesar de muito rigoroso, mostra-se adequado por permitir verificar a probabilidade de chance perdida, no caso concreto, por critério de estatística (PONTECORVO, 1997, p. 450).

No Brasil, Sérgio Savi também é adepto da fixação dos percentuais, enfatizando que considera chances sérias e reais apenas aquelas que superam o percentual de 50%, sendo suas as palavras:

Entendemos que somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência do dano, e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização (SAVI, 2012, p. 122-123).¹⁴⁴

As críticas à fixação em porcentagem superior aos 50% para a configuração das chances perdidas, contudo, com inteira razão, não passam despercebidas pela doutrina.

No Brasil, Fernando Noronha (2013, p.701) diz não parecer razoável conceder a reparação de chances perdidas quando o percentual fosse 51% e recusá-la quando fosse 49%, já que não há possibilidade de deixar um dano sem a competente reparação, mesmo quando inferior aos 50%. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral também comunga do mesmo entendimento, afirmando que a desvinculação “de um percentual mínimo constitui solução mais justa, por conceder ao juiz a possibilidade de auscultar os fatos que permitam a sua convicção da justiça do dano, proporcionando uma decisão equânime” (AMARAL, 2011, p. 153). Por fim, Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 141-142) também condena a seriedade das chances

¹⁴³ Tradução livre: “a possibilidade de um resultado favorável fazia parte do seu patrimônio e era já traduzida, com um percentual de ao menos 50% de probabilidade, em quase certeza do próprio resultado”.

¹⁴⁴ Sobre o conceito de chance em estatística, ver tópico 3.2. Quanto às críticas à utilização da estatística para a quantificação do dano pela perda da chance, ver tópico 5.2.2.

com base no percentual dos 50%, afirmando que a Itália ficou isolada nesse entendimento, que não encontra guarida em outros países. É do citado autor, inclusive, a autoria do Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, redigida nos seguintes termos:

Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos (SILVA, 2013, p. 142)¹⁴⁵.

A jurisprudência brasileira majoritária¹⁴⁶ também não adota a limitação do percentual superior a 50%, conforme se extrai do julgado conhecido como O Show do Milhão, em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu à candidata, que teve tolhida a oportunidade de obter o prêmio máximo oferecido pelo programa televisivo, o dano pela perda da chance no percentual de 25%¹⁴⁷.

Na própria Itália, é importante que se diga que o critério de mensuração das chances perdidas, via percentual, também tem sido questionado, conforme fizeram Aldo Carnevale e Generoso Scarano (2010, p. 159), citando, inclusive, a Sentença nº 4.725, de 22 de abril de 1993, proferida pela Corte de Cassação italiana, que reconheceu a perda da chance com base em critério inferior a 50%. Colhe-se, aliás, outro recente julgado em que foi reconhecido o direito à perda da chance à paciente que tinha 41% de chance de sobrevivência se fosse realizado o procedimento quimioterápico correto¹⁴⁸. Já se decidiu também pelo reconhecimento de chances

¹⁴⁵ Apesar de Rafael Peteffi da Silva se referir em sua obra ao Enunciado 443, há um equívoco, já que o número correto do Enunciado é 444, conforme consta dos anais do evento. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 09 ago. 2015.

¹⁴⁶ É importante que se frise que a jurisprudência majoritária não adota o percentual de 50%. Contudo, há entendimento que acolhe tal percentual, inclusive presente em julgado recente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: “A teoria da perda de uma chance, oriunda do direito francês, incide em situações nas quais o possuidor de chance efetiva de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo vê-la frustrada em razão de um dano. Somente será possível indenizar a chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência da chance e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0056.10.010835-8/001, Relator: Des. Otávio Portes, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/04/2015, publicação da súmula em 27.04.2015).

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 788459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ: 13.03.06.

¹⁴⁸ ITÁLIA. Corte de Cassação. Sentença n. 7195, de 27 de março de 2014. Disponível em:

perdas de percentuais entre 30-40%, como fez o Tribunal de Monza, em 2007 (BERTI, 2013, p. 121).

Destarte, fica evidente, inclusive no direito italiano, que há uma acertada desvinculação do julgador de um parâmetro percentual rígido para o reconhecimento da seriedade das chances. No Brasil, houve vozes isoladas na doutrina a defendê-lo, conforme demonstrado, porém prevaleceu, quer na doutrina, quer na jurisprudência, o distanciamento de um patamar numérico.

Mas, diante dessa perspectiva, com o correto afastamento da exigência do percentual de chance superior a 50%, como aferir se uma chance é séria?

O ponto de partida é filosófico, perquirindo o que é a seriedade da chance, em filosofia, para que se possa chegar, posteriormente, a uma resposta jurídica. Nesse sentido, entender o conceito de “medida”, nomenclatura utilizada por Hegel¹⁴⁹ e encampada no estudo de Flávio da Costa Higa, é fundamental para a compreensão da seriedade da chance:

E o conceito de seriedade que ora se propõe, a fim de fornecer os matizes da substantificação do conceito abstrato, deve ser alcançado quando o intérprete vislumbrar a “medida”, o quanto qualitativo, que é o momento, averiguado concretamente, em que a soma de uma determinada quantidade de chances (variável de acordo com as circunstâncias) tem o condão de comutar-se em algo juridicamente tutelável, ou seja, o ponto exato em que as mudanças meramente quantitativas convertem-se em qualitativas (HIGA, 2012, p. 90).

Na concepção hegeliana, portanto, a chance será séria apenas quando corresponder à medida, ou seja, quando trazer em si qualidade e não mera quantidade. Portanto, não será a quantidade de chances, identificada por um determinado percentual, que dirá se ela é séria, mas, sim, a qualidade dessas chances.

Em termos jurídicos, a qualidade da chance, ou seja, a identificação de sua medida, ocorrerá na análise do caso concreto, destituída de qualquer tarificação para a seriedade, perscrutando se a chance perdida constitui um dano injusto e, portanto,

<<http://www.foroitaliano.it/cass-27-marzo-2014-n-7195-e-trib-reggio-emilia-27-febbraio-2014-i-2137-morte-per-danni-da-prestazioni-mediche-e-perdita-di-chance-di-vivere-piu-a-lungo-o-di-convivere-col-congiunto-defunto>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

¹⁴⁹ “Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), que, ao lado de Schelling e Fichte, professou a filosofia idealista na Alemanha, entre outras obras foi autor de *Philosophie des Rechts* (1821)” (NADER, 2011, p. 185).

se é merecedora de tutela. O dano injusto como uma cláusula geral a permitir ao magistrado outorgar elasticidade ao ordenamento jurídico, necessidade de um direito “vivente” (ALPA, 2006, p.486), parece ser o melhor critério para verificar a seriedade das chances em harmonia com a sistemática do direito civil moderno (MARTINS-COSTA, 1991, p. 29).

Assim, toma-se como exemplo o caso trazido por Flávio da Costa Higa (2012, p.84-85), de um possuidor de bilhete de loteria, que toda semana efetua uma aposta, mas, certa vez, no dia de realizá-la, é atropelado, perdendo a chance de efetuar o seu jogo. Se considerar a probabilidade de acerto na Mega Sena, em um jogo de seis números, será de 1 em 50.063.860, conforme dados oferecidos pela Caixa Econômica Federal,¹⁵⁰ o que, em uma disputa por um prêmio de R\$ 1.000.000,00, implicaria na perda da oportunidade de conseguir R\$ 0,02 (dois centavos). Nesse caso, tecnicamente, a chance, apesar de remota, é real, tanto é que o apostador efetua semanalmente o seu jogo. Contudo, falta-lhe um requisito: a seriedade¹⁵¹, ou seja, para efeitos jurídicos não pode ser considerada séria tal chance.

Além de Flávio da Costa Higa¹⁵², para quem, no caso da loteria, “seria um despautério tomar como meritório para efeitos de tutela jurisdicional de chances” (HIGA, 2012, p.85), compartilha do mesmo entendimento Anderson Schreiber:

Embora, em situações assim, a perda da chance continue tecnicamente existindo, a melhor doutrina tem advertido que a probabilidade de sucesso poderá ser tão desprezível que nem possa ser tida como correspondendo a um interesse digno de tutela jurídica. Não se trata, a rigor, de negar a existência à perda da chance, mas simplesmente de rejeitar o exercício concreto da pretensão indenizatória, em atenção a outras regras e princípios do ordenamento jurídico (princípio da insignificância etc.). Não raro, contudo, a jurisprudência vislumbra aqui dano hipotético, desconsiderando a oportunidade ínfima de sucesso (SCHREIBER, 2013a, p. 197).

O presente estudo se filia à tese de que, no caso concreto, o magistrado deve verificar se a chance perdida se apresenta como séria e real, devendo a seriedade

¹⁵⁰ Disponível em: <<http://www.1.caixa.gov.br/loterias/loterias/megasena/download.asp>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

¹⁵¹ Sobre o conceito filosófico e jurídico de seriedade, ver parágrafos anteriores do presente tópico.

¹⁵² Vale transcrever a observação de Higa no tocante à seriedade e à realidade das chances: “a realidade antecede a seriedade, embora somente a conjunção de ambas torne a vítima apta a pedir a reparação do dano. É possível haver uma chance real que não seja séria, mas não é possível cogitar de uma chance séria que não seja real” (HIGA, 2012, p. 85).

ser entendida como um interesse jurídico merecedor de tutela, afastando-se pretensões insignificantes.

Em relação à tese aqui adotada é interessante observar o contraponto trazido por Matilde Zavala de González (2004, p. 80), ao afirmar que danos antes ignorados ou minimizados, com o avanço das pautas culturais e científicas, podem tornar-se intoleráveis, tais como as minúsculas agressões ao meio ambiente. Afirma também que o sistema da responsabilidade civil não pode rechaçar a pretensão em razão de o dano ser mínimo, o que implicaria em deixar impune a violação à lei e desprotegido o lesado. Aliás, não se deve olvidar a clássica lição de que

O bom juiz põe o mesmo escrúpulo no julgamento de todas as causas, mesmos as mais humildes. Ele sabe que não existem grandes causas e pequenas causas, porque a injustiça não é como aqueles venenos acerca dos quais certa medicina afirma que tomados em grandes doses matam, mas tomados em pequenas doses curam. A injustiça envenena até mesmo em doses homeopáticas (CALAMANDREI, 2000, p. 348).

Entende-se que os argumentos trazidos por Matilde Zavala de González apenas ratificam a tese ora defendida. É justamente o fato de o dano injusto constituir uma cláusula geral é que se permite outorgar atualidade ao ordenamento jurídico, reconhecendo como dano injusto os danos que no passado eram considerados insignificantes e que, com o passar do tempo, passaram a ser merecedores de tutela. Essa tarefa deve competir ao magistrado, na análise do concreto, confrontando os critérios de seriedade e realidade das chances perdidas.

Deve-se também enfatizar que o princípio da integral reparação dos danos necessita ser compatibilizado com outros princípios do ordenamento jurídico, tais como o da insignificância (SCHREIBER, 2013a, p.197) e o da pacificação social (art. 4º, VII, CF), de modo a impedir a propositura de demandas frívolas, seja no aspecto patrimonial, como aquela em que se poderia pleitear a indenização de R\$ 0,02¹⁵³,

¹⁵³ Não se pode olvidar que o direito possui uma dupla exigência: uma de ordem sistemática a determinar a elaboração de uma ordem jurídica coerente e outra de ordem pragmática em que se deve buscar soluções que sejam aceitáveis pelo meio porque são conforme ao que parece justo e razoável (ZANNONI, 2005, p. 68). Nesse contexto, não parece atender ao requisito de uma ordem pragmática admitir, em qualquer ordenamento jurídico que seja, a propositura de demandas inúteis, sobretudo no Brasil em que: “Os tribunais Superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), possuem um considerável acervo processual. Dados recentes demonstram que o STF encerrou o ano de 2013 com 66.890 processos pendentes de julgamento, ao mesmo tempo em que teve uma distribuição anual de 30.682 processos. No âmbito do

seja no aspecto existencial. Nesse ponto, Matilde Zavala de González afirma: “la razonabilidad no consiente pretensiones abusivas o motivadas por una hipersensibilidad caprichosa de la víctima y que provocan un desgaste antifuncional del mecanismo judicial” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2004, p. 80).

Portanto, permitir ao magistrado, na análise do caso concreto, que realize a filtragem dos interesses mercedores de tutela, sem qualquer pretensão de tarifação, parece ser o critério mais adequado para perquirir a seriedade da chance perdida e garantir tutela à pessoa humana.

3.5 A PERDA DA CHANCE E A SUA INCIDÊNCIA

Após a exposição de conceitos relativos à teoria geral da responsabilidade civil, no Capítulo 2, bem como conceitos específicos sobre a teoria da perda da chance, nos subcapítulos precedentes, passa-se a analisar a possibilidade de a perda da chance incidir em hipóteses específicas da responsabilidade civil, conforme se verifica nas linhas seguintes.

3.5.1 A perda da chance na responsabilidade contratual e extracontratual

Já delimitados os conceitos da responsabilidade civil contratual e extracontratual¹⁵⁴, questiona-se se é cabível o dano pela perda da chance em sede de responsabilidade contratual e extracontratual.

Na doutrina italiana, afirma-se que a perda da chance pode ocorrer tanto em casos de responsabilidade contratual ou extracontratual, considerando que a chance “è un bene di natura patrimoniale o non patrimoniale ma suscettibile di valutazione economica che entra nel patrimonio del soggetto al momento dell’illecito contrattuale o extracontrattuale” (CHINDEMI, 2010, p. 23)¹⁵⁵.

Essa também é a realidade da França, conforme relata Rafael Peteffi da Silva, ao assentar que “atualmente, a utilização da perda da chance é observada tanto nos

STJ, ao final do ano de 2013, verificam-se 270.172 processos pendentes de julgamento e uma distribuição anual de 290.065 processos” (AMARAL; SILVA, 2014, p. 40).

¹⁵⁴ Ver subcapítulos 2.2 e 2.5.

¹⁵⁵ Tradução livre: “é um bem de natureza patrimonial ou não patrimonial, mas suscetível de valoração econômica que entra no patrimônio do sujeito no momento do ilícito contratual ou extracontratual”.

danos advindos do inadimplemento contratual, quanto naqueles gerados pelos ilícitos absolutos”¹⁵⁶ (SILVA, 2013, p. 11-12).

A doutrina brasileira também trilha o mesmo caminho, ao afirmar a possibilidade de perda da chance, quer na responsabilidade contratual, quer na responsabilidade extracontratual. Assim, “no caso da teoria da perda da chance, é importante salientar que ela pode decorrer tanto de situações contratuais quanto extracontratuais, portanto a violação de um dever primário geral ou contratual” (GONDIM, 2010, p. 29). No mesmo sentido, “torna-se possível a fundamentação e justificação da ressarcibilidade do dano pela perda da chance, que busca valorar, em termos de probabilidade, um prejuízo decorrente de um ilícito contratual ou extracontratual” (AMARAL, 2011, p. 68). Tal posição também é acolhida por Flávio da Costa Higa, ao dizer que “seja no postulado de não causar dano a outrem (...) ou, ainda, do inadimplemento de um dever contratual, é plenamente possível cogitar da ocorrência de perda de uma oportunidade reparável” (HIGA, 2012, p. 103-104)¹⁵⁷.

A jurisprudência e a doutrina oferecem diversos casos concretos de reconhecimento de perda da chance em responsabilidade contratual e extracontratual.

Dentre as hipóteses de perda da chance em responsabilidade contratual, destacam-se: a) a pessoa contratada para cuidar do animal raro deixa-o perecer, privando o proprietário de concorrer ao grande prêmio oferecido pelo certame em que seria apresentado o animal (ALVIM, 1980, p. 194); b) a injustificada recusa na expedição de um diploma de conclusão de curso pela instituição de ensino fez com que a aluna perdesse a chance de tomar posse em concurso público para o qual foi aprovada¹⁵⁸; c) o advogado que perde prazo, deixando o cliente sem defesa, o que acabou influenciando na sentença, responde pela perda da chance de obter resultado mais favorável¹⁵⁹; d) candidata que perde a chance de concorrer a uma

¹⁵⁶ Entende-se por atos ilícitos absolutos os que dizem respeito à responsabilidade extracontratual (artigo 186 do Código Civil). Já os atos ilícitos relativos são os de origem contratual (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.788582, 20100610145140APC, Relator: WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/05/2014, publicado no DJE: 15/05/2014).

¹⁵⁷ Na mesma linha, ver também Anderson Schreiber (2013a, p. 203).

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0521.09.083021-2/001, Relator: Des. Leite Praça, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/09/2013, publicação da súmula em 01/10/2013.

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0671.12.000422-9/001, Relator(a): Des.(a) Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/11/2014, publicação da

vaga em concurso público porque a lotérica, por negligência de seu funcionário, deixou de computar o pagamento da inscrição da candidata¹⁶⁰.

Quanto às situações de perda da chance em responsabilidade extracontratual, citam-se: a) um engenheiro jovem sofre um atropelamento e torna-se tetraplégico, perdendo a chance de disputar no mercado de trabalho o mesmo salário de um engenheiro sadio (VENOSA, 2015, p. 45); b) um homem, utilizando-se indevidamente dos documentos de terceira pessoa, com a qual não mantinha qualquer relação, declarou-a como sua companheira, em procedimento administrativo para a obtenção de um lote em programa habitacional. Assim, ele foi contemplado e ela, como supostamente já possuía um lote, teve seu pedido negado, perdendo a chance de obter um imóvel¹⁶¹; c) uma empresa alterou dolosamente o cadastro de sua concorrente junto ao cliente em comum, informando uma suposta mudança de endereço e de razão social da concorrente, com o objetivo de obter vantagem econômica em proveito próprio, incidindo nas hipóteses do artigo 195, incisos III e V, da Lei 9.279/96¹⁶². Na hipótese, a empresa lesada perdeu a chance de efetuar a venda ao cliente, em igualdade de condições com a empresa lesante¹⁶³.

Vale destacar que todos os casos mencionados são meramente exemplificativos, já que, em uma sociedade de risco¹⁶⁴, fácil é lesar e ser lesado, razão pela qual a cada dia surgem novas hipóteses de danos, sejam eles advindos, quer de uma relação contratual, quer extracontratual.

súmula em 21/11/2014.

¹⁶⁰ BRASIL. TJ-MG - Apelação Cível 1.0145.08.503179-0/001, Relator: Des. Lucas Pereira, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/01/2011, publicação da súmula em 01/02/2011.

¹⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.788582, 20100610145140APC, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/05/2014, publicado no DJE: 15/05/2014.

¹⁶² Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; (...) V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências.

¹⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível no 9111424 55.2004.8.26.0000. Relator: Rosangela Maria Telles. Julgado em 11.08.2011.

¹⁶⁴ Sobre a sociedade de risco e a sua amplitude no momento atual, Ulrich Beck destaca: “É certo que os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra ‘risco’ tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra” (BECK, 2011, p. 25).

3.5.2 A perda da chance na responsabilidade subjetiva e objetiva

Conforme visto alhures, a distinção entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva se deve ao fato de a primeira exigir, para a sua configuração, a presença de culpa ou dolo, enquanto, no caso da segunda, tal requisito é dispensável. Em outras palavras, ambas as responsabilidades possuem em comum o fato de exigirem os seguintes pressupostos para a sua ocorrência: ação ou omissão, relação de causalidade e dano, distinguindo-se na medida em que a subjetiva exige dolo ou culpa, ao passo que a objetiva dispensa¹⁶⁵.

Ao se referir à prática judiciária francesa, Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 12) afirma que a perda da chance é admitida, tanto nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, quanto nos casos de responsabilidade objetiva.

No Direito brasileiro, também afirma a doutrina a possibilidade de perda da chance em casos de responsabilidade objetiva e subjetiva (HIGA, 2012, p. 113). Na mesma senda, pode-se dizer que

no tocante ao pressuposto da conduta não existem grandes empecilhos para o estudo na perspectiva da reparação da chance, sendo importante destacar que pode ser cabível em casos de responsabilidade objetiva, definida em lei, quando então serão analisados os demais pressupostos, chance e nexo causal e também, aplicada em situações de responsabilidade subjetiva, nas quais a conduta culposa será analisada (juntamente com a chance e o nexo causal) (GONDIM, 2010, p. 70).

Colhem-se da jurisprudência diversos casos de perda da chance em responsabilidade subjetiva e objetiva, apesar de a questão não receber a merecida distinção nos trabalhos que analisam a perda da chance.

Dentre as hipóteses de perda da chance em responsabilidade subjetiva, destaca-se o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em que um sindicato intermediava a relação entre seus associados e um advogado, colhendo procurações e informando aos associados acerca do andamento processual. Ocorre que um dos associados foi excluído do processo por problemas na representação, não sendo informado ao associado para providências ou sequer interposto recurso. Com tal conduta, entendeu o TJ-MG que o associado perdeu a

¹⁶⁵ Ver subcapítulo 2.3.

chance de obter os reajustes salariais, nos termos em que obtiveram os demais litigantes. Nesse caso, conforme reconheceu o tribunal, na relação entre sindicato e associado, aplica-se a regra geral da responsabilidade subjetiva¹⁶⁶.

Outra hipótese de perda da chance decorrente de responsabilidade civil subjetiva é a relação existente entre advogado e cliente, conforme preceituam os artigos 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁷ e artigo 32 da Lei 8.906/94¹⁶⁸. Diante disso, condenou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná por perda da chance um advogado que informou a data incorreta da audiência ao seu cliente, gerando confissão ficta, o que acabou por influenciar na sentença de improcedência do pedido de reclamatória trabalhista¹⁶⁹.

Ainda, pode-se citar o caso de conduta omissiva do ente público em que o dever de indenizar exige a presença da culpa em sentido lato, diversamente do que ocorre com a conduta comissiva em que se dispensa a demonstração de culpa¹⁷⁰. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em condenar o Estado por perda da chance, por sua conduta omissiva, ao deixar o corpo de bombeiros de atender a um pedido de socorro porque não tinha veículo disponível, cerceando a chance do autor da demanda de ter os prejuízos evitados ou minimizados¹⁷¹.

No campo da responsabilidade objetiva, também é plenamente aplicável a teoria da perda da chance, conforme reiterado entendimento jurisprudencial. Fazendo um contraponto com o caso anterior, responde o Estado objetivamente pelos atos comissivos por ele praticados. Destarte, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais condenou o Município de Mesquita por organizar uma festa e

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0713.12.006981-8/001, Relatora: Desembargadora: Mariângela Meyer, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/06/2015, publicação da súmula em 17/07/2015.

¹⁶⁷ Art. 14, § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹⁶⁸ Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

¹⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 9ª C.Cível - AC - 691573-1 - Cascavel - Rel.: Renato Braga Bettega - Unânime - J. 24.03.2011.

¹⁷⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que ocorre a culpa do serviço ou falta do serviço (*faute du service*) quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Trata-se, nesse caso em que há omissão, de responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa ou dolo. A regra geral, porém, é a responsabilidade objetiva, independente de qualquer falta ou culpa do serviço, com base na responsabilidade pelo risco administrativo (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 986-990).

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70045998424, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 16/02/2012.

construir uma fogueira de grande porte, que desabou e atingiu o demandante. Reconheceu o tribunal que a conduta comissiva do ente público fez a parte perder a chance de exercer toda e qualquer atividade laboral¹⁷².

Com fundamento no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor¹⁷³, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que a relação estabelecida entre o serviço privado de emergência médica e o paciente é uma relação de consumo¹⁷⁴ e, portanto, a responsabilidade civil é objetiva. Destarte, foi condenada a empresa médica pela demora no socorro oferecido ao paciente, fazendo-o perder a chance de sobrevivência¹⁷⁵.

Em caso também de responsabilidade objetiva¹⁷⁶, o Superior Tribunal de Justiça manteve a condenação dos Correios pelo envio de Sedex à localidade diversa da contratada, fazendo com que a parte demandante perdesse a chance de concorrer em procedimento licitatório com chances sérias e reais de se sagrar

¹⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Reexame Necessário-Cv 1.0024.05.583237-2/001, Relator: Des. Geraldo Augusto, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/05/2011, publicação da súmula em 27/05/2011.

¹⁷³ Art. 14 – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco.

¹⁷⁴ Art. 2º. “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Na doutrina consumerista, destacam-se duas correntes acerca do conceito de destinatário final: a finalista e a maximalista. A teoria finalista ou subjetiva propõe que o consumidor é o não profissional, ou seja, aquele que adquire ou utiliza o produto para uso próprio ou de sua família. Em outras palavras, é aquele que retira o bem do mercado, colocando fim à cadeia de produção. Já para a teoria maximalista ou objetiva, consumidor é o destinatário fático do produto ou do serviço, pouco importando a finalidade da aquisição ou do uso, podendo até mesmo haver a intenção de lucro. O STJ parece ter colocado fim à discussão acerca do alcance da expressão destinatário final, no julgamento do REsp 661.145, em 22.02.2005, ao optar pela teoria finalista com um certo abrandamento: “Com vistas, porém, ao esgotamento da questão, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada in concreto a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais” (GARCIA, 2010, p. 14-23).

¹⁷⁵ BRASIL. Apelação Cível Nº 70040330409, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 23/11/2011.

¹⁷⁶“(…)1. As empresas públicas prestadoras de serviços públicos submetem-se ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal e nos arts. 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor. 2. No caso, a contratação de serviços postais oferecidos pelos Correios, por meio de tarifa especial, para envio de carta registrada, que permite o posterior rastreamento pelo próprio órgão de postagem revela a existência de contrato de consumo, devendo a fornecedora responder objetivamente ao cliente por danos morais advindos da falha do serviço quando não comprovada a efetiva entrega (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1097266/PB, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 24/02/2015).

vencedora¹⁷⁷.

Por fim, reconheceu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul um caso de perda da chance em sede de responsabilidade civil objetiva, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, em que um candidato a uma vaga do concurso público da Petrobras teve obstada a chance de prosseguir no certame, devido ao extravio de sua bagagem, onde continham seus pertences e documentos indispensáveis à realização da prova. Na oportunidade, considerou que havia chances sérias e reais de aprovação, considerando a aprovação em etapas anteriores¹⁷⁸.

Cabe enfatizar que as hipóteses relatadas de perda da chance em casos de responsabilidade subjetiva e objetiva são meramente exemplificativas, já que inúmeras são as situações lesivas em decorrência da vida em sociedade.

3.5.3 A perda da chance nas diversas fases da contratação

A formação do contrato é um processo consistente em uma sequência de atos e comportamentos humanos, coordenados entre si e disciplinados pelo ordenamento jurídico (ROPPO, 2009, p. 103)¹⁷⁹.

Essa sequência de atos demonstra que uma relação obrigacional nem sempre nasce de imediato, já que ela “pode ser formada progressivamente, num *iter* obrigacional que levará até a conclusão do contrato” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 72).

Nessa perspectiva, em considerando a formação do contrato como um *iter* obrigacional, com uma sucessão de fases, pode-se dividi-las da seguinte forma: pré-contratação (tratativas preliminares); contratação propriamente dita (celebração); cumprimento (execução) e pós-contratação (TEIXEIRA, 2015, p. 59).

Na primeira fase, anterior à celebração do contrato, “inicia-se com as

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 614.266/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 02/08/2013.

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Cível Nº 71002970986, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 25/08/2011.

¹⁷⁹ No ordenamento jurídico brasileiro, Clóvis do Couto e Silva desenvolveu a ideia de obrigação como processo, ao abordar a concatenação de atos tendentes ao adimplemento do devedor. Nesse sentido, destaca o autor: “E o próprio ordenamento jurídico, ao dispor sobre o nascimento e o desenvolvimento do ‘vinculum obligationis’ tem presente o sentido, o movimento e o fim da mesma relação, ou seja, o encadeamento, em forma processual, dos atos que tendem ao adimplemento do dever” (COUTO E SILVA, 1976, p. 12-13).

negociações preliminares, podendo passar pelo contrato preliminar (se for o caso)” (TEIXEIRA, 2015, p. 59). Nesse sentido, conceituam-se as negociações preliminares como as “conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro” (PEREIRA, 2014, p. 34). Já o contrato preliminar situa-se em uma zona intermediária entre a fase pré-contratual e a fase definitiva, mas não deixa de ser um contrato, já que reúne em si os elementos essenciais do contrato, conforme artigo 462 do Código Civil (TEIXEIRA, 2015, p. 59). Trata-se de um contrato, “por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será contrato principal” (PEREIRA, 2014, p. 73).

A diferença entre as negociações preliminares e o contrato preliminar está no fato de que as primeiras, enquanto estiverem restritas às conversações preliminares, não obrigam, ao passo que o contrato preliminar, desacompanhado da cláusula de arrependimento, permite a execução compulsória (PEREIRA, 2014, p. 35, 82).

Ultrapassada a fase das negociações preliminares e de eventual contrato preliminar, tem-se a fase da celebração do contrato. Assim, a partir da aceitação, que significa “a manifestação de vontade, expressa ou tácita, da parte do destinatário da proposta, feita dentro do prazo, aderindo a esta em todos os seus termos”, implica na conclusão definitiva do contrato (DINIZ, 2008, p. 371).

Por fim, deve-se mencionar as duas últimas fases do contrato: a execução e a pós-contratação, compreendendo a primeira a fase de cumprimento das cláusulas contratuais e a segunda, findo o cumprimento do contrato, podem perdurar efeitos para além do contrato, cabendo advertir que nem sempre é fácil delimitar no tempo os efeitos de um determinado contrato (VENOSA, 2014, p. 527).

Em todas as fases da contratação, desde as negociações preliminares até a pós-contratual, devem as partes guardarem observância aos deveres gerais de conduta. Assim, mesmo que não haja um contrato concluso ou que o contrato não preveja cláusulas dispendo sobre os deveres de condutas das partes, certo é que existem deveres gerais que devem ser observados, quer pelas partes contratantes, quer por terceiros¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Na doutrina italiana, Alberto Trabucchi ressalta a importância de as partes observarem a boa-fé durante as tratativas preliminares e também na formação do contrato (TRABUCCHI, 2013, p. 180). Pietro Perlingieri, invocando o artigo 1.337 do Código Civil italiano, afirma que as partes possuem o dever de comportar-se conforme a boa-fé nas tratativas, na conclusão e na execução do contrato

Além da expressão deveres gerais de conduta, é comum a utilização de deveres acessórios ou anexos de conduta (VARELA, 1977, p. 108). Contudo, a evolução fez despontar deveres gerais de conduta, com fundamentos axiológicos que se revestiram da dignidade de princípios, com caráter constitucional e infraconstitucional, deixando de ter papel meramente secundário ou complementar do dever de prestar o adimplemento. Nesse sentido, dada a relevância desses deveres, melhor a utilização da expressão deveres gerais de conduta ao invés de deveres acessórios ou anexos de conduta (LÔBO, 2013, p. 75)¹⁸¹.

Dentre os deveres de conduta, enumeram-se: dever de boa-fé objetiva¹⁸²;

(PERLINGIERI, 2000, p. 384, 445). No mesmo sentido, ver Pietro Perlingieri (2008, p. 401). Também com supedâneo na doutrina italiana, Enzo Roppo, ao se referir à fase pré-contratual, afirma que: “Seja nas hipóteses em que se chega à formação do contrato, seja nas hipóteses em que as negociações se interrompem sem uma conclusão útil, pode acontecer que, no curso das mesmas, uma das partes se comporte de modo desleal e, atendendo apenas ao seu próprio interesse e ao seu próprio proveito, tome iniciativas incorretas que prejudiquem injustamente a outra parte (...) a parte lesada pode obter o ressarcimento de danos sofridos por culpa do parceiro desleal. De facto, este violou uma obrigação precisa imposta pela lei, já que o art. 1337.º Cód. Civil estabelece que ‘as partes no decurso das negociações e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé’ (isto é, de modo razoavelmente honesto, leal, correto)” (ROPPO, 2009, p. 106-107). No direito argentino, Edgard A. Ferreyra também enfatiza a importância da boa-fé, seja na fase de celebração do contrato, na execução e também na sua interpretação: “De esta manera se proclama sin vacilación la vigencia del principio de la buena fe, desde la gestación misma del contrato, durante su cumplimiento, y para la interpretación” (FERREYRA, 1978, p. 192). No Brasil, apesar de o artigo 422 do Código Civil mencionar apenas os termos conclusão do contrato e execução, a doutrina tem reiterado que se deve dar interpretação extensiva, abrangendo, tanto a fase pós-negocial, quanto a fase pré-conclusão (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2012, p. 15-16). Ao sustentar a aplicação dos deveres gerais de condutas, Sílvio de Salvo Venosa é enfático que abrangem as fases contratual, pré-contratual e pós-contratual (VENOSA, 2014, p. 517-528). Esse também é o entendimento de Tarcisio Teixeira, ao lembrar que a boa-fé já estava prevista na parte revogada do Código Comercial de 1850, em seu artigo 131. Em sua concepção, a boa-fé e a probidade, presentes no artigo 422 do CC, incluem também a fase pré-contratual (TEIXEIRA, 2015, p. 60). Por fim, vale destacar as considerações de Caio Mário da Silva Pereira: “As negociações preliminares, repitamo-lo, não geram por si mesmas e em si mesmas obrigações para qualquer dos participantes. Elas fazem surgir, no entanto, deveres jurídicos para os contraentes, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres de lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo. A violação desses deveres durante o transcurso das negociações é que gera a responsabilidade do contraente, tenha sido ou não celebrado o contrato. A responsabilidade pela ruptura das negociações, a mais polêmica, surge quando um dos contraentes viola o dever de lealdade e correção e, após incutir no outro a confiança de que o contrato será celebrado rompe injustificadamente as negociações, vindo a lhe causar danos. Esta responsabilidade tem caráter excepcional (Serpa Lopes Carrara), e não pode ser transposta para fora dos limites razoáveis de sua caracterização, sob pena de chegar-se ao absurdo jurídico de equiparar em força obrigatória o contrato e as negociações preliminares, e a admitir a existência de uma obrigação de celebrar o contrato em razão da existência pura e simples de negociações” (PEREIRA, 2014, p. 35).

¹⁸¹ Vale citar as seguintes considerações de Paulo Lôbo sobre a relevância dos deveres gerais de conduta: “A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto limites internos ou positivos” (LÔBO, 2013, p. 75).

¹⁸² Inicialmente, deve-se diferenciar a boa-fé subjetiva da objetiva. Entende-se por boa-fé subjetiva um estado de consciência do agente. Consiste em não ter o agente a consciência de lesar direito

dever de realização da função social¹⁸³; dever de equivalência material das prestações¹⁸⁴; dever de equidade¹⁸⁵; dever de informar¹⁸⁶; dever de cooperação¹⁸⁷ (LÔBO, 2013, p. 77-97).

Se houver violação a algum dos deveres gerais de conduta, na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual, deve ocorrer a completa indenização de todos os danos suportados pela vítima, inclusive do dano advindo da perda da chance, caso preenchidos os requisitos legais à sua incidência.

Na Itália, Domenico Chindemi é categórico em afirmar a possibilidade de incidência das chances perdidas nas fases anteriores ao contrato e invoca como fundamento a violação à obrigação de boa-fé nas tratativas, conforme artigo 1.337

alheio. Já a boa-fé objetiva consiste em um critério normativo de valoração de condutas. Trata-se de uma cláusula geral, que fixa regras de condutas para as partes, equilibrando a relação entre elas (ASCENSÃO, 2010b, p. 146-150). Em relação à boa-fé objetiva, Paulo Lôbo afirma se tratar de “conduta honesta, leal, correta” (LÔBO, 2013, p. 77). Tarcisio Teixeira diz que o fato de o Código Civil, em seu artigo 422, mencionar princípios de probidade e de boa-fé, se não forem expressões sinônimas, possuem significados bem parecidos. Nessa senda, pode-se conceituar boa-fé como “o comportamento que a sociedade espera do contratante. Probidade é a honestidade/lealdade/integridade/confiabilidade que os agentes devem ter. Um homem probo é aquele em que se pode confiar” (TEIXEIRA, 2015, p. 60). Destaca-se que, na boa-fé objetiva, como toda cláusula geral, o juiz deverá definir quais as situações nas quais os partícipes de um contrato se desviaram da boa-fé, o que fará à luz de um padrão de conduta aceito no tempo e no espaço (VENOSA, 2014, p. 412). Como decorrência do princípio da boa-fé, previsto no artigo 422 do CC, que abrange também a tutela da confiança, tem-se ainda o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, ou seja, a vedação ao comportamento contraditório em nosso ordenamento jurídico (SCHREIBER, 2012, p. 102).

¹⁸³ Trata-se de outra cláusula geral, prevista no artigo 421 do Código Civil, que norteia a liberdade de contratar, fazendo com que o intérprete sopesse os interesses individuais com o interesse social (VENOSA, 2014, p. 413-414).

¹⁸⁴ “O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres do contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis (...) O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas” (LÔBO, 2013, p. 88).

¹⁸⁵ “A equidade, entendida como justiça do caso concreto, tem este como sua razão de ser, na contemplação das circunstâncias que o cercam; cada caso é um caso. O apelo à equidade é o reconhecimento pela própria lei de que a prestação pode ser injusta (...) a equidade intervém para permitir o julgamento, não com base na lei, mas naquela justiça que a mesma lei deve realizar”. Dentre os diversos exemplos trazidos pelo CC de julgamento conforme a equidade, pode-se destacar o artigo 944 do CC, que autoriza o juiz a reduzir equitativamente a indenização, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (LÔBO, 2013, p. 89). Para não configurar arbitrariedade, certamente o magistrado deve motivar a sua decisão, não bastando a mera alusão à equidade (PERLINGIERI, 2008, p. 229).

¹⁸⁶ Impõe às partes o dever de informação, devendo esta preencher os requisitos de adequação, suficiência e veracidade, devendo todos eles estar interligados, sendo que a ausência implica em descumprimento do dever de informar. O âmbito do direito do consumidor foi o que mais avançou cujo desenvolvimento aproveita a todo o direito privado (LÔBO, 2013, 90-95).

¹⁸⁷ O dever de cooperação impõe às partes de uma relação negocial a sua concreta implementação. O dever de colaboração entre as partes de uma relação obrigacional serve para “possibilitar, mensurar e qualificar o adimplemento” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 33).

do Código Civil italiano, citando como exemplo o caso de trabalhadores que foram aprovados na fase de exame físico de uma seleção de emprego e foram impedidos de participar da prova prática. Nesse sentido, a perda da chance “trova il proprio fondamento causale nella violazione dell’obbligo di buona fede nelle trattative in quanto col suo comportamento il futuro datore di lavoro ha creato nei lavoratori una ragionevole aspettativa nella conclusione del contratto (...) ai sensi dell’art. 1337 c.c.” (CHINDEMI, 2010, p. 58)¹⁸⁸.

No Brasil, apesar do crescente número de trabalhos publicados sobre a perda da chance, nos últimos anos, poucos se dedicam à discussão sobre a (im) possibilidade de perda da chance nas fases pré e pós-contratual.

Dentre os poucos trabalhos que a abordam, na citada perspectiva, destaca-se Rafael Peteffi da Silva, que traz os seguintes casos da jurisprudência francesa: a) uma empresa francesa que havia patenteado um processo industrial para acondicionamento de medicamento passou quatro anos negociando com uma empresa suíça, momento em que esta, após já ter enviado uma minuta de contrato, comunicou a sua ausência de interesse, impedindo a empresa francesa de ter realizado um contrato lucrativo com outra empresa; b) um corretor de seguros foi contratado para encaminhar uma proposta de seguro para evitar possíveis danos de uma construção, porém o dano adveio, vindo o contratante a saber que o corretor não havia enviado a proposta. No caso não havia certeza de que a proposta, se enviada, seria aceita pela companhia; c) uma imobiliária deixou de cobrar um cheque por não tê-lo depositado no prazo, não havendo a certeza de que a conta teria suficiência de fundos; d) uma empresa de segurança instalou um alarme, que não funcionou em um caso de assalto. De igual modo, não havia certeza de que, em funcionando, o assalto seria evitado (SILVA, 2013, p. 170-172).

Tarcisio Teixeira também aborda a perda da chance na fase pré-contratual, ao afirmar que “a teoria da perda de uma chance poderia ser aplicável aos casos de inadimplemento contratual em contratos preliminares”, citando o seguinte exemplo:

Se imaginarmos, por hipótese, um compromisso de compra e venda de imóvel, cujo compromissário comprador é uma empresa que precisará em certa data utilizar o imóvel para caucionar outro negócio;

¹⁸⁸ Tradução livre: “encontra o próprio fundamento causal na violação da obrigação de boa-fé nas tratativas, pois, com seu comportamento, o futuro empregador criou nos trabalhadores uma razoável expectativa na conclusão do contrato (...), nos termos do artigo 1.337 do Código Civil italiano”.

para tanto, o imóvel deverá ter sua matrícula totalmente regularizada com a devida averbação da plena propriedade em nome do comprador. No entanto, o compromissário vendedor, sem nenhuma razão relevante de direito, nega-se a outorgar a escritura definitiva de compra e venda. Isso vai ensejar o pedido de adjudicação compulsória junto ao Poder Judiciário, cujo tempo de prestação jurisdicional ultrapassa o prazo para o firmamento da garantia que se pretendia com o imóvel. Neste caso, temos a possibilidade de uma indenização fundamentada na teoria da perda de uma chance (TEIXEIRA, 2015, p. 156).

Outro trabalho sobre a perda da chance em fases diversas da contratual, com a especificidade de se tratar de um estudo na seara trabalhista, foi desenvolvido por Flávio da Costa Higa. Para o autor “a aplicação da teoria da perda de uma chance à relação de trabalho deve abrangar, além da execução do contrato, as fases pré e pós-contratuais” (HIGA, 2012, p. 216).

Segundo Flávio da Costa Higa, a jurisprudência trabalhista tem agasalhado a teoria da perda da chance na fase pré-contratual, utilizando-se como fundamento a violação do dever de boa-fé, o abuso de direito e a função social do contrato. Dentre as hipóteses encontradas por ele, no aspecto quantitativo, citam-se: 42 casos de frustração de contratação¹⁸⁹, 03 casos de reclamações sobre danos pelo retardamento na posse em concurso público e 03 casos de retenção indevida da carteira de trabalho. Na fase contratual, as hipóteses são das mais diversas, sendo que foi no campo da infortúnica que a jurisprudência mais reconheceu as chances perdidas advindas de um acidente de trabalho ou de uma doença profissional. Na fase pós-contratual, por fim, todos os casos pesquisados pelo autor referem-se a embaraços criados pelo empregador, que fornecia informações desabonadoras, fazendo o empregado perder a chance de um novo posto de trabalho. Embora não contidas em sua pesquisa jurisprudencial, o autor menciona outras possibilidades de perda da chance na fase pós-contratual, tais como a do trabalhador que assina

¹⁸⁹ Sobre o assunto, adverte o autor que “Os Regionais têm sido escrupulosos quando procedem à distinção entre os meros atos iniciais no contexto de um processo seletivo (entre os quais se incluem a análise de currículo, verificação de experiência profissional e aplicação de testes de aptidão), que decorrem do direito à liberdade de escolha do empregador e cuja não conclusão do contrato é inapta a gerar danos, e as hipóteses em que o comportamento da empresa confere ao empregado a certeza da contratação (...) Embora seja simples traçar as distinções doutrinárias, as figuras podem se confundir na prática, mormente quando as atitudes do empregador acenam, objetivamente, para a concretização do contrato de trabalho, como, por exemplo, quando é realizado o exame admissional, aberta a conta-salário e procedida a entrega de documentos etc., caso em que a jurisprudência tem considerado tais atitudes como equivalentes a um pré-contrato (HIGA, 2012, p. 219-221).

cláusula de não concorrência¹⁹⁰, deixando de observá-la; baixa na carteira de trabalho, após a extinção do vínculo de emprego, extrapolando o prazo de 48 horas, em contradição com o disposto no artigo 29 da CLT¹⁹¹; a não-observância do prazo de 30 dias para o empregado rural desocupar o imóvel, em descumprimento ao art. 9º, § 3º, da Lei 5.889/73¹⁹²; a desconsideração do dever de pagamento de comissões vencidas após a cessação do contrato de trabalho, em descompasso com o art. 466, § 2º, da CLT¹⁹³ (HIGA, 2012, p. 216-248).

A doutrina traz emblemáticos casos de reconhecimento de violação a deveres gerais de conduta em que houve condenação por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, sendo eles: o caso dos Plantadores de Tomate do Rio Grande do Sul *versus* Cica¹⁹⁴; o caso Disco *versus* Pão de Açúcar¹⁹⁵; o caso Schincariol *versus* Zeca Pagodinho¹⁹⁶. Em todos eles, apesar da ausência de apontamentos pela doutrina ou pela jurisprudência como casos de perda da chance, pode-se visualizar a possibilidade de incidência da teoria sem afastar os demais danos já reconhecidos e tutelados.

No caso dos Plantadores de Tomates *versus* Companhia Industrial de Conservas Alimentícias – Cica, no tempo do plantio a requerida distribuiu de forma gratuita sementes de tomate aos agricultores de uma determinada região do Rio Grande do Sul, manifestando a empresa a intenção de adquirir o produto. Contudo, por sua conveniência, resolveu não mais comercializá-lo, naquele ano, deixando de comprar a safra dos agricultores, causando-lhes, assim, prejuízo¹⁹⁷. Na ocasião, o

¹⁹⁰ Lembra Flávio da Costa Higa que, “mesmo que não haja cláusula expressa de ‘quarentena’, a doutrina entende que, caso o empregado, detentor de informações confidenciais obtidas perante o ex-empregador, desligue-se do emprego para trabalhar na empresa concorrente, viola o dever de boa-fé, cuja obrigação transborda a fronteira do extinto vínculo de emprego” (HIGA, 2012, p. 245).

¹⁹¹ Art. 29 - A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especificamente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho.

¹⁹² Art. 9º (...) § 3º Rescindido ou findo o contrato de trabalho, o empregado será obrigado a desocupar a casa dentro de trinta dias.

¹⁹³ Art. 466 - O pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois de ultimada a transação a que se referem (...) § 2º - A cessação das relações de trabalho não prejudica a percepção das comissões e percentagens devidas na forma estabelecida por este artigo.

¹⁹⁴ Ver Tarcisio Teixeira (2015, p. 62-63).

¹⁹⁵ Ver Tarcisio Teixeira (2015, p. 65-67).

¹⁹⁶ Ver Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 159).

¹⁹⁷ CONTRATO. TRATATIVAS. "CULPA IN CONTRAHENDO". RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ALIMENTÍCIA, INDUSTRIALIZADORA DE TOMATES, QUE DISTRIBUI SEMENTES, NO TEMPO DO PLANTIO, E ENTÃO MANIFESTA A INTENÇÃO DE

TJ-RS condenou a empresa ao pagamento de metade do valor da safra, já que a outra metade foi adquirida por empresa congênere. Assim, de um lado, a parte produtora foi devidamente indenizada pela safra excedente, não sofrendo prejuízos pela produção não vendida. Por outro lado, poderia se cogitar situações a fazer incidir o dano pela perda da chance, tais como: a) a perda da chance de firmar um contrato de financiamento para a próxima safra, já que o produtor não recebeu o valor da safra na data prevista, necessitando ajuizar uma ação judicial para receber os valores anos depois; b) a perda da chance de adquirir um determinado bem por preço mais vantajoso em razão da ausência de disponibilidade econômica; c) a perda da chance de concluir um curso superior, em universidade privada, já que sem condições financeiras para pagar o ano letivo etc.

Outro caso emblemático de violação à boa-fé objetiva, na esfera da responsabilidade civil pré-contratual, é o caso *Disco versus Pão de Açúcar*. Conforme se verifica do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹⁸, trata-se de uma ação de consignação em pagamento ajuizada pela Distribuidora de Comestíveis Disco S/A contra Supermercados Pão de Açúcar S/A, objetivando o depósito da quantia de Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), sob o argumento de que a parte ré se recusava a receber tal importância. Em contestação, a parte sustentava a improcedência do pedido, com o argumento de que tal valor se referia à parcela do preço relativo ao contrato preliminar de compra e venda de ações, em que a requerida comprava 97% das ações da parte autora, porém a autora se negava a transferir as ações. Ao mesmo tempo, ajuizou a ré pedido de

ADQUIRIR O PRODUTO, MAS DEPOIS RESOLVE, POR SUA CONVENIÊNCIA, NÃO MAIS INDUSTRIALIZÁ-LO, NAQUELE ANO, ASSIM CAUSANDO PREJUÍZO AO AGRICULTOR, QUE SOFRE A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE VENDA DA SAFRA, UMA VEZ QUE O PRODUTO FICOU SEM POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO. PROVIMENTO EM PARTE DO APELO, PARA REDUZIR A INDENIZAÇÃO À METADE DA PRODUÇÃO, POIS UMA PARTE DA COLHEITA FOI ABSORVIDA POR EMPRESA CONGÊNERE, ÀS INSTÂNCIAS DA RE. VOTO VENCIDO, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 591028725, Quinta Câmara Cível, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06/06/1991).

¹⁹⁸ Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória. Cabe recurso extraordinário quando se discute qualificação jurídica de documento: saber se ele é mera minuta (punctação) ou contrato preliminar. Distinção entre minuta, em que se fixa o conteúdo de certas cláusulas, mas se deixam em aberto outras, e contrato preliminar. O art. 639 do CPC pressupõe a existência de contrato preliminar que tenha o mesmo conteúdo (elementos essenciais e acidentais encarados objetivamente) que o contrato definitivo que as partes se comprometem a celebrar. Negativa de vigência, no caso, do art. 191 do C. Comercial e do art. 639 do CPC. Recurso Extraordinário conhecido e provido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 88.716/RJ. Rel. Min. Moreira Alves, DJ: 30.11.1979).

adjudicação compulsória, por dependência, para a consecução de tal transferência. Em primeiro grau de jurisdição, restou julgada procedente a consignatória e improcedente a adjudicação, sob o argumento de que

Não obstante intitulado de “contrato preliminar”, longe está o documento firmado pelas partes de ser como tal caracterizado, porquanto ali se estabeleceram apenas negociações preliminares com base para um futuro contrato. Ou, para adotar uma terminologia muito em voga, hoje em dia, especialmente no campo das relações internacionais, as partes firmaram apenas um “protocolo de intenções”, manifestando uma delas o desejo de vender e a outra de comprar, mediante condições que seriam definitivamente estabelecidas em novas negociações¹⁹⁹.

Assentou a decisão de primeiro grau, por fim, que faltaram requisitos essenciais ao contrato, principalmente o acordo de vontade no tocante ao preço e às condições da operação. Com tal argumento, não havia razão para a adjudicação compulsória e tampouco motivo para a recusa ao recebimento da importância antecipada, o que justificou o acolhimento da consignatória.

Houve recurso ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que reformou a sentença, julgando improcedente o pedido consignatório e procedente o pleito de adjudicação. Afirma o tribunal que houve equívoco da sentença, já que, apesar de o preço não ser determinado, era determinável, além de dispor sobre as condições do negócio jurídico celebrado, assegurando tratar-se de um contrato preliminar.

Contra a decisão do TJ-RJ foi interposto recurso extraordinário, que restou provido, confirmando a sentença de primeiro grau de que não se tratava de contrato preliminar, mas meros acordos provisórios. Destacou também o relator que, enquanto o artigo 1.126 do CC/1916²⁰⁰ se contentava com o acordo entre as partes em relação ao objeto e ao preço, o artigo 191 do Código Comercial²⁰¹, então vigente, aplicável à compra e venda mercantil, exigia o acordo sobre todas as cláusulas

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 88.716/RJ. Rel. Min. Moreira Alves, DJ: 30.11.1979.

²⁰⁰ Art. 1.126. “A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço”.

²⁰¹ Art. 191. “O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (artigo nº. 127)”.

contratuais, devendo este prevalecer.

Ao comentar a mencionada decisão, Tarcisio Teixeira observa que

se tal decisão do STF fosse tomada considerando a vigência do Código Civil de 2002, ela seria frontalmente contrária à previsão do art. 462, que prevê que para se configurar um contrato preliminar bastam apenas os requisitos essenciais (salvo a forma), ou seja, manifestação do agente capaz e objeto lícito, possível, determinado ou determinável (TEIXEIRA, 2015, p. 67).

A partir das considerações supracitadas, mesmo que não se admita como contrato preliminar o que foi celebrado entre as empresas Disco e Pão de Açúcar, ou seja, ainda que se considere tratar de meras negociações, deve-se considerar que ainda seria possível a incidência da boa-fé objetiva à luz do artigo 422 do Código Civil, aplicável à fase pré-contratual. No caso concreto, observa-se que o documento firmado extrapolou um mero protocolo de intenções, já que houve, inclusive, a antecipação da quantia de Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros) à empresa Disco, além de se fixar um prazo em que se deveria concretizar a transferência das ações de modo que, ao que tudo indica, criou na empresa Pão de Açúcar uma legítima expectativa de que o negócio jurídico viesse a se concretizar, o que não foi possível pela injusta recusa da empresa Disco²⁰².

Em se considerando que o caso Disco versus Pão de Açúcar representou uma violação a deveres gerais de conduta, já que contrariou a boa-fé objetiva, apresentando um nítido caso de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), poder-se-ia pensar em situações que desafiariam a incidência da perda da chance, tais como: a) a perda da oportunidade de obter um lucro considerável nos anos seguintes à transferência acionária, considerando a perspectiva de lucro da empresa; b) a perda da chance de investir a importância em um outro negócio, que também lhe renderia certa vantagem patrimonial; c) a perda da chance de investir a importância na ampliação da própria empresa etc.

É também bastante mencionado pela doutrina, em caso de violação aos

²⁰² Segundo Caio Mário da Silva Pereira, inclusive as negociações preliminares também estão sujeitas à boa-fé objetiva, podendo gerar obrigações: “As negociações preliminares, repitamo-lo, não geram por si mesmas e em si mesmas obrigações para qualquer dos participantes. Elas fazem surgir, no entanto, deveres jurídicos para os contraentes, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres de lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo. A violação desses deveres durante o transcurso das negociações é que gera a responsabilidade do contraente, tenha sido ou não celebrado o contrato” (PEREIRA, 2014, p. 35).

deveres gerais de conduta, o caso *Schincariol versus Zeca Pagodinho*. A relevância do caso reside no fato de que a relação contratual não impõe limites apenas às partes que fazem parte dela, mas abrange também terceiros que assumem o compromisso de não intervir injustamente na relação contratual alheia. Trata-se da chamada “tutela externa do crédito”²⁰³. No caso concreto, a empresa AMBEV, sem observar o pacto de exclusividade que havia entre o artista Zeca Pagodinho e a empresa Schincariol, veio a convencê-lo a rescindir o contrato. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁰⁴ reconheceu dano material decorrente do trabalho efetivamente prestado pelo artista, descontado o valor já pago antecipadamente; multa compensatória de 20%; dano moral²⁰⁵ em virtude da veiculação de imagens da cerveja Nova Schin (Schincariol) em comerciais da Brahma (Ambev).

Além dos mencionados danos, torna-se possível, ao menos no plano teórico, visualizar a perda da chance, no presente caso, se a empresa Schincariol conseguisse provar que havia chances sérias e reais de aumentar a sua venda ou a popularidade da cerveja com a presença do cantor famoso. No plano prático, contudo, não é tarefa fácil demonstrar ao juízo essa seriedade das chances, apesar de constar no acórdão que “o cantor participou de comerciais e a autora admite o sucesso inicial da estratégia publicitária, transformando em sucesso de vendas a

²⁰³ “Na linha da função social do contrato e da prevalência da eticidade, propugna-se por uma ‘tutela externa do crédito’, pela qual o terceiro seja responsabilizado, não propriamente pela prestação convencional, mas pela ofensa a dever de conduta nela consubstanciada. É inadmissível que a sociedade comporte-se como se o contrato não existisse ou, se existisse, fosse algo estranho a ela, a ponto de ser ignorado (ROSEVALD; FARIAS; 2013, p. 157).

²⁰⁴ INDENIZAÇÃO - Danos morais e materiais - Contrato de utilização da imagem e voz de cantor em campanha publicitária de cerveja - Quebra do contrato, com o debate do artista para empresa concorrente - Violação do contrato, com efetivação de danos materiais e morais - Provimento parcial a ambos os recursos - Danos materiais a serem apurados em liquidação de sentença por arbitramento, proporcionalmente ao efetivo cumprimento do contrato de prestação de serviços - Dano moral, considerando a condição das partes e o valor do contrato, na quantia de R\$ 420.000,00 (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9085298-60.2007.8.26.0000. Relator: Pedro Ablas. DJ: 06.06.2008).

²⁰⁵ No tocante ao dano moral, justifica o acórdão: Não há dúvida, conforme anotado no agravo de instrumento interposto pela Ambev, por ocasião da liminar que impedia a divulgação da música “Amor de Verão”, mencionado pelo autor-apelante (fls. 704 e 705), que houve efetivo ataque à imagem da autora, ao acentuar que “Zeca Pagodinho” na veiculação da propaganda ironiza o período em que se apresentou como consumidor da cerveja fabricada pela autora ao “colocar em patamar inferior a cerveja da Schincariol, fazendo com que o artista, em meio à música, classifique-a como uma ‘paixão de verão’, ‘ilusão’, ‘coisa de momento’, e conclua dizendo que ‘não tem comparação com aquela que fabrica seu ‘grande amor’” (fls. 705), o que foi repetido em entrevista, com menoscabo do produto fabricado pela autora - “fazia propaganda da Nova Schin tomando Brahma” - conforme mencionado por ela na inicial (fls. 17 e 26) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9085298-60.2007.8.26.0000. Relator: Pedro Ablas. DJ: 06.06.2008).

"Nova Schin" (fls. 6), com ganho por parte da autora"²⁰⁶. Quiçá um perito conseguisse demonstrar, por meio de estatística, qual a seriedade da perda da chance de obter o lucro desejado pela empresa e, na sequência, quantificá-lo.

Por fim, um assunto fervilhante no cenário nacional tem sido os escândalos oriundos de investidas de políticos, empresários e servidores públicos contra a Petrobras²⁰⁷. Com o propósito de obter vantagens pessoais, valendo-se das respectivas influências na empresa, passaram as empreiteiras a efetuar possível pagamento de propina²⁰⁸ a partidos políticos e a funcionários da Petrobras, causando enormes prejuízos à estatal²⁰⁹.

Nesse contexto, em que supostamente foram pagas propinas a políticos e a diretores da estatal em troca de posteriores vantagens em obras superfaturadas²¹⁰, além da redução do lucro líquido da empresa em quase 90%, no segundo trimestre de 2015, conforme estudo supracitado, seria possível a aplicação da teoria da perda da chance? Entende-se que a resposta é afirmativa. Não resta dúvida de que, além dos valores efetivamente desviados da estatal, houve também a perda da chance de pagar valores reais em seus contratos e, com isso, realizar investimentos que lhe trouxessem maiores lucros. Perdeu também a chance de investir em projetos importantes para o seu crescimento econômico ao invés de investir em obras desnecessárias²¹¹, que apenas resultaram em prejuízos.

Os investidores da estatal também perderam a chance de ter suas ações

²⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9085298-60.2007.8.26.0000. Relator: Pedro Ablas. DJ: 06.06.2008

²⁰⁷ Conforme os depoimentos dos envolvidos no suposto esquema de corrupção, havia um forte esquema de pagamento de propina pelas empreiteiras em obras da Petrobras, sendo o dinheiro utilizado para abastecer os cofres de partidos políticos como PT, PMDB e PP, o que culminou na demissão da presidente da estatal e de mais cinco diretores. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1548049-entenda-a-operacao-lava-jato-da-policia-federal.shtml>>. Acesso em: 07 ago. 2015.

²⁰⁸ Informa o Jornal Folha de São Paulo que o cálculo de perda com o suposto esquema de corrupção na Petrobras ficará entre R\$ 5 bilhões e R\$ 6 bilhões. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/04/1614687-propina-da-lava-jato-e-estimada-em-ate-r-6-bilhoes-pela-petrobras.shtml>>. Acesso em 07 ago. 2015.

²⁰⁹ Segundo informa o Jornal G1, "a Petrobras teve lucro líquido de R\$ 531 milhões no segundo trimestre de 2015, resultado quase 90% menor que no mesmo período do ano passado, quando lucrou R\$ 4,959 bilhões". Disponível em: <<http://www1.globo.com/economia/negocios/noticia/2015/08/petrobras-lucra-r-531-milhoes-no-2-trimestre.html>>. Acesso em: 07 ago. 2015.

²¹⁰ O Jornal G1 destaca que as investigações revelaram o pagamento de valores à empresa Odebrecht no percentual de 1.600% acima do valor de mercado. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/03/auditoria-da-petrobras-aponta-precos-superfaturados-com-odebrecht.html>>. Acesso em 07 ago. 2015.

²¹¹ Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/05/03/obra-parada-de-refinaria-da-petrobras-gera-prejuizos-financeiro-e-ambiental.htm>>. Acesso em: 07 ago. 2015.

valorizadas no mercado financeiro ao invés de sofrer a brusca queda em seus investimentos²¹². É claro que o valor de negociação das ações²¹³ varia de acordo com uma série de fatores, não havendo qualquer certeza de que, não fosse a possível corrupção na estatal, as ações teriam maior valor. Contudo, não resta dúvida de que o cenário de corrupção influenciou, trazendo um fator externo (prática criminosa) alheio à prática do mercado financeiro.

Além disso há a situação de fornecedores que não estão envolvidos nesse processo de corrupção e forneceram peças e equipamentos à estatal sem quaisquer perspectivas de adimplemento²¹⁴, podendo-se pensar, inclusive, na perda da chance de sobrevivência de tais empresas dada à gravidade no setor.

Deve-se destacar, ao final, a situação de funcionários dos estaleiros que, devido à ausência de pagamento por parte da Petrobras e o cancelamento de encomendas, perderam seus empregos. Foram demitidos desde o início de 2014 mais de 28 mil trabalhadores²¹⁵. Muitos deles haviam pedido demissão dos respectivos empregos, feito cursos profissionalizantes, foram contratados pelos estaleiros e, devido ao envolvimento dessas empresas no escândalo de corrupção, os repasses foram suspensos e elas tiveram que demitir. Entende-se que também houve a perda da chance de um emprego para essas pessoas, com chances sérias e reais de manutenção do contrato de trabalho, mas que foram tolhidas por fato criminoso e não por fatores econômicos.

Com os casos citados, percebe-se que o dano pela perda da chance pode ocorrer em decorrência da violação de deveres gerais de conduta, transcendendo as fases da formação e da execução do contrato para abranger as também as fases pré e pós-contratuais.

Nas linhas seguintes, após a constatação do surgimento de um dano injusto, serão abordadas as diversas naturezas jurídicas do dano perda da chance,

²¹² Conforme o Jornal Folha de São Paulo, “Ações da Petrobras caem até 9% após prejuízo de R\$ 6,2 bilhões com corrupção”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/04/1620051-acoes-da-petrobras-caem-9-apos-prejuizo-de-r-62-bi-com-corrupcao.shtml>>. Acesso em 07 ago. 2015.

²¹³ Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “valor de negociação – é o preço que o titular da ação consegue obter na sua alienação. O valor pago pelo adquirente é definido por uma série de fatores econômicos, como as perspectivas de rentabilidade, o patrimônio líquido da sociedade, o desempenho do setor em que ela atua, a própria conjuntura macroeconômica etc.” (COELHO, 2005, p. 183).

²¹⁴ Conforme informa a revista Veja, “problemas de caixa da Petrobras começam a contaminar fornecedores”. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/problemas-de-caixa-da-petrobras-comecam-a-contaminar-parceiros/>>. Acesso em 07 ago. 2015.

²¹⁵ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/negocios/corrupcao-afunda-retomada-da-industria-naval-15666323>>. Acesso em 07 ago. 2015.

conforme doutrina e jurisprudência ítalo-brasileira de modo que se possa garantir uma integral reparação dos danos à pessoa.

4 AS NATUREZAS JURÍDICAS DA PERDA DA CHANCE

A pretensão do presente capítulo é verificar a natureza jurídica da perda da chance: seria ela patrimonial e/ou extrapatrimonial? Se patrimonial, na forma de danos emergentes, lucros cessantes ou uma modalidade *sui generis*? Se extrapatrimonial, apenas dano moral ou uma espécie própria?

Conforme Alexandre Freitas Câmara, “quando se perquire a natureza jurídica de um instituto, o que se pretende é fixar em que categoria jurídica o mesmo se integra, ou seja, de que gênero aquele instituto é espécie” (CÂMARA, 2003, p. 142)²¹⁶.

Almeja-se passar pelas diversas categorias apresentadas, percorrendo os trabalhos já realizados, com o objetivo de focar na natureza jurídica extrapatrimonial das chances perdidas, objeto do presente trabalho. Opta-se por enfatizar a natureza extrapatrimonial da perda da chance, já que se encontra em harmonia com a metodologia do Direito Civil-Constitucional²¹⁷, cujo foco é a pessoa humana, sobretudo em seu caráter existencial em detrimento do aspecto meramente patrimonial.

4.1 A NATUREZA JURÍDICA PATRIMONIAL DAS CHANCES PERDIDAS

Conforme visto alhures, a doutrina italiana, no início, negava a possibilidade de indenização pela perda da chance, pois via nela uma mera expectativa de fato e não um direito subjetivo ou um interesse legítimo²¹⁸. Essa foi a conclusão de Francesco Busnelli, em 1965, ao comentar um julgado da Corte de Apelação de Paris, datado de 06 de março de 1964, em que um banco teria efetuado o

²¹⁶ No mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão afirma que dizer a natureza jurídica de um instituto é apontar a categoria a que ele pertence (ASCENSÃO, 2010a, p.66).

²¹⁷ Quanto à metodologia do direito civil-constitucional, no primeiro capítulo do presente trabalho, ver o subitem denominado *A tutela da pessoa humana na metodologia civil-constitucional*.

²¹⁸ Nessa senda, na doutrina nacional, ver Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 44), Flávio da Costa Higa (2012, p. 56), Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 35) e Sérgio Savi (2012, p. 8).

pagamento de um cheque devolvido por insuficiência de fundos e, antes de o cliente efetuar o pagamento ao banco, foi vítima de um acidente fatal causado por um terceiro. No caso, o banco ajuizou uma ação contra o terceiro, alegando a perda da chance de receber o seu crédito. A pretensão foi rechaçada pela corte parisiense e ratificada por Francesco Busnelli:

La banca, cioè, non viene più in considerazione come titolare di un diritto di credito, che assume essere stato lesa dal fatto del terzo, ma lamenta semplicemente la lesione di un mero interesse di fatto (in che consiste la perdita della chance appena ricordata) sicchè, la sua pretesa, se non può essere respinta ai sensi dell'art. 1223 (2056), può trovare un ostacolo nel fatto di riferirsi ad un danno che non deriva dalla lesione di un diritto soggettivo o, comunque, di un interesse giuridicamente tutelato (BUSNELLI, 1965, p. 50)²¹⁹.

Quando se aceitou a teoria da perda da chance, no direito italiano, a partir da obra de Adriano De Cupis, datada de 1966, sob o nome *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, a natureza jurídica de lucros cessantes já foi prontamente rechaçada:

Adriano De Cupis foi, em nosso sentir, o responsável pelo início da correta compreensão da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito Italiano. Este autor conseguiu visualizar um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam (SAVI, 2012, p. 10).

Não se pode confundir a perda da chance com lucros cessantes²²⁰, já que são institutos jurídicos diversos. Na perda da chance há uma probabilidade de que ocorra o resultado desejado ou o resultado a ser evitado. Já nos lucros cessantes, existe o elemento certeza de concretização do resultado final. O próprio Adriano De Cupis já tratou de efetuar tal distinção, afirmando que

²¹⁹ Tradução livre: Ou seja, o banco não vem a juízo como um titular de um direito de crédito, já que assume ser lesado por um fato de um terceiro, mas simplesmente lamenta a lesão a um interesse de fato (em que consiste a perda da chance, recordando-se). Assim, a sua pretensão, se não puder ser rechaçada com base no artigo 1223 (2056), pode encontrar um obstáculo no fato de referir-se a um dano que não deriva da lesão de um direito subjetivo ou, de igual modo, de um interesse juridicamente tutelado.

²²⁰ Sobre o conceito de lucros cessantes e a distinção entre eles e os danos emergentes, ver subcapítulo 2.5.1.

In conseguenza, sembra giusto ammettere che in relazione all'esclusione della possibilità di vittoria sussista un danno giuridico. La vittoria è assolutamente incerta, ma la possibilità di vittoria, che il creditore ha inteso garantirsi, già esiste, magari in proporzioni ridotte, al momento in cui si verifica il fatto per effetto del quale resta esclusa: cosicchè si è in presenza non già di un danno lucro cessante in ragione dell'impedita futura vittoria, ma di un danno emergente in ragione della frustrata attuale possibilità di vittoria (DE CUPIS, 1966, p. 264)²²¹.

Colhe-se da afirmação anterior que, se o resultado final pretendido fosse certo, vale dizer, se a vitória fosse certa, estar-se-ia diante de um lucro cessante. Mas, nos casos de perda da chance, não é possível saber se o resultado final pretendido seria alcançado, razão pela qual não se pode falar em lucro cessante.

Em artigo posterior, denominado *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, publicado no ano de 1976, Maurizio Bocchiola ratifica a posição de Adriano De Cupis e defende o afastamento da tese de lucros cessantes, pois, segundo Bocchiola, os lucros cessantes exigem que a parte interessada faça prova do resultado final pretendido, o que seria uma prova diabólica em se tratando de chances perdidas. São suas as seguintes palavras:

Infatti, propriamente, si deve indicare come lucro cessante solo il caso in cui si avvera la perdita di una possibilità favorevole, che spetterebbe ad un determinato soggetto con una probabilità che rassenta la certezza; nell'ipotesi di perdita di una chance, invece, il sopraggiungere del risultato utile è per definizione indimostrabile (BOCCHIOLA, 1976, p. 74)²²².

Por tal razão, com acerto, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral defendeu que eventual adoção da natureza jurídica de lucros cessantes para a

²²¹ Tradução livre: Em consequência, parece justo admitir que em relação à exclusão da possibilidade de vitória subsista um dano jurídico. A vitória é absolutamente incerta, porém a possibilidade de vitória que o credor pretendeu garantir já existe, talvez em proporções reduzidas, no momento no qual se verifica o fato em razão do qual ela é excluída: assim que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da frustrada possibilidade atual de vitória. Nesse sentido, ver também os trabalhos de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 87), Flávio da Costa Higa (2012, 78-79), Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 124) e Sérgio Savi (2012, p. 12).

²²² Tradução livre: Em realidade, exatamente, deve-se indicar como lucro cessante somente o caso no qual se realizasse a perda de uma possibilidade favorável, pertencente a um determinado sujeito com uma probabilidade que se aproxima a certeza; na hipótese de perda da chance, ao invés, a conquista do resultado útil é, por definição, indemonstrável. Sobre a importância do trabalho de Maurizio Bocchiola, ao afastar a tese do lucro cessante, ver também Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, 44-45, 89), Flávio da Costa Higa (2012, p. 65), Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 123-124) e Sérgio Savi (2012, p. 12-25).

perda da chance, com a necessidade de o lesado fazer prova de que, se não fosse o evento danoso, ele provavelmente realizaria o resultado final, conduziria, em realidade, a uma ausência de reparação (AMARAL, 2011, p. 82)²²³.

Outra questão posta por Adriano De Cupis foi a necessidade de que a chance de vitória fosse sempre em valor inferior que a própria vitória final²²⁴: “anzitutto, una chance di vittoria ha assai minor valore della vittoria futura, e tale inferiorità si riflette sul risarcimento” (DE CUPIS, 1966, p. 264)²²⁵. Na mesma senda, é o escólio de Italo Partenza:

La perdita di chance, dunque, è, in un certo senso, un bene minore e non una minore probabilità di causazione dell'evento, è la perdita di una possibilità che, ovviamente, è meno della perdita del bene reale ma pur sempre una perdita. (PARTENZA, 2013, p. 97)²²⁶.

Tal raciocínio parece correto, pois, se os lucros cessantes correspondem ao próprio valor do resultado final, a perda da chance, que constitui um *minus* em relação ao dano final, já que é tão somente a probabilidade de conseguir tal resultado, também deve apresentar, no que toca ao *quantum*, um *minus* em relação ao valor do resultado final.

Diante do cenário apresentado, em que não havia a certeza do resultado final e tampouco a possibilidade de fazer prova dele, aliada à evidência de que a chance perdida possuía um valor em si, a doutrina se viu obrigada a buscar um outro critério, encontrando-o nos danos emergentes, conforme lição supracitada de Adriano De

²²³ Vale destacar a rigidez jurisprudencial para somente admitir lucros cessantes em caso de prova pelo credor daquilo que razoavelmente deixou de lucrar, nos termos do art. 402 do CC. *Mutatis mutandis*, sem tal prova, a improcedência do pedido é de rigor, conforme se depreende de julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: "(...) Os lucros cessantes devem corresponder a tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar, de forma razoável, em decorrência do dano causado pelo devedor. Todavia, esse dano deve ser efetivo, certo, atual e subsistente. Não pode depender de uma grande carga de probabilidade, de meras presunções, de fatores indiretos e hipotéticos (...)" (REsp 1350267/MA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 07/04/2015). A mesma rigidez é presente na doutrina: o lucro cessante deverá ser provado, visto que não se presume. Necessária será a demonstração de sua existência (DINIZ, 2011, p. 449).

²²⁴ Sobre a necessidade do dano da perda da chance ser inferior ao valor do resultado final, ver Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 223), Flávio da Costa Higa (2012, p. 135), Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 134), Paulo de Tarso Sanseverino (2010, p. 173) e Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 99).

²²⁵ Tradução livre: Primeiramente, uma chance de vitória possui menor valor que a vitória futura, e tal inferioridade se reflete no ressarcimento.

²²⁶ Tradução livre: A perda da chance, então, é, em certo modo, um bem menor e não uma menor probabilidade de causar o evento, é a perda de uma possibilidade que, obviamente, é menos do que a perda do bem real, mas sempre uma perda.

Cupis (1966, p. 264).

No direito italiano, ao passo que o dano emergente constitui a imediata perda patrimonial do credor (la perdita subita dal creditore), o lucro cessante constitui uma riqueza não conseguida pelo lesado. Trata-se o lucro cessante de um dano normalmente futuro, que requer em cada caso uma razoável certeza quanto à sua ocorrência (BIANCA, 2012, p. 128-132). No Brasil, o artigo 402 do Código Civil, à semelhança do direito italiano, trata de conceituar os dois institutos, sendo o dano emergente aquilo que o credor efetivamente perdeu e lucros cessantes aquilo que razoavelmente deixou de lucrar²²⁷.

Nessa perspectiva, na doutrina italiana, a perda da chance assume a natureza jurídica de dano emergente. Em tal concepção, a chance perdida possui um valor próprio dissociada do dano final (DE CUPIS, 1966, p. 264)²²⁸.

Assim, não se objetiva a indenização do resultado final, que restou frustrada, mas a própria chance que possui um valor próprio, pois já integrada ao patrimônio do lesado no momento da prática do ato danoso²²⁹. Essa concepção, iniciada por Adriano De Cupis, foi mantida pela doutrina, conforme se depreende explicitamente das lições de Maurizio Bocchiola:

Quando si verifica un danno emergente, l'evento dannoso colpisce delle entità che il danneggiato aveva già nella propria sfera patrimoniale. Quindi, per ottenere il risarcimento il danneggiato deve provare una già avvenuta diminuzione patrimoniale. Nel caso del lucro cessante, ao contrario, non esiste un'entità patrimoniale di cui sia già titolare, nel momento in cui si verifica il fatto dannoso, colui che chiede il risarcimento” (BOCCHIOLA, 1976, p. 74)²³⁰.

Ao comentar uma das primeiras decisões da Corte de Cassação italiana a reconhecer a aplicação da teoria da perda da chance, a Sentença de n. 6.506, de 19 de dezembro de 1985²³¹, Vincenzo Zeno-Zencovich destaca a opção da corte em

²²⁷ Ver outras considerações sobre a distinção entre dano emergente e lucro cessante no tópico 2.5.1.

²²⁸ Ver também Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 87), Flávio da Costa Higa (2012, p. 79-80), Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 122) e Sérgio Savi (2012, p. 10-12).

²²⁹ Sobre a noção de chance como integrante do patrimônio do lesado, ver notas de rodapé nº 131 e 135.

²³⁰ Tradução livre: Quando se verifica um dano emergente, o evento danoso incide sobre uma entidade que o lesado já possuía na sua esfera patrimonial. Então, para obter o ressarcimento, o lesado deve provar uma prévia diminuição patrimonial. No caso do lucro cessante, ao contrário, não existe uma entidade patrimonial da qual seja titular aquele que pleiteia o ressarcimento, no momento em que se verifica o evento danoso.

²³¹ Trata-se do caso de Massimo Fabio Baroncini, que participou de dois concursos, cada um a seu

qualificar as chances perdidas como dano emergente, após transcrever a seguinte passagem:

In conclusione, la chance o probabilità (vale a dire effettiva e congrua possibilità di conseguire un certo bene) è anch'essa un bene patrimoniale, una entità economicamente e giuridicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile tutto che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità, o per presunzioni se, cioè, possa essere dimostrata con certezza pur soltanto relativa, e non assoluta, ma come tale sufficiente (ZENO-ZENCONVICH, 1986, p. 212-213)²³².

A doutrina italiana mais recente mantém a tese inaugurada por Adriano De Cupis e segue a afirmar a natureza jurídica de danos emergentes à perda da chance. Nesse sentido, é o escólio de Giuseppe Cassano, que afirma se tratar de um dano

turno, para concorrer a uma das vagas oferecidas pela Enel, empresa de energia italiana. O primeiro concurso ocorreu em 1976, denominado Concurso nº 06, cujos candidatos concorriam ao cargo da categoria C2. O outro concurso ocorreu em 1977, sob o nº 47, para as vagas de ajudante mecânico para trabalhar na zona de Larderello, na categoria superior C1. O candidato acabou sendo aprovado nas provas do concurso nº 47 e assumiu o cargo, na categoria superior C1. Foi aprovado também na prova escrita do outro concurso (nº 6) e aguardava a prova oral. Ocorre que foi chamado ao departamento de pessoal da empresa e lhe foi comunicada a sua exclusão do concurso nº 6, pois já era funcionário da Enel, não se justificando o interesse do candidato em prosseguir no certame. O candidato pleiteou ao juízo de Florença que declarasse o direito de efetuar a prova oral do certame, sob o argumento de que possuía interesse no concurso nº 06, pois, apesar de ser para uma categoria inferior, o posto de trabalho era próximo de sua residência, o que lhe reduziria custos. A Enel sustentou ausência de interesse do candidato em participar de concurso para categoria inferior. O juízo proferiu a sentença, reconhecendo a ilegítima exclusão do candidato do concurso. Houve recurso ao Tribunal de Florença, que acolheu o pedido da Enel, sob o argumento de ser impossível o adimplemento na forma específica, dado o exaurimento das etapas do concurso, cabendo apenas a ele pedir o dano pela injusta exclusão. Assim fez o candidato. Propôs o pedido de indenização perante o juízo, que acolheu o pleito. Contudo, a sentença foi reformada pelo Tribunal de Florença, sob o argumento de que o dano era meramente eventual, hipotético, tratando-se de mera probabilidade, não fazendo o interessado prova de que, prestada a prova oral, seria aprovado. Contra tal decisão, o candidato recorreu à Corte de Cassação, que deu provimento ao recurso para cassar a decisão e submeter a outro magistrado, devendo observar as seguintes teses: 1) trata-se de uma lesão a um interesse legítimo do candidato; 2) o Tribunal de Florença já havia reprovado o comportamento da Enel e dito que somente caberia a ação indenizatória; 3) no momento da lesão a um direito do candidato, a possibilidade da vaga no certame já fazia parte do patrimônio do lesado. Portanto, verificou-se um dano certo consistente, não em lucro cessante, mas em dano emergente pela perda de uma possibilidade atual; 4) havia uma probabilidade superior a 50% de o candidato ser aprovado no certame, tomando-se por base o número de candidatos existentes na penúltima fase e aqueles efetivamente aprovados na prova oral (ZENO-ZENCOVICH, 1986, p. 207-213).

²³² Tradução livre: Em conclusão, a chance ou probabilidade (vale dizer efetiva e cônica possibilidade de conseguir um certo bem) é também esta um bem patrimonial, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano atual e ressarcível contanto que seja provada a sua subsistência, por um cálculo de probabilidade ou por presunção, com certeza apenas relativa, e não absoluta, mas como tal suficiente. Sobre os comentários ao trabalho de Zeno-Zencovich na sustentação da perda da chance como dano emergente, ver também Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 175-176, 183-184), Flávio da Costa Higa (2012, p. 39) e Sérgio Savi (2012, p. 29).

certo consistente em dano emergente e não lucro cessante: “Deve però trattarsi di un danno certo (...) consistente non in un lucro cessante bensì nel danno emergente da perdita di possibilità attuale, e non di un futuro risultato” (CASSANO, 2012, p. 591)²³³. A mesma concepção é exposta por Cesare Massimo Bianca ao afirmar que: “il danno da perdita di occasione favorevole è un danno attuale determinabile in via equitativa in ragione della maggiore o minore probabilità di trarre profitto dall'occasione perduta” (BIANCA, 2012, p. 179)²³⁴. Além dos autores mencionados, pode-se citar como adeptos do dano emergente Ludovico Berti (2013, p.121)²³⁵ e Domenico Chindemi (2010, p.10-11)²³⁶, não se vislumbrando na doutrina italiana atual adeptos à vetusta tese de lucros cessantes.

Na doutrina brasileira, não se verifica a mesma homogeneidade com a qual o assunto é tratado na Itália. Rafael Peteffi da Silva, um dos precursores da teoria da perda da chance no Brasil, vislumbra uma dupla natureza jurídica das chances perdidas: dano autônomo (casos clássicos da perda da chance) e causalidade parcial do dano final (casos relativos à seara médica), conforme restou demonstrado alhures, ao abordar as modalidades de perda da chance, dedicando-se o autor ao estudo da causalidade parcial. Vale observar que o autor não fez opção entre os danos emergentes e os lucros cessantes para os casos clássicos da perda da chance, o que se justifica pelo fato de o seu trabalho limitar-se ao estudo da causalidade parcial (SILVA, 2013, p. 104).

Em outro norte, Sérgio Savi segue os ensinamentos italianos e ratifica a

²³³ Tradução livre: Deve-se, contudo, tratar-se de um dano certo (...) consistente não em um lucro cessante, mas no dano emergente da perda de possibilidade atual, e não de um futuro resultado.

²³⁴ Tradução livre: O dano da perda da chance é um dano atual determinável por via equitativa em razão da maior ou menor probabilidade de trazer benefício à chance perdida.

²³⁵ La chance viene vista come una attitudine attuale (e non futura) del soggetto a realizzare un futuro risultato che quindi costituisce una componente del suo patrimonio personale cosicché, nel momento di verificazione dell'evento dannoso, l'utilità, quale possibilità di conseguire un risultato utile, è già parte del suo bagaglio, costituendo un danno presente e non futuro. Tradução livre: A chance é vista como uma atitude atual (e não futura) do sujeito de realizar um futuro resultado que então constitui um componente de seu patrimônio pessoal de modo que, no momento de verificação do evento danoso, a utilidade, como possibilidade de conseguir um resultado útil, já faz parte de sua bagagem, constituindo um dano presente e não futuro.

²³⁶ Se, invece, si opta per la natura di danno emergente, il bene leso è già presente nel patrimonio della vittima che subisce una perdita sotto il profilo del danno emergente e non del lucro cessante e, ai fini della prova, non occorrerà la certezza del raggiungimento del risultato ma la mera probabilità, sia pure significativa (almeno il 51%) di conseguirlo. Tradução livre: Se, ao invés, opta-se pela natureza de dano emergente, o bem lesado já está presente no patrimônio da vítima que suporta uma perda na forma de dano emergente e não de lucro cessante e, ao final da prova, não ocorrerá a certeza da obtenção do resultado, mas a mera probabilidade, embora significativa (ao menos 51%) de conseguirlo.

posição de natureza jurídica das chances perdidas como dano emergente:

Ao se inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial). Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da vitória futura que restou frustrada, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que deixou de existir (SAVI, 2012, p. 122).

Na mesma linha, Daniel Amaral Carnaúba também sustenta a tese da natureza de dano emergente ao afirmar que “a chance passa a ser considerada um 'patrimônio anterior' do interessado. Disso se conclui que a chance perdida é um dano emergente” (CARNAÚBA, 2013, p. 168-169). Flávio da Costa Higa, dentre as opções danos emergentes e lucros cessantes, faz a opção pelo dano emergente, porém adverte que a vinculação a uma das duas figuras cria dificuldade para justificar a perda da chance quando o evento danoso acarretar prejuízos exclusivamente na esfera imaterial (HIGA, 2012, p. 78-80).

Sergio Cavalieri Filho traz a problemática da divergência doutrinária no tocante à natureza jurídica, dizendo que ora é reconhecida como dano patrimonial, ora como dano moral. Dentre os danos patrimoniais, diz que há quem defenda ser lucro cessante e outros sustentam dano emergente. Afirma que se sustenta, inclusive, uma terceira via entre os danos emergentes e os lucros cessantes. Contudo, apesar de demonstrar o panorama atual da natureza jurídica, abstém-se o doutrinador de demonstrar o seu posicionamento (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 97-105). Há quem entenda que Sergio Cavalieri Filho demonstra uma certa inclinação à tese de lucros cessantes (CARNAÚBA, 2013, p. 169). Entretanto, tal opção não é clara em sua obra. Há também quem aborde a teoria da perda da chance, porém passa *in albis* no tocante à sua natureza jurídica, como é o caso de Sérgio Severo (1996, p. 11-14).

Uma outra corrente, contudo, após rechaçar a possibilidade de enquadrar a perda da chance como dano emergente ou lucro cessante, sustenta que se trata, em realidade, de uma espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro

cessante:

Se a perda de uma chance for enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, terá o autor da ação que comprovar de forma inequívoca que, não fosse a existência do ato danoso, o resultado teria se consumado, com a obtenção da chance pretendida, o que é impossível. Ora, se a vitória não pode ser provada e confirmada, o mesmo ocorre em relação ao insucesso da obtenção do resultado esperado (...) Assim o enquadramento desse dano não cabe exatamente no dano emergente nem nos lucros cessantes, ante a probabilidade e não certeza de obtenção do resultado aguardado. Entendo que se trata de uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante (MELO, 2007, p. 2).

O entendimento de fixar a perda da chance como uma modalidade intermediária entre os danos emergentes e os lucros cessantes, apesar de não ser majoritária na doutrina, já recebeu acolhida do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende de passagem do seguinte aresto:

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado²³⁷.

Ainda na esfera da natureza jurídica patrimonial, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral defende a existência de uma natureza jurídica de danos emergentes *sui generis*, já que não há como afirmar a certeza do resultado pretendido, razão pela qual sua pretensão não poderá corresponder ao resultado final. Destaca que a vantagem final se traduz em base de cálculo para a quantificação das chances perdidas:

Refletindo-se, inicialmente, acerca da aplicação da teoria clássica da responsabilidade civil pela perda da chance, ou seja, quando o sujeito está inserido em um processo aleatório, na busca de uma vantagem e, em razão da conduta de outrem, tem as chances de auferir tal vantagem definitivamente frustrada, sendo impossível precisar se efetivamente alcançaria o benefício pretendido, em se tratando de interesse patrimonial, verifica-se que o dano a ser indenizado constitui dano emergente *sui generis*. Nessa situação, a

²³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1210732/SC. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 15.03.2013.

indenização há de corresponder, como apontado em outra passagem do estudo, a um valor menor que a vantagem esperada, pois não há maneiras de afirmar, ausente de dúvidas, que o indivíduo obterá o resultado pretendido. A conduta do agente causador do dano não retirou a vantagem esperada, mas apenas e tão-somente as chances de alcançar tal vantagem. Por isso, a vantagem final esperada pelo sujeito não constituirá o limite da indenização a ser concedida pela perda da chance. Entretanto, a vantagem final traduz-se em base de cálculo sobre o qual incidirá a alíquota concernente à porcentagem das chances que o lesado tinha de auferir o benefício esperado (AMARAL, 2011, p. 203).

Ao contrário do direito italiano, em que a perda da chance se encontra mais consolidada, no Brasil há diversos julgados reconhecendo a perda da chance apenas como dano moral, o que acaba recebendo críticas da doutrina, já que, em muitos dos casos, adota-se a natureza jurídica de dano moral em casos típicos de violação a interesse de natureza patrimonial, o que revelaria ausência de cientificidade. Mas seria possível a perda da chance apresentar natureza extrapatrimonial? A análise de tal problemática constitui objeto do tópico seguinte.

4.2 A NATUREZA JURÍDICA EXTRAPATRIMONIAL DAS CHANCES PERDIDAS

A perda da chance pode apresentar natureza jurídica extrapatrimonial ou patrimonial, a depender da análise do interesse jurídico lesado²³⁸, o que dependerá, por sua vez, da análise do caso concreto. O que não se pode fazer é enrijecer a teoria da perda da chance, no plano abstrato, afirmando que ela será sempre patrimonial ou extrapatrimonial.

A complexidade do instituto levou Domenico Chindemi, no direito italiano, a afirmar que a perda da chance constitui um dano mutante: “il danno da perdita di chance è un danno mutante in relazione alla lesione del diritto²³⁹ che ne ha dato

²³⁸ Sobre a distinção entre dano patrimonial e dano extrapatrimonial, a partir do interesse jurídico lesado, ver Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 108-109), Cesare Massimo Bianca (2012, p. 123), Domenico Chindemi (2010, p. 23), Eduardo Zannoni (2005, p. 105), Fernando Noronha (2013, p. 498), Flávio da Costa Higa (2012, p. 80-81), Gisela Sampaio da Cruz (*apud* SAVI, 2012, p. 42), Maria Helena Diniz (2013, p. 84, 107) e Sérgio Severo (1996, p. 6-8).

²³⁹ Apesar de Domenico Chindemi utilizar, nessa passagem, a expressão “lesione del diritto” (lesão do direito, em português), prefere-se a utilização do termo interesse ao invés de direito. Isso porque o interesse constitui um *minus* em relação ao direito. Contudo, se o interesse for legítimo, a sua lesão já é suficiente para a configuração de um dano ressarcível, inclusive pela perda da chance. Assim, tanto a lesão a um interesse legítimo quanto a lesão a um direito merecem tutela do ordenamento jurídico. Nesse sentido, vale destacar a lição de Caio Mário da Silva Pereira: “A noção de dano supõe, como esclarecem Marty e Raynaud, que a vítima seja atingida em ‘uma situação de que ela se beneficiava,

origine e può assumere natura diversa, sia patrimoniale che non patrimoniale” (CHINDEMI, 2010, p.49)²⁴⁰.

Somente após verificar qual interesse jurídico²⁴¹ foi violado pela conduta do ofensor é que se poderá estabelecer a natureza jurídica da perda da chance, patrimonial ou extrapatrimonial.

4.2.1 Interesse jurídico lesado ou consequência da lesão: como identificar o dano extrapatrimonial?

Para que se possa distinguir o dano patrimonial do extrapatrimonial da perda da chance, torna-se necessário, primeiramente, verificar qual o conceito de dano adotar, o que pode ser feito a partir das consequências da lesão ou do interesse jurídico lesado (AMARAL, 2011, p. 99).

É interessante observar que tal escolha não se trata de um aspecto meramente teórico, mas de uma opção que trará reflexos na própria compreensão dos institutos jurídicos, no caso, dano extrapatrimonial e dano patrimonial.

Antonio Jeová Santos se filia à corrente que entende o dano a partir de suas consequências no mundo fenomênico e, desse modo, realiza a seguinte distinção entre dano patrimonial e dano moral:

Quando o prejuízo afeta bem material, diz-se que o dano é patrimonial. Caracteriza-se pela apreciação pecuniária da consequência que produz (...) Quando ao contrário, a lesão afeta sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação, dor, etc., diz-se que o dano é moral (SANTOS, 1997, p. 22-23).

lesada em uma vantagem que possuía’. Para servir de base a uma ação de responsabilidade, indagam esses autores se é preciso que a vítima ‘fosse titular de um direito a esta situação ou a esta vantagem e seja atingida em um direito; ou será suficiente a ofensa a uma situação de fato e lesão a um simples interesse? (...) Com fundamento na jurisprudência respondem que a questão única a apreciar é se esta situação ou este interesse tinham ‘uma estabilidade ou promessa de duração suficiente para que o prejuízo, mesmo na ausência de um direito possa ser considerado como suficientemente certo’ (...) Também De Page, em alusão à jurisprudência nova da Corte de Cassação, registra a regra segundo a qual um simples interesse é bastante para caracterizar o elemento ‘dano’ (...) Alex Weill e François Terré acrescentam, todavia, que o interesse violado há que ser legítimo” (PEREIRA, 1993, p. 38-39). Não é por outra razão que o próprio Domenico Chindemi, em outra passagem, ao se referir à Sentença nº 500 da Corte de Cassação, afirma que a partir de tal julgado, para a configuração da perda da chance, basta que o dano seja injusto, independentemente de constituir lesão a direitos (subjetivos) ou a interesses legítimos (CHINDEMI, 2010, p. 12).

²⁴⁰ Tradução livre: “o dano da perda da chance é um dano mutante em relação à lesão do direito que lhe deu origem e pode assumir natureza diversa, seja patrimonial, seja não patrimonial”.

²⁴¹ Sobre o interesse jurídico lesado, ver a nota de rodapé nº 238.

Em tal concepção, portanto, deve-se observar a consequência provocada pela lesão para conceituar o dano patrimonial ou o dano extrapatrimonial. Se causar prejuízo material, será dano patrimonial. Por outro lado, se causar angústia, humilhação, dor ou outros sentimentos, ter-se-á o dano moral.

A distinção que toma por base as consequências da lesão ainda é corriqueira na jurisprudência brasileira, conforme se depreende do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Na verdade, a vida em sociedade traduz, infelizmente, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil, por dano moral. Assim, não é possível se considerar meros incômodos como ensejadores de danos morais, sendo certo que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar²⁴².

Contudo não se trata da melhor opção. Percebe-se que cada pessoa pode reagir de forma diferente a uma agressão, o que faria com que determinado dano fosse reconhecido por um magistrado e por outro não, a depender de sua maior ou menor sensibilidade²⁴³. Nesse sentido, Eduardo Zannoni, com razão, rechaça a consequência da lesão como critério para o reconhecimento de um dano extrapatrimonial:

Es frecuente, habitual diríamos, considerar que el daño moral es menoscabo a la esfera de los sentimientos de las personas: el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima del evento dañoso. Pero, qué son, en verdad, esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos? Si bien se analiza, no son sino

²⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1234549/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 10/02/2012.

²⁴³ Não se pode olvidar o caso em que a atriz Maitê Proença teve exposta sua nudez, sem autorização, em jornal de grande circulação, ocasião em que seu pedido indenizatório foi rechaçado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro com o seguinte argumento: “Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou revistas. As bonitas, não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia lhe causaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimento sem conta, a justificar – aí sim- o seu pedido de indenização do dano moral” (SCHREIBER, 2013b, p. 17). Posteriormente, tal decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao assentar que a “publicação desautorizada de imagem exclusivamente destinada a certa revista, em veículo diverso do pretendido, atinge a honorabilidade da pessoa exposta” (REsp 270.730/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ: 07.05.2001).

estados del espíritu, consecuencia del daño. El dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible y permanente, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, etc., son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada cual siente o experimenta a su modo (ZANNONI, 2005, p. 152-153).

De igual modo, Mário Luiz Delgado enfatiza que o dano moral não pode ser confundido com a dor diante da impossibilidade de qualquer mensuração do sofrimento. Assim, “não há como se estabelecer graus de dor. E isso é importante destacar para que não se fale em patrimonialização dos sentimentos” (DELGADO, 2011, p. 302).

Aliás, não se pode olvidar a opção da doutrina civilista, participante das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, encampando tal entendimento, ao editar o Enunciado nº 445: “Art. 927. O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”²⁴⁴. Usa-se a expressão “não pressupõe necessariamente”, pois a consequência da lesão não se trata de um requisito essencial para a configuração do dano moral, podendo, ou não, ocorrer no caso concreto.

Mas, afinal, se não é a consequência da lesão que caracteriza o dano extrapatrimonial, qual seria o caminho a trilhar? Tem-se a resposta na teoria do Interesse²⁴⁵ (SEVERO, 1996, p. 6-8), segundo a qual o dano constitui uma lesão a interesse juridicamente protegido (BIANCA, 2012, p.123). O interesse consiste na posição de uma pessoa em relação a um bem suscetível de lhe satisfazer uma determinada necessidade, seja patrimonial como a propriedade, seja não patrimonial como a vida (SEVERO, 1996, p. 6-8).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apesar de conceituar, em determinada ocasião, o dano extrapatrimonial pelas consequências da lesão, também já fez opção pelo critério do interesse jurídico lesado, conforme se depreende do seguinte aresto:

²⁴⁴ Disponível em: <<http://www.altosestudios.com.br/?p=49033>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

²⁴⁵ Sobre a teoria do interesse e a seleção de interesses legítimos, ampliando-se o rol de danos ressarcíveis, ver Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 62-73). Ainda sobre a concepção de que o dano patrimonial se distingue do dano extrapatrimonial a partir da lesão de interesses, patrimonial e extrapatrimonial, respectivamente, ver Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 99-101) e Maria Helena Diniz (2013, p. 107).

Montante arbitrado com base no método bifásico, por meio do qual se estabelece primeiro um valor básico de indenização, considerando o interesse jurídico lesado, para somente então se chegar a um montante definitivo, mediante ajustes que refletem as peculiaridades do caso²⁴⁶.

Do exposto, na metodologia do direito civil-constitucional²⁴⁷, de modo a outorgar ampla indenização à vítima, conclui-se que a distinção entre dano patrimonial e dano extrapatrimonial deve ocorrer a partir do interesse jurídico lesado e não das consequências da lesão, sob pena de se permitir que critérios totalmente subjetivos possam conceder ou negar a devida compensação do dano extrapatrimonial.

4.2.2 Dano patrimonial e dano extrapatrimonial: distinções

A partir da utilização da teoria do interesse²⁴⁸ (SEVERO, 1996, p. 6-8), perquirindo, no caso concreto, qual é o interesse jurídico lesado, torna-se possível fazer a distinção entre dano patrimonial e dano extrapatrimonial.

Se houver violação a um interesse patrimonial da vítima, estar-se-á diante de um dano patrimonial. Por outro lado, se houver lesão a um interesse não patrimonial, ter-se-á um dano extrapatrimonial (BIANCA, 2012, p. 123). Nessa toada, valendo-se do interesse jurídico, é possível dizer que o dano patrimonial vem a ser

a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na vida profissional ou em seus negócios (DINIZ, 2013, p. 84).

No tocante ao dano extrapatrimonial, em sentido *lato*, “vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais da pessoa natural ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1395250/SP. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. DJ: 27/11/2013.

²⁴⁷ Sobre a metodologia do direito civil-constitucional, no primeiro capítulo do presente trabalho, ver o subitem denominado *A tutela da pessoa humana na metodologia civil-constitucional*.

²⁴⁸ Para o aprofundamento sobre teoria do interesse, interesses legítimos e danos ressarcíveis, remete-se ao trabalho de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 62-73).

(DINIZ, 2013, p. 107) ou todo dano “que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial” (ZANONNI, 2005, p. 150). Destaca Caio Mário da Silva Pereira que é comum se referir à expressão bem jurídico como “sendo a verificação de um dano ao patrimônio. Não nos parece bem-posta a expressão, porque a referência ao valor patrimonial pode insinuar a exclusão do dever de reparar o atentado a outros valores jurídicos, de cunho não patrimonial” (PEREIRA, 2013, p. 315).

E o que se deve entender como interesses não patrimoniais ou extrapatrimoniais? Já se afastaram as consequências da lesão (dor, humilhação, tristeza, mágoa etc.) como critério, conforme visto alhures.

Seria a lesão a um direito da personalidade o critério adequado? A violação a um direito da personalidade constitui uma espécie pertencente ao gênero dano extrapatrimonial, qual seja, o dano moral em sentido estrito. Nesse rumo, “o dano moral é, na verdade, lesão ao direito da personalidade” (DINIZ, 2013, p. 109). Porém, o dano moral não esgota as hipóteses de danos extrapatrimoniais, já que existem outros danos extrapatrimoniais que transcendem a noção de dano moral. Nesse sentido, “os danos extrapatrimoniais não se resumem às lesões de direitos inerentes à personalidade, por mais amplo que seja o sentido que se lhes confira” (SEVERO, 1996, p. 41).

Assim, ao adotar a metodologia de classificar o dano extrapatrimonial como uma expressão mais ampla, Judith Martins-Costa reconhece as suas diversas espécies:

os danos à pessoa, ou à personalidade, constituídos pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusos os danos ao projeto de vida, e ao livre desenvolvimento da personalidade, os danos à vida de relação, inclusive o prejuízo de afeição e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais (MARTINS-COSTA, 2002, p. 426-427).

Deve-se destacar que a afirmação de que há danos extrapatrimoniais que transcendem o dano moral não é unanimidade na doutrina. Nesse sentido, Nelson

Rosenvald, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Peixoto Braga Netto, por exemplo, tecem críticas à pretensão de ampliação do dano extrapatrimonial, pois, em suas concepções, todas elas se resumem a dano moral. Assim,

a nosso viso, no bojo de qualquer demanda de responsabilidade civil em território nacional, a alegação de uma possível prática de um dano existencial, biológico ou à saúde, ou mesmo a afirmação de um dano à vida em relação ou a um projeto de vida, não poderão significar nada a mais que figuras de linguagem capazes de persuadir o magistrado no sentido da demonstração de uma real afetação de um interesse existencial merecedor de tutela. Quer dizer, não desprezamos a possibilidade de enriquecimento da argumentação jurídica em tudo que diga respeito à demonstração de um dano injusto a uma das incontáveis manifestações da personalidade humana. Mas, insistimos, todas essas nomenclaturas significam apenas uma mesmíssima coisa: dano moral (ROSENVALD, FARIAS, BRAGA NETTO, 2014, p. 344).

Na linha do presente trabalho, contudo, filia-se à tese daqueles que defendem a distinção entre danos extrapatrimoniais e suas espécies, pois considerá-las todas como um único dano moral ou usá-las apenas como fundamentos de convicção do magistrado da existência de um único dano moral significa deixar à míngua da devida compensação diversos outros danos à pessoa, negando-se vigência às cláusulas gerais de tutela da pessoa²⁴⁹.

Destarte, assiste razão a Fernando Noronha, quando diz que andou bem o Direito brasileiro, ao tratar de distinguir os danos extrapatrimoniais (danos morais em sentido amplo), referindo-se ao gênero, e os danos morais (danos morais em sentido estrito ou danos anímicos), referindo-se à espécie. Na sequência, chama a atenção o autor para a necessidade de se fazer um esforço, na linguagem jurídica, de modo a corrigir a imprecisão terminológica que prevalece na matéria que trata a expressão dano moral como sinônima de dano extrapatrimonial. Em sua concepção, o correto seria utilizar a expressão danos morais apenas para os casos de danos morais em sentido estrito (NORONHA, 2013, p. 590-594)²⁵⁰.

²⁴⁹ Ver também tópico 4.2.4.

²⁵⁰ Em igual sentido, citam-se as considerações de Judith Martins-Costa: “Em nossa opinião, o mais conveniente seria acabar de vez com o uso da expressão ‘dano moral’ em caráter genérico, como o faz a doutrina mais recente [Sérgio Severo], para assentar o emprego da expressão ‘danos extrapatrimoniais’ como indicativa do gênero do qual seriam espécies os ‘danos à personalidade’ e os demais danos extrapatrimoniais antes assinalados, inclusive os danos morais em sentido próprio, isto é, os que atingem a honra e a reputação. Seria alcançada, assim, a reunião numa mesma etiqueta – dano extrapatrimonial – das duas definições mais correntes na doutrina: a que identifica a área não-

Em relação aos danos morais em sentido estrito ou danos anímicos, denominou Fernando Noronha (2013, p. 584) como “a violação de valores ou interesses puramente espirituais ou afetivos, ocasionando perturbação na alma do ofendido”. Já para os danos morais em sentido amplo, também denominados danos extrapatrimoniais, realizou a conceituação negativa, ao afirmar que “são extrapatrimoniais aqueles que se traduzem na violação de quaisquer interesses não suscetíveis de avaliação pecuniária” (NORONHA, 2013, p. 590).

Mas seria a conceituação negativa dos danos extrapatrimoniais ou morais em sentido amplo o melhor critério? A doutrina majoritária, ao tratar da diferença entre o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial, tem se utilizado da conceituação negativa, vale dizer, considera-se dano extrapatrimonial lesão a interesses não patrimoniais. Citam-se, além de Fernando Noronha, já mencionado, Mazeaud e Tunc (1963, p. 298)²⁵¹, Wilson Melo da Silva (1969, p. 13)²⁵², João Casillo (1987, p. 41)²⁵³ e Orlando Gomes (2011, p. 75)²⁵⁴.

Aliás, vale mencionar a advertência de que a tentativa de uma definição substancial ao dano extrapatrimonial, além daquela entendida como lesão a interesse sem expressão econômica, conduziria a uma limitação desnecessária:

Dessa forma, dano extrapatrimonial é a lesão de interesse sem expressão econômica, em contraposição ao dano patrimonial, não se justificando a busca de uma definição substancial, uma vez que tal concepção constituir-se-ia numa limitação desnecessária ao instituto (SEVERO, 1996, p. 43).

patrimonial com os prejuízos de caráter moral; e a que constrói tal definição em termos residuais, reconduzindo à categoria a heterogeneidade dos danos, quaisquer que sejam, não configuráveis em termos patrimoniais” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 349). Esse também é o entendimento de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral: “Em verdade, dano moral hoje somente representa uma das espécies do gênero, dano extrapatrimonial ou imaterial, este, sim, contraposto ao dano patrimonial” (AMARAL, 2011, p. 94).

²⁵¹ “A veces afecta a la víctima pecuniariamente; se traduce en una disminución de su patrimonio. Otras veces, por el contrario, no lleva consigo la pérdida de dinero; la víctima es alcanzada moralmente, por ejemplo, en su honor o en sus afectos. En el primer caso, existe perjuicio material, pecuniario o patrimonial; en el segundo, perjuicio moral, extrapecuniario o extrapatrimonial”.

²⁵² “Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

²⁵³ “O dano extrapatrimonial identifica-se como sendo aquela ofensa a um direito, uma lesão que não traz uma repercussão no patrimônio da vítima, no sentido clássico de material, podendo ou não repercutir no do ofensor”.

²⁵⁴ “A expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial”.

Há quem busque dar uma conceituação positiva para os danos extrapatrimoniais. Com tal propósito, poder-se-ia falar em danos extrapatrimoniais entendidos como lesão a um bem jurídico não patrimonial, compreendendo-se os direitos da personalidade, os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos de família (AMARAL, 2014, p. 589-590). Percebe-se, em tal conceito, que os danos extrapatrimoniais não ficaram limitados à violação aos direitos da personalidade (dano moral em sentido estrito)²⁵⁵, mas foram além para abranger direitos políticos²⁵⁶, direitos sociais²⁵⁷ e os direitos de família²⁵⁸.

Outra possibilidade seria a lesão a um interesse que visa à satisfação ou ao gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade e o estado de família), além da lesão à dignidade da pessoa humana (DINIZ, 2013, p. 110). Deve-se destacar que Maria Helena Diniz se vale de tal conceito para definir o que entende por dano moral. Embora não utilize a expressão dano extrapatrimonial ou dano moral em sentido amplo, em tal passagem, assim deve ser entendido, já que ela é enfática ao conceituar o dano moral, entendido como dano moral em sentido estrito apenas como a violação a direitos da personalidade (DINIZ, 2013, p. 109).

Ainda, vislumbra-se a possibilidade de entender o dano extrapatrimonial como a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos: princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade (BODIN DE MORAES, 2009, p. 327). Da sistemática de sua obra, verifica que a citada doutrinadora, contudo, não

²⁵⁵ Os direitos da personalidade podem ser divididos em direito à integridade física e em direitos à integridade moral. Quanto aos direitos relativos à integridade física destacam-se o direito à vida, o direito sobre o próprio corpo e o direito ao cadáver. Quanto aos direitos à integridade moral tem-se o direito à honra, à liberdade, à privacidade e, em uma esfera mais estreita, à intimidade, à imagem, ao nome e aos direitos morais sobre as criações pela inteligência (LOTUFO, 2003, p. 79).

²⁵⁶ Consistem no direito de participar no processo político como um todo, de votar e ser votado, direito ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, exercício do plebiscito, referendo e da iniciativa popular, além do direito de participação nos partidos políticos (MENDES, 2009, p. 779).

²⁵⁷ São direitos sociais oponíveis ao Estado brasileiro, por todos quantos vivem em nosso território, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (MENDES, 2009, p. 762).

²⁵⁸ Como as relações de cônjuge, de parente e as de poder familiar (AMARAL, 2014, p. 590). Não se pode olvidar as relações de afeto, já que o “pensamento contemporâneo ampliou seu entendimento e compreensão sobre as formas de manifestação do afeto, do carinho e consequentemente sobre as várias formas e possibilidades de se constituir uma família” (PEREIRA, 2003, p. 235).

realiza a distinção conceitual entre danos morais em sentido estrito e danos morais em sentido amplo, apesar de aceitar a ideia de um gênero extrapatrimonial e suas espécies, acabando por conceituar todos como a violação à dignidade da pessoa humana.

A crítica que se pode fazer a tal conceituação positiva é que ela acaba, de um lado, por limitar o rol de danos extrapatrimoniais, correndo o risco de deixar de fora um dano sem a devida indenização, sobretudo no cenário em que os avanços da técnica permitem a cada dia identificar um novo tipo de dano, conforme tem demonstrado a experiência. Por outro lado, conceituar os danos extrapatrimoniais apenas como a violação à dignidade da pessoa humana também não parece ser a melhor opção. Isso porque uma lesão de natureza patrimonial também é uma lesão à dignidade da pessoa humana, o que permite concluir que a dignidade da pessoa humana transcende o dano patrimonial e extrapatrimonial. Além disso, perderia o sentido ou tornaria demasiado difícil a tarefa de distinção entre as espécies de danos extrapatrimoniais, já que todos eles constituem, em *ultima ratio*, lesão à dignidade da pessoa humana. Por fim, valer-se do fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF) para conceituar e diferenciar as diversas espécies de danos poderia conduzir à sua banalização²⁵⁹, o que não se mostra adequado.

Após cotejar os conceitos apresentados, na linha do presente trabalho, verifica-se que a melhor forma de garantir a ampla tutela da pessoa, realizando a distinção entre o gênero extrapatrimonial e suas espécies, não correndo o risco de tratá-los como sinônimos, é buscar o ponto comum entre todos eles, adotando-o como gênero. Na sequência, efetuar a distinção entre as suas espécies. Nessa toada, parece mais adequado conceituar o gênero extrapatrimonial (ou dano moral em sentido amplo) de forma negativa, ou seja, como a lesão a interesses não patrimoniais. Já o dano moral em sentido estrito conceituar-se-ia como a violação a direitos da personalidade, ou seja, a espécie apresentaria uma maior especificidade em relação ao gênero. É nesse contexto que se pretende sustentar a possibilidade de enquadrar o dano pela perda da chance como uma das espécies do gênero dano extrapatrimonial, ao lado de outras novas vozes de danos.

²⁵⁹ A preocupação com a banalização da dignidade da pessoa humana é encontrada na doutrina: “seu uso indiscriminado pode conduzir à banalização de um conceito que ocupa posição central na ordem jurídica contemporânea” (SCHREIBER, 2013b, p. 8).

4.2.3 Espécies de danos extrapatrimoniais

Diante da amplitude dos danos extrapatrimoniais, não se pode pretender a construção de um rol *numerus clausus* de espécies de danos extrapatrimoniais, pois a cada dia surgem novos danos indenizáveis como decorrência lógica da própria transformação da realidade social.

Assim, “todas as vezes que se tentar enumerar as novas espécies de danos, a empreitada não pode senão falhar: sempre haverá uma nova hipótese sendo criada” (BODIN DE MORAES, 2009, p. 166).

Contudo, o fato de surgir novos danos a cada dia, frutos do desenvolvimento tecnológico e dos riscos inerentes ao desenvolvimento econômico e social, não pode ser entendido como um indiferente à ciência jurídica. Ao contrário, deve-se buscar conhecê-los e perquirir sua admissibilidade no ordenamento jurídico, à luz da dignidade da pessoa humana e da injustiça do dano.

Sem qualquer pretensão de apontar um rol fechado, apenas com caráter exemplificativo, serão apresentadas algumas espécies de novos danos, que surgem a cada dia no cenário jurisprudencial e doutrinário, desafiando a tarefa dos profissionais do direito na sua efetivação. Afinal, “cada vez es posible dañar más y cada vez sabemos más sobre los daños, que progresivamente incorporamos al Derecho cuando comprobamos su injusticia” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2004, p. 32).

Dentre os novos danos, destaca-se o dano estético, que, nas palavras de Teresa Ancona Lopez, trata-se de uma violação a um dos direitos da personalidade da vítima – a integridade física – provocando a “modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um 'enfeamento', que lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto a uma dor moral” (LOPEZ, 1980, p. 18 e 28). Para a doutrinadora, portanto, quando escreveu sobre o dano estético, na década de 1980, ele foi concebido como dano moral, entendido em sentido estrito – como violação a direito da personalidade.

A jurisprudência brasileira, inicialmente, entendia o dano estético como dano moral. Nesse sentido era o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ao assentar que “a indenização relativa ao dano moral abrangerá a pertinente ao dano

estético, ressalvadas eventuais repercussões econômicas²⁶⁰. Conforme observado, caso houvesse repercussões econômicas, oriundas do mesmo fato, admitia a jurisprudência do STJ a cumulação entre danos morais (relativos aos danos estéticos) e danos materiais.

Contudo, os tribunais percebiam que ainda havia um dano sem a devida indenização, ao observar que o dano estético não correspondia ao dano moral em sentido estrito. Entendeu-se que, no dano estético, ocorre um *plus*, pois, além de lesar a integridade física da vítima, deixa marcas ou cicatrizes em seu corpo²⁶¹. Em razão da distinção entre o dano moral e o dano estético, o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou a Súmula 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”²⁶². Hoje, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reitera a possibilidade de cumulação de danos morais, estéticos e materiais²⁶³.

Apesar de acolhido na jurisprudência, o dano estético ainda não é unanimidade na doutrina, “embora tenha acolhido esse entendimento como julgador para evitar desnecessários recursos especiais, em sede doutrinária continuo convicto de que o dano estético é modalidade de dano moral e que tudo se resume a uma questão de arbitramento” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 136). Porém, apesar da divergência, no ordenamento jurídico brasileiro, constitui um relevante exemplo de que há novos danos além do binômio dano material e dano moral.

Outro dano que começa a despontar na jurisprudência brasileira é o dano pela perda do tempo útil²⁶⁴ ou dano pela perda do tempo livre²⁶⁵, expressões comumente usadas pela jurisprudência.

O pioneirismo do trabalho acerca do dano pela perda do tempo livre se deve ao magistrado André Gustavo Corrêa de Andrade, em artigo no qual analisa o dano moral resultante do descumprimento de obrigação contratual, ao afirmar que

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 41.492/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/1994, DJ 30/05/1994, p. 13481.

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 219.807/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. DJ 25/10/1999.

²⁶² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. DJ: 01/09/2009.

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 934.969/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA. DJ 10/11/2014.

²⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis. Recurso Inominado nº 0078351-77.2014.8.19.0038. Rel. Daniela Reetz de Paiva. DJ: 14.07.2015.

²⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Autos n.º 0801554-10.2013.8.12.0021. Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. DJ 27.03.2014.

A menor fração de tempo perdido de nossas vidas constitui um bem irrecuperável. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder o seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como indício de uma sociedade intolerante, mas como manifestação de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos (ANDRADE, 2004, p. 11).

Contudo, apesar do pioneirismo do trabalho supracitado, a sistematização da teoria se deve a Marcos Dessaune, sob a nomenclatura de desvio produtivo do consumidor, que, em sua concepção

Se está diante de uma nova e importante modalidade de dano até agora desconsiderada no Direito brasileiro: o desvio dos recursos produtivos do consumidor ou, resumidamente, o desvio produtivo do consumidor – como me pareceu apropriado denominá-lo. Note-se que não empreguei, na nova expressão cunhada, o adjetivo “produtivo” para qualificar o desvio do consumidor como sendo um ato “producente” ou “improducente”. Diversamente, utilizei o adjetivo em sua acepção de “relativo à produção”, indicando tão somente que em situações de mau atendimento o consumidor desvia recursos “que produzem” (seu tempo e competências) (DESSAUNE, 2011, p. 134-135).

Nesse contexto, torna-se imperiosa uma mudança de paradigmas para reconhecer o valor do tempo e deixar de ver a sua lesão como um mero aborrecimento normal da vida cotidiana, em que se cancelam os danos provocados por fornecedores, por qualificá-los como de pequena monta ou como normais, e se culpam os consumidores por defender os seus direitos violados, acusando-os de serem responsáveis pela criação de uma indústria do dano (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 218).

Cabe destacar uma preocupação de Marcos Dessaune no sentido de que, mesmo entendendo que as situações de desvio produtivo do consumidor seja um dano injusto, torna-se necessário um tratamento jurídico especial à matéria, positivando-o, de modo que o desvio produtivo seja considerado um novo dano e não seja visto apenas como “um mero novo fato gerador de dano moral”. De forma arrojada, propõe o autor, inclusive, que o tempo ganhe o *status* de direito fundamental de modo a extrapolar as relações de consumo e permitir que outras

relações jurídicas sejam protegidas²⁶⁶ (DESSAUNE, 2011, p. 133-136).

A jurisprudência, nas situações em que admite o dano pela perda do tempo útil ou desvio produtivo do consumidor, tem-no enquadrado como dano moral em sentido estrito, conforme se percebe do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado Paraná: “entendo que a indenização a título de danos morais engloba o tempo de irritação, dissabor e descaso sofrido pela reclamante ao telefone, o que indeniza também a perda do seu tempo útil com o *call center*”²⁶⁷.

No entanto, na linha do que foi proposto, em se tratando o dano moral em sentido estrito como violação a direitos da personalidade, e não as consequências da lesão, verifica-se que a perda do tempo útil não se enquadra no conceito de violação à honra, à imagem, à integridade física ou psíquica do consumidor. Entretanto, é inegável que ocorreu um dano à pessoa. Entende-se que houve um dano extrapatrimonial, que lesou o tempo útil ou livre da vítima, sendo tal interesse merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico, devendo ser tratado como uma espécie de dano extrapatrimonial diversa do dano moral em sentido estrito – o dano pela perda do tempo útil, tempo livre ou desvio produtivo do consumidor.

Fala-se, também, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no dano moral coletivo consistente na lesão à esfera moral de uma coletividade, “isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade”²⁶⁸. Em igual sentido, também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “o dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado”²⁶⁹.

No tocante aos danos morais coletivos, a questão também se encontra longe

²⁶⁶ Apresenta o autor a proposta de inclusão do seguinte dispositivo na Constituição Federal: “O tempo de que cada indivíduo dispõe na vida, caracterizado pela escassez, inacumulabilidade e irrecuperabilidade, é recurso produtivo primordial e inviolável da pessoa, assegurando-se a ela o direito à indenização do dano de desvio produtivo decorrente da lesão desse seu tempo pessoal” (DESSAUNE, 2011, p. 136).

²⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Autos nº 0013527-20.2014.8.16.0030. Rel. Fernando Swain Ganem. DJ 19.03.2015.

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1397870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014.

²⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013.

de ser pacífica, inclusive no próprio STJ, pois há julgadores que entendem pela impossibilidade jurídica do instituto, sob o argumento de que a natureza do dano moral “não se coaduna com a noção de transindividualidade, de modo que se tem rechaçado a condenação em danos morais quando não individualizado o sujeito passivo, de modo a se poder mensurar o sofrimento psíquico que possibilita a fixação da indenização”²⁷⁰.

Apesar da divergência existente, certo é que o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o instituto do dano moral coletivo, dando a ele uma releitura, não mais entendido como as consequências da lesão, mas perquirindo o interesse jurídico violado, o que implica também em expansão da noção de dano moral para além de seu caráter individual, ganhando um caráter transindividual. Verificam-se diversas decisões judiciais, todas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que admitiram a indenização por dano moral coletivo:

a) danos causados à biota em virtude do desmatamento de vegetação nativa sem autorização da autoridade ambiental; b) danos aos consumidores com dificuldade de locomoção, obrigados por agência bancária a subirem escada com 23 degraus, sendo que o local possuía condições de propiciar melhor forma de atendimento; c) danos causados pela interrupção no fornecimento de energia elétrica em virtude das precárias condições da prestadora de serviço; d) danos aos consumidores idosos, na conduta da empresa que exigia o cadastro prévio do idoso para a obtenção do direito ao passe livre, tutelado pelo art. 39, §1º, do Estatuto do Idoso; e) danos causados à população em virtude de fraude em processo licitatório (AMARAL; SILVA, 2013, p. 319-335).

Não se pode olvidar que o dano moral coletivo não se confunde com outra espécie de dano – o dano social – proposto por Antonio Junqueira de Azevedo, para quem um ato lesivo não se limita somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas pode também atingir a toda a sociedade, já que constitui “lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento do seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida” (AZEVEDO, 2004, p. 216).

A diferença entre danos morais coletivos e danos sociais reside no fato de que os primeiros atingem vários direitos da personalidade, referindo-se a direitos

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1305977/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 16/04/2013.

individuais homogêneos ou coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis. Já os danos sociais ou também denominados danos difusos causam um rebaixamento na vida da coletividade. Nesse caso, os direitos são difusos, ou seja, as vítimas são indeterminadas, razão pela qual toda a coletividade é vítima da conduta²⁷¹. Outro ponto de distinção reside no fato de que, nos danos morais coletivos, a indenização é destinada para as próprias vítimas, ao passo que nos danos sociais as indenizações são repassadas a um fundo de proteção ou instituição de caridade (TARTUCE, 2014, p. 463).

Na experiência jurisprudencial brasileira, o que se percebe em relação ao dano social é a prolação de sentenças, reconhecendo a possibilidade de tal dano, inclusive dissociada do dano moral. Contudo, verificam-se também decisões dos tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, reformando tais sentenças, não por rechaçarem a possibilidade do dano social, mas, sim, por entenderem que não houve pedido de dano social, na petição inicial, o que configura o instituto da sentença *extra petita*, tornando a sentença nula²⁷². Contudo, tal constatação fática é bastante relevante porque, de um lado, demonstra o reconhecimento por parte de

²⁷¹ Os direitos coletivos *lato sensu* constituem o gênero cujas espécies são: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. A partir do disposto no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, torna-se possível a distinção entre as citadas espécies. Nesse sentido, os direitos difusos são “aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a uma coletividade), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individualização) ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica”. No tocante aos direitos coletivos *stricto sensu*, são classificados como direitos transindividuais, “de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe determinável) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Nesse particular, cabe salientar que essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo ‘*affectio societatis*’ ou pela sua ligação com a ‘parte contrária’. No primeiro caso temos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (ou qualquer associação profissional); no segundo, os contribuintes de determinado imposto”. Por fim, os direitos individuais homogêneos se referem a uma ficção jurídica criada pelo ordenamento positivo nacional para a tutela de direitos individuais com dimensão coletiva “em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/patrodinização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 77-81).

²⁷² Nesse sentido: “Analisando-se os autos, verifica-se que a parte autora não formulou qualquer pedido relativo aos danos sociais arbitrados pelo juízo de origem, mas apenas a reparação por danos morais. Assim, a sentença recorrida extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda, visto que confere provimento jurisdicional diverso daquele delineado na petição inicial, bem como beneficia terceiro alheio à relação jurídica processual. Configurado, portanto, o julgamento *extra petita*, em ofensa aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, autos nº 0008513-91.2014.8.16.0018/0, rel. Vivian Cristiane Eisenberg de Almeida Sobreiro, DJ: 15.04.2015). Em idêntico posicionamento, citam-se: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 0005810-78.2012. 8.16.0018/0, Rel. Chélida Roberta Soterroni Heitzmann, DJ: 14.04.15; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 12.062/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014.

magistrados de uma nova espécie de dano – o dano social. De outro lado, revela também que, por constituir uma espécie de dano extrapatrimonial, diversa do dano moral, deve ser objeto do pedido inicial, sob pena de a decisão ser *extra petita*.

Por fim, merece registro outra espécie de dano, cujo estudo se inicia na jurisprudência brasileira, apesar do longo caminho já traçado no Direito estrangeiro: trata-se do dano existencial, que constitui o resultado do ato ilícito capaz de alterar os hábitos de vida, as atividades sociais e lúdicas do indivíduo (ALPA, 2013, p. 726). Tais alterações chegam ao ponto de comprometer as atividades realizadoras da pessoa, constituindo uma figura relativa aos prejuízos não patrimoniais diversos do dano moral (entendido como o fato criminoso, no direito italiano) e o dano biológico (ZIVIZ, 2012, p. 270). Ao deixar de lado as consequências da lesão para buscar o interesse lesado, tem-se que “il danno esistenziale è autonomamente distinto in ragione della particolarità del bene leso, la qualità della vita” (BIANCA, 2008, p. 11)²⁷³.

No Brasil, a jurisprudência trabalhista caminha na vanguarda do acolhimento do dano existencial. No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, há decisão reconhecendo o dano existencial em situações em que o funcionário é compelido a trabalhar excessivamente, sem momentos de lazer ou de férias, comprometendo a sua relação pessoal e social²⁷⁴. No âmbito dos tribunais estaduais, porém, são poucos os julgados. Colhe-se, a título de exemplo, decisão do tribunal gaúcho que reconheceu o dano existencial em virtude do corte indevido no fornecimento de água ao consumidor, alterando a rotina do indivíduo²⁷⁵. Contudo, em tais casos, o que se observa é que o tratamento dado ao dano existencial tem sido sob a forma de dano moral em sentido estrito.

Verifica-se que a jurisprudência brasileira caminha rumo a descortinar o gênero dano extrapatrimonial de suas diversas espécies de danos. Nessa senda, pode-se citar o relevante acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da lavra do Desembargador Eugênio Facchini Neto, que caracterizou o dano moral puro como algo transitório, que provoca dor interior. Já o dano existencial, em

²⁷³ Tradução livre: o dano existencial é autonomamente distinto em razão da particularidade do bem lesado, a qualidade de vida.

²⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR. 105-14.2011.5.04.0241. Data de Julgamento: 07/05/2014, Relator Desembargador-convocado: João Pedro Silvestrin, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 09/05/2014.

²⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70044580918, Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 19/10/2011.

sua concepção, é algo que não pode ser desfeito, capaz de alterar a vida das pessoas. Com tais compreensões, o tribunal conferiu compensação por dano moral, arbitrada em R\$ 10.000,00, além de compensação por dano existencial, arbitrada em R\$ 15.000,00, oriundas do mesmo fato, qual seja, a conduta negligente da parte requerida que deixou de oferecer o tratamento médico adequado, causando sequelas à sogra da parte autora. No tocante aos danos morais, reconheceu-se que o autor é um lesado indireto, pois possui vínculo afetivo com a sua sogra, sofrendo as consequências do evento danoso e fazendo jus ao dano moral por ricochete²⁷⁶. Quanto aos danos existenciais, reconheceu-se que o autor sofreu dano próprio ao ter sua vida pessoal alterada, na medida em que terá que cuidar de sua sogra 24 horas por dia, com reflexo em sua vida marital, na restrição da privacidade e na liberdade em geral²⁷⁷.

A doutrina brasileira também tem percebido que o dano existencial não se resume ao dano moral em sentido estrito. Nesse sentido, já se defendeu que o dano moral propriamente dito é “essencialmente um sentir”, enquanto o dano existencial é um “não mais poder fazer, um dever de agir de outra forma, um relacionar-se diversamente” (SOARES, 2009, p. 46). Em recente estudo sobre o assunto, à luz do direito comparado, Teresa Ancona Lopez também afirma que, em algumas situações, a lesão à pessoa humana vai além do que o dano moral, subjetiva ou objetivamente, possa absorver. Há casos de grave ofensa à pessoa que o dano existencial configura melhor proteção à dignidade do ser humano, tais como *bullying*, homofobia, racismo, invasão da intimidade etc. (LOPEZ, 2014, p. 301).

É no caminhar da doutrina e da jurisprudência brasileira, com o alargamento do gênero dano extrapatrimonial, comportando em seu bojo diversas espécies de danos, que se pretende apresentar a perda da chance como uma dessas novas espécies, ao lado do dano estético, do dano coletivo, do dano social, do dano existencial etc. Contudo, antes de prosseguir, torna-se necessário, no próximo tópico,

²⁷⁶ Dano por ricochete ou dano reflexo é aquele “que atinge outras pessoas, por estarem ligadas àquela que é vítima imediata de um determinado fato lesivo: essas outras pessoas serão vítimas mediatas. Um exemplo típico é o das lesões sofridas pela esposa e pelos filhos da pessoa que foi morta: são prejuízos que podem ter natureza patrimonial (como os alimentos que o falecido lhes prestava) ou extrapatrimonial, neste caso podendo ainda ser puramente anímico (como o desgosto que essas pessoas experimentam) ou também biológicos (por exemplo, um infarto)” (NORONHA, 2013, p. 603).

²⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70062439476, Nona Câmara Cível, Relator: Eugênio Facchini Neto, julgado em 04/02/2015, DJ: 06/02/2015.

analisar a experiência do direito italiano que, em um primeiro momento, abriu-se para a admissão de novas espécies de danos, porém, a partir de recentes julgados, tem adotado entendimento oposto. Verificar a experiência estrangeira é de fundamental importância para analisar eventuais influências no direito brasileiro.

4.2.4 A polêmica existente no direito italiano e os reflexos no direito brasileiro: múltiplas vozes de danos extrapatrimoniais ou apenas um dano extrapatrimonial?

A compreensão dos danos extrapatrimoniais, no ordenamento jurídico italiano, passa pelo estudo evolutivo do dano biológico, sempre marcado por uma dificuldade em enquadrá-lo em uma das categorias de danos. Mesmo quando se pensou que o assunto estava superado, surgiu um novo entendimento jurisprudencial em sentido totalmente diverso daquele que se vinha aplicando. Destarte, a pretensão do presente tópico é apresentar a fase evolutiva do dano biológico, na Itália, e refletir se tal alteração jurisprudencial produz reflexos no Direito brasileiro.

A evolução do dano biológico, na Itália, passa por três etapas, conforme observa Domenico Chindemi (2006, p. 8-15): a) fase pioneira (anterior a 1986); b) fase intermediária (de 1986 a 2003); c) fase da tutela integral (posterior a 2003). As fases mencionadas por Chindemi correspondem às datas das sentenças proferidas pelas cortes italianas que provocaram mudanças significativas na história dos danos e na própria história da responsabilidade civil italiana.

Quanto à primeira fase, anterior a 1986, precedente ao dano biológico, verifica-se que o sistema da responsabilidade civil era fundado exclusivamente sobre o dano patrimonial, com uma única exceção para o dano moral no caso da prática de um crime (CHINDEMI, 2006, p. 8-9). Não é por outra razão que Antonio Flamini (2009, p. 65) afirma que, por muitos anos, o dano não patrimonial, no direito italiano, ficou restrito aos casos determinados pela lei, encontrando-se o jurista limitado a uma interpretação conjugada dos artigos 2.059 do Código Civil italiano²⁷⁸ e do artigo 185 do Código Penal italiano²⁷⁹. Portanto, na primeira fase, somente

²⁷⁸ Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge. Tradução livre: O dano não patrimonial deve ser ressarcido somente nos casos determinados pela lei.

²⁷⁹ Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma

restaria caracterizado o dano não patrimonial se o ilícito civil constituísse também um fato criminoso. Do contrário, o dano seria patrimonial, não havendo espaço para o dano biológico.

A segunda fase, de 1986 a 2003, é marcada pelo reconhecimento do dano biológico pela Corte Constitucional italiana, na histórica sentença de número 184/1986. Em tal decisão, reconheceu a Corte que, a partir de uma leitura da legislação civilista à luz da constituição, é possível concluir que o dano biológico encontra morada no artigo 2.043 do Código Civil italiano²⁸⁰ (TAMPIERI, 2010, p. 23). Nesse período, viu-se alargar o dano biológico, não limitado ao dano à saúde, mas compreendendo outras vozes de dano, tais como o dano à capacidade laboral; dano à vida de relação; dano à esfera sexual; dano à serenidade familiar. Ocorreram situações não passíveis de demonstração, desafiando o sistema de responsabilidade civil adotado (CHINDEMI, 2006, p. 9).

Surge a terceira fase, a partir de 2003, ocasião em que foram proferidas as sentenças 8.827 e 8.828, ambas datadas de 2003, reconhecendo a Corte de Cassação italiana que os prejuízos não patrimoniais advindos do dano biológico encontrariam guarida no artigo 2.059 do Código Civil italiano (TAMPIERI, 2010, p. 25). Nesse contexto, a morada dos novos danos passa a ser o artigo 2.059 como uma espécie de dano extrapatrimonial, não confundida com o dano material ou com o dano moral.

Contudo, a partir de 2008, novamente houve uma mudança significativa da jurisprudência italiana, com a publicação da Sentença nº 26.972, podendo ser acrescentada como uma quarta fase evolutiva. Em tal decisão, a Corte de Cassação italiana, por meio das Seções Unidas, promoveu uma reviravolta em sua jurisprudência, criando um filtro aos novos danos, ao assegurar que o dano extrapatrimonial é uma categoria geral de dano, não suscetível de subdivisões em subcategorias etiquetadas, impedindo que se possa falar, inclusive, em subcategoria genérica denominada dano existencial. São as palavras da própria Corte: *In*

delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui. Tradução livre: Todo crime obriga à restituição, nos termos da lei civil. Todo crime, que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial, obriga ao ressarcimento o culpado e as pessoas que, segundo as leis civis, devem responder pelos atos daquele.

²⁸⁰ Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno. Tradução livre: Qualquer ato doloso ou culposo, que cause a outrem um dano injusto, obriga aquele que o praticou a ressarcir o dano.

*conclusione, deve ribadirsi che il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata "danno esistenziale"*²⁸¹.

Diversas outras sentenças posteriores a 2008, proferidas pela Corte de Cassação, caminharam no mesmo sentido, enfatizando que os danos existenciais já estão compreendidos no conceito de danos não patrimoniais²⁸².

Diante de tais sentenças, questiona-se: em que medida as decisões proferidas pela Corte de Cassação italiana influenciam o direito brasileiro? É possível sustentar o dano existencial, na Itália, após a Sentença da Corte de Cassação nº 26.972/2008? Seria o fim dos novos danos no Brasil?

De pronto, convém ressaltar que o possível móvel da decisão proferida pela Corte de Cassação italiana foi uma preocupação de ordem prática com o crescente número de espécies de danos não patrimoniais, conforme defendem Francesco Busnelli e Salvatore Patti (2013, p. 91). Aliás, a utilização de mecanismos utilitaristas para a redução de demandas não é particularidade do direito italiano²⁸³. Entretanto, deve-se advertir que o uso de instrumentos utilitaristas não se coaduna com a Justiça. Não poderia um ordenamento jurídico, comprometido com o justo, deixar de tutelar um dano à pessoa humana, sob pena de negar vigência à Constituição.

Ademais, não se pode olvidar as advertências de Pietro Perlingieri, ao assegurar que a adoção pelo ordenamento jurídico italiano de um sistema ilimitado de tutela de direitos da personalidade, tal como ocorre no Brasil, mostra-se incompatível com uma responsabilidade civil construída sobre uma ideia de

²⁸¹ Tradução livre: Em conclusão, deve confirmar-se que o dano não patrimonial é categoria geral não suscetível de subdivisões em subcategorias variadamente etiquetadas. Em particular, não se pode fazer referência a uma genérica subcategoria denominada "dano existencial" (ITÁLIA. Cass. Civ. nº 26.972/2008). Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=43677>>. Acesso em: 25.07.2014.

²⁸² Ver Cass. Civ. 15.530, de 08.07.2014; Cass. Civ. 8.142, de 08.04.2014; Cass. Civ. 4916, de 03.03.2014.

²⁸³ Ao relacionar as reflexões sobre a doutrina utilitarista e a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, chega-se à conclusão de que a jurisprudência defensiva trata-se de uma ferramenta utilitarista para o julgamento do maior número de processos, em um menor tempo possível, sem qualquer esforço para enfrentar o mérito do recurso. Em nome da felicidade geral dos julgadores e de toda a população brasileira, que tem a falsa impressão de possuir cortes superiores céleres e eficientes à sua disposição, nega-se o acesso à justiça, apegando-se a exacerbados formalismos. Olvidam-se os tribunais superiores de que o compromisso institucional de todo o Poder Judiciário, e não apenas dos órgãos de instância ordinária, é com a justiça" (AMARAL; SILVA, 2014, p. 40-58).

tipicidade e de taxatividade das hipóteses lesivas à pessoa humana. Não é por outra razão que o mencionado autor propõe que o artigo 2.059 do Código Civil da Itália seja interpretado de modo a permitir que a expressão "nos casos determinados pela lei", constante do artigo 2.059, abranja também a Constituição, ou seja, o dano não patrimonial seria ressarcível sempre que houvesse uma lesão a um interesse ou a um valor da pessoa de relevo constitucional, e não apenas nas limitadas hipóteses previstas no artigo 185 do Código Penal italiano (PERLINGIERI, 2009, p. 522-523). Nesse sentido, a decisão proferida pela Corte de Cassação italiana, após 2008, encontra-se na contramão da legalidade constitucional.

Outra questão a ser observada é o fato de que a mudança de entendimento jurisprudencial da Corte de Cassação ocorreu em um período muito curto de tempo. As sentenças que reconheceram o integral ressarcimento dos danos foram proferidas em 2003, ocorrendo *overruling*²⁸⁴ a partir de 2008, o que demonstra que não se trata de um entendimento consolidado, apesar das decisões posteriores que ratificaram a decisão das Seções Unidas da Corte de Cassação.

Deve-se considerar, ainda, que a mudança de entendimento jurisprudencial não tem o condão de desconstituir o trabalho realizado pela doutrina na construção dos novos danos, sobretudo quando tal construção é realizada em plena harmonia com a Constituição da República. Essa parece ser a tendência da doutrina defensora do ressarcimento do dano existencial (BIANCA, 2012, p. 201).

Não pode passar despercebida a recente aprovação da Diretiva nº 104/2014, vigente desde 25.12.2014, destinada a orientar os ordenamentos jurídicos dos países-membros da Comunidade Econômica Europeia, que traz previsão expressa da indenização pela perda da chance, sob a nomenclatura perda de oportunidade: "Sem prejuízo da reparação por perda de oportunidade, a reparação integral nos termos da presente diretiva não deverá conduzir a reparação excessiva, por meio de indenizações punitivas, múltiplas ou outras"²⁸⁵.

Com tais considerações, transpondo-as ao direito brasileiro, embora não haja uma vinculação legal entre as decisões proferidas pelas cortes italianas sobre os tribunais brasileiros, não se pode negar a influência que o direito italiano exerce

²⁸⁴ A expressão "overruling" significa a superação do entendimento jurisprudencial (Brasil. HC 118.310/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 31/10/2012).

²⁸⁵ Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>>. Acesso em 15 ago. 2015.

sobre a responsabilidade civil em nosso país, sobretudo no âmbito dos novos danos, cujos pioneiros estudos foram iniciados e desenvolvidos na Itália.

Entretanto, o recente entendimento jurisprudencial adotado pela Corte de Cassação italiana não deve ser incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois representa um verdadeiro retrocesso na evolução dos danos, ao desconsiderar uma opção constitucional fundada na pessoa humana. Aliás, no caso do Brasil, a tutela da pessoa encontra morada no artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana)²⁸⁶, no artigo 3º, III (igualdade substancial)²⁸⁷, no artigo 5º (isonomia formal)²⁸⁸ e no art. 5º, § 2º (garantia residual de ampla tutela da pessoa humana)²⁸⁹.

À luz da Constituição da República Federativa do Brasil, não se pode admitir que todas as espécies de danos extrapatrimoniais constituam um único dano indenizável. A prosperar tal tese, afirmar-se-ia que nosso ordenamento jurídico somente admite um único dano de natureza extrapatrimonial, devendo ser desconsiderados os demais danos extrapatrimoniais excedentes. Nessa perspectiva, logicamente, haveria danos sem indenização, o que contraria a sistemática do próprio ordenamento jurídico brasileiro, que prevê a reparação integral dos danos.

A adoção de uma única voz de dano extrapatrimonial mostra-se incompatível com o próprio entendimento jurisprudencial consolidado, na experiência jurídica brasileira, expresso na Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”²⁹⁰. Portanto, se é

²⁸⁶ “A dignidade da pessoa humana constitui-se no núcleo axiológico da Constituição, tendo sido colocada ao lado de outros fundamentos compreendidos como valores primordiais que compõem a estrutura do Estado brasileiro e, que por essa razão, em nenhum momento podem ser colocados de lado” (CAMARGO, 2006, p. 51-52). Trata-se, portanto, do “valor-fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 413).

²⁸⁷ Surge a partir da concepção de que a igualdade formal não era suficiente para atingir o fim desejado, isto é, “não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas. Adotou-se, então, normativamente, uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos. No entanto, e evidentemente, não se pôde prescindir da igualdade formal, à qual apenas se acrescentou esta outra, a substancial” (BODIN DE MORAES, 2009, p. 86-87).

²⁸⁸ A igualdade formal fundamenta-se “no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais. Esta é apenas uma das formas de igualdade, a primeira, porque a mais básica, a que normalmente se denomina ‘igualdade formal’, segundo a qual todos são iguais perante a lei” (BODIN DE MORAES, 2009, p. 86).

²⁸⁹ “A previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento” (TEPEDINO, 2006, p. 13).

²⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção, julgado em 26/08/2009, DJe 01/09/2009.

possível cumular dano estético e dano moral, certamente não se trata do mesmo dano, sob pena de configurar o reprovável *bis in idem*²⁹¹.

Ademais, em se admitindo que o dano extrapatrimonial deva ser indenizado uma única vez, por constituir dano único, em relação ao dano patrimonial, que admite as espécies dano emergente e lucro cessante, cada uma delas indenizáveis separadamente, também se deveria adotar o mesmo entendimento, ou seja, indenizar uma única vez pelo dano patrimonial, pouco importando se concorrem espécies diversas (dano emergente e lucro cessante). Portanto, em se prezando pela coerência do sistema jurídico, a tese da adoção de uma única voz para os danos extrapatrimoniais não se mostra adequada, a não ser que se defenda que o aspecto patrimonial é mais relevante, o que justificaria o reconhecimento da indenização de suas espécies de danos, ao passo que o dano extrapatrimonial, por ser menos importante, seria indenizado uma única vez.

Com tais considerações, verifica-se que houve um verdadeiro retrocesso no entendimento jurisprudencial italiano, que não deve ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, dado que nossa experiência se mostra mais adequada à efetiva tutela da pessoa. Acredita-se, aliás, que, tomando-se por base a reação da doutrina italiana, que sempre caminhou na vanguarda da tutela da pessoa, tal entendimento jurisprudencial não há de prevalecer.

4.2.5 A possibilidade da perda da chance como uma espécie de dano extrapatrimonial

A partir da concepção de que o dano extrapatrimonial é um gênero que comporta diversas espécies de danos, apesar das objeções já apresentadas²⁹², é possível admitir que a perda da chance assuma também a natureza jurídica de dano extrapatrimonial, constituindo, nesse caso, uma de suas espécies, desde que o interesse jurídico lesado seja não patrimonial, pois, em sendo material, por certo, a

²⁹¹ Ver tópicos 4.2.3 e 5.1.

²⁹² Ver a referência, no tópico 4.2.2, ao entendimento de Nelson Rosendal, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Peixoto Braga Netto (2014, p.344), segundo os quais não se deve falar em espécies de danos extrapatrimoniais, pois todas elas são apenas dano moral. No mesmo sentido, ainda, no tópico 4.2.3, ver a doutrina de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 136), que, ao tratar do dano estético, não visualiza uma espécie de dano extrapatrimonial, mas uma mera modalidade de dano moral.

natureza jurídica das chances perdidas deverá ser de natureza patrimonial²⁹³.

Desse modo, quando a perda da chance possuir natureza jurídica extrapatrimonial, pois decorrente de violação a interesse extrapatrimonial da vítima, o dano pela perda da chance constituirá um novo tipo de dano; vale dizer, trata-se de uma nova espécie de dano pertencente ao gênero dano extrapatrimonial, que não se confunde com o dano moral em sentido estrito.

Praticamente todos os trabalhos que analisam a responsabilidade civil pela perda da chance fazem referência ao estudo do jurista italiano Giovanni Pacchioni, datado de 1940, pois foi ele quem, de forma precursora, rejeitou a teoria da perda da chance no Direito italiano. Entretanto, é interessante observar, após detidas pesquisas bibliográficas, que nenhum desses trabalhos utilizou os escritos de Giovanni Pacchioni como um fundamento para sustentar a possibilidade do dano extrapatrimonial da perda da chance²⁹⁴, o que possivelmente se justifica em razão de tais trabalhos não objetivarem a análise da perda da chance sob um viés extrapatrimonial.

Segundo Giovanni Pacchioni, ele refutava a teoria da perda da chance, pois não conseguia ver nela um valor econômico, apesar de não esconder a existência de um notável valor social, ou seja, um valor extrapatrimonial:

Una semplice possibilità, una chance, ha certo un valore sociale notevole, ma non un valore di mercato. La distruzione colposa di simili possibilità produce certo un danno: ma si tratta di un danno non risarcibile per equivalente economico (PACCHIONI, 1940, p. 111).²⁹⁵

Argumentava Giovanni Pacchioni que o ordenamento jurídico italiano, que limitava a indenização aos danos patrimoniais, não poderia reconhecer o valor econômico das chances perdidas. Contudo, tal realidade seria diferente no sistema francês que, ao admitir um amplo ressarcimento dos danos morais, não hesitaria em reconhecer o dano pela perda da chance:

²⁹³ Sobre o interesse jurídico lesado como o norteador na definição da natureza jurídica da perda da chance, ver nota de rodapé nº 238.

²⁹⁴ Dentre os mencionados autores, citam-se: Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 44), Flávio da Costa Higa (2012, p. 56) e Sérgio Savi (2012, p. 7-8).

²⁹⁵ Tradução livre: Uma simples possibilidade, uma chance, há certamente um valor social notável, mas não um valor de mercado. A destruição culposa de semelhantes possibilidades produz certamente um dano: mas se trata de um dano não ressarcível por equivalente econômico.

Si comprende che la dottrina e la giurisprudenza francese, che ammettono la resarcibilità di un qualsiasi danno morale, non esitino ad ammettere, almeno in alcuni casi, la risarcibilità dei danni consistenti in una semplice possibilità o chance. Ma noi invece, che limitiamo la risarcibilità dei danni ai danni patrimoniali, non possiamo che venire in oposta sentenza (PACCHIONI, 1940, p. 111)²⁹⁶.

Ora, foi justamente por não conseguir visualizar qualquer valor de mercado, ou seja, qualquer valor patrimonial, que Giovanni Pacchioni rechaçou a aplicação da teoria da perda da chance. Ao mesmo tempo, fez referência ao sistema francês, marcado pelo amplo ressarcimento dos danos morais, que seria compatível com a teoria da perda da chance. Em sua compreensão, Giovanni Pacchioni via o dano pela perda da chance como dano moral, mas jamais dano patrimonial. Pode-se concluir, destarte, que, no seu nascedouro, embora o argumento fosse utilizado para negar a aplicação da teoria, a doutrina italiana já via na perda da chance uma natureza jurídica extrapatrimonial.

Conforme já visto alhures, Adriano De Cupis, em 1966, afirma a natureza jurídica patrimonial da perda da chance, enquadrando-a como dano emergente e rechaçando a possibilidade de considerá-la como lucro cessante (DE CUPIS, 1966, p. 264)²⁹⁷.

Em 1976, ao defender a aplicação da perda da chance, na Itália, Maurizio Bocchiola²⁹⁸, afirma que a absoluta ausência de qualquer conteúdo econômico da chance perdida constituiria evidentemente uma séria limitação ao ressarcimento do dano. Acrescenta que, nos casos por ele observados, porém, o resultado final possuía, seguramente, “un contenuto economico rilevante, pare difficile sostenere che l'effettiva possibilità di conseguirlo avesse un valore esclusivamente morale” (BOCCHIOLA, 1976, p. 95)²⁹⁹.

²⁹⁶ Tradução livre: Compreende-se que a doutrina e a jurisprudência francesas, que admitem o ressarcimento de um variado dano moral, não hesitem a admitir, ao menos em alguns casos, o ressarcimento dos danos consistentes em uma simples possibilidade ou chance. Mas nós, ao invés, que limitamos o ressarcimento dos danos aos danos patrimoniais, não podemos entender de forma diversa.

²⁹⁷ Ver também Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 87), Flávio da Costa Higa (2012, p. 79-80), Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 122) e Sérgio Savi (2012, p. 10-12).

²⁹⁸ Conforme demonstrado no capítulo 4.1, Maurizio Bocchiola também foi um dos precursores do estudo da teoria da perda da chance na Itália, enfatizando o caráter patrimonial das chances perdidas. Nesse sentido, ver Sérgio Savi (2012, p. 12-13), Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 44-45, 88-89, 104, 116), Grácia Cristina Moreira do Rosário (2009, p.132-133) e Flávio da Costa Higa (2012, p. 65, 86).

²⁹⁹ Tradução livre: “(...) um conteúdo econômico relevante, parece difícil sustentar que a efetiva possibilidade de consegui-lo tivesse um valor exclusivamente moral”.

Posteriormente, na Itália, diversas foram as manifestações, afirmando a perda da chance com natureza jurídica de dano patrimonial (dano emergente). Hoje, contudo, doutrina e jurisprudência italiana reconhecem que a perda da chance pode assumir natureza jurídica extrapatrimonial, quando o interesse jurídico³⁰⁰ lesado for de natureza não patrimonial (CHINDEMI, 2010, p. 23)³⁰¹.

Como em qualquer ordenamento jurídico, não é fácil encontrar unanimidade na aplicação de um instituto. Na Itália, o reconhecimento da perda da chance não patrimonial ainda suscita divergência. A título de exemplo, em um caso de culpa médica em que a doença não foi diagnosticada tempestivamente, subtraindo as chances de cura, reconheceu o Tribunal de Arezzo, em sentença de 03 de abril de 2012, que subsiste apenas o dano patrimonial da perda da chance. Em casos semelhantes, porém, o Tribunal de Milão adota entendimento diverso, enfatizando ser o caso de dano não patrimonial da perda da chance, conforme se vislumbra de sentença proferida em 07 de maio de 2012 (RUSSO, 2014, p. 3-4).

No Brasil, por diversas vezes, a jurisprudência reconhece o dano pela perda da chance, porém não distingue a natureza jurídica patrimonial da extrapatrimonial, tratando os casos, na maioria das vezes, apenas como dano moral³⁰².

Diante de tal realidade, muitas críticas foram tecidas à aplicação jurisprudencial da teoria da perda da chance, afirmando-se que se opta pelo

³⁰⁰ Sobre o interesse jurídico lesado como elemento a diferenciar o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial, ver nota de rodapé nº 238.

³⁰¹ Tal conclusão fica evidente nas lições de Mario Barcellona (2011b, p. 412), para quem a chance representa não somente uma entidade patrimonial, mas, sobretudo, juridicamente suscetível de autônoma valoração. De igual modo, posiciona-se Carlo Castronovo (2008, p. 315), defendendo que tem sido comum o reconhecimento da perda da chance com natureza extrapatrimonial, principalmente nos casos de perda de chance de cura ou de sobrevivência.

³⁰² Em uma ação indenizatória em que se pretendia receber a diferença de proventos, o advogado deixou de interpor recurso, no prazo legal, o que fez a autora perder a chance de ver conhecida a questão pelo tribunal. Foi ajuizada ação contra o advogado, que restou condenado por perda da chance em primeiro e segundo grau de jurisdição. Verifica-se, nesse caso, que a perda da chance, cujo interesse jurídico era meramente patrimonial (diferença de proventos), foi reconhecida como dano moral (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 9ª C.Cível. AC – 416840-9 – Rolândia - Rel.: Rosana Amara Girardi Fachin – Unânime – J. 13.09.2007).

Em outra situação, também apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, verifica-se que, por conduta culposa da empresa de transporte aéreo, uma pessoa jurídica perdeu a chance de concorrer a uma licitação relativa ao Hospital Universitário Norte do Paraná, situado em Londrina, já que o envelope não chegou a tempo ao local do certame. Em tal situação, foi condenada a empresa aérea, em ambos os graus de jurisdição, por perda da chance, arbitrando em favor da pessoa jurídica danos morais. De igual modo, verifica-se que o interesse jurídico lesado era de natureza material (vantagens econômicas à pessoa jurídica no processo licitatório), porém acabou sendo a transportadora condenada não por danos materiais, mas, sim, por danos morais (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 10ª C.Cível – AC – 471962-8 – Curitiba - Rel.: Vitor Roberto Silva – Unânime – J. 03.07.2008).

reconhecimento da natureza jurídica apenas como dano extrapatrimonial em total desprezo à possibilidade de dano patrimonial. Acrescenta-se, ainda, que, “pela dificuldade de quantificar certos danos patrimoniais representados pela perda da chance, talvez a jurisprudência brasileira esteja criando uma corrente que tende a considerá-los como uma subespécie de danos extrapatrimoniais” (SILVA, 2013, p. 212-214).

Entretanto, ao contrário da conclusão de Rafael Peteffi da Silva, entende-se que não é a dificuldade em quantificar o dano pela perda da chance que leva a jurisprudência brasileira à opção pelo dano moral. Há outros fatores que tornam a caminhada mais tortuosa para a correta aplicação da teoria.

De início, destaca-se a existência de uma verdadeira “zona gris” (zona cinzenta, em português) de que fala Matilde Zavala de González (2004, p.87) a dificultar a própria distinção entre danos certos e imaginários. Conforme já demonstrado alhures, apenas os danos certos, passíveis de serem provados, são objeto de indenização, desprezando-se os danos imaginários, hipotéticos ou de verificação duvidosa.

Em seguida, vem a complexidade de identificar, no caso concreto, o interesse jurídico lesado – patrimonial ou extrapatrimonial –, que, em algumas situações, não aparece de forma clara para o jurista. Assim, em uma hipotética ação de alimentos, cuja pretensão é de 01 salário-mínimo mensal, e o advogado perde o prazo de um recurso, com chances sérias e reais de provimento, fica evidenciada a natureza jurídica patrimonial da chance perdida. Já se o prazo recursal fosse perdido em uma ação exclusiva de guarda, em que não há qualquer discussão patrimonial, certamente a chance perdida assumiria a natureza jurídica extrapatrimonial (SILVA, 2013, p. 218). Contudo, poder-se-ia pensar na perda do prazo recursal em uma ação de guarda cumulada com alimentos, em que há interesses jurídicos patrimonial e extrapatrimonial, cumulativamente, o que tornaria a tarefa de quantificação do dano ainda mais complexa.

Por fim, verifica-se a ausência de maior aprofundamento no estudo da própria natureza jurídica das chances perdidas, o que refletiria nas contradições encontradas nos julgados proferidos pelos tribunais brasileiros. Quiçá a preocupação em garantir algum tipo de indenização à vítima, sem um acurado estudo da natureza jurídica, acabe por permitir um efeito contrário ao desejado, ou seja, que não haja

uma integral reparação de todas as espécies de danos por ela sofridos.

No entanto, não se pode olvidar o caminho traçado por aqueles que buscam descortinar a natureza jurídica da perda da chance ao admitir que, além da natureza patrimonial, a perda da chance também assume a natureza de dano extrapatrimonial. Assim, “o fato de o dano da perda de chance ser um dano presente não significa que ele seja necessariamente um dano emergente, como sustentam alguns autores (...) o dano da chance perdida pode ser extrapatrimonial” (NORONHA, 2013, p. 704).

Para exemplificar a hipótese de uma natureza extrapatrimonial, cita-se o caso de uma investigação de paternidade, abstraindo-se os eventuais reflexos econômicos, em que “a vítima buscava a satisfação de um interesse extrapatrimonial (...) a reparação concedida à vítima terá a natureza de compensação moral” (CARNAÚBA, 2013, p. 170-171). Tal exemplo demonstra que “a teoria da perda de uma chance convive harmoniosamente tanto com o dano moral quanto com o dano patrimonial” (SILVA, 2013, p. 219).

Em igual sentido, cita-se o entendimento de Glenda Gonçalves Gondim: “isso sem considerar que pode existir o dano moral puro ocasionado pela mesma conduta, além da chance com caráter de dano extrapatrimonial” (GONDIM, 2010, p. 130-131).

Adverte-se, contudo, que “a escolha de determinada classificação pode tornar o intérprete refém dela e estreita a sua capacidade de abstração sobre as hipóteses de aplicação a ponto de não admitir a indenização exclusivamente moral da perda de uma chance” (HIGA, 2012, p. 80).

Portanto, não se pode valer de opções apriorísticas para dizer a natureza jurídica da perda da chance, já que “se o interesse da parte for de caráter extrapatrimonial, a subtração da chance põe fim à busca desse interesse, e o dano pela perda da chance terá a natureza jurídica de um dano moral³⁰³” (AMARAL, 2011, p. 108-109). É em razão de a natureza jurídica da perda da chance poder ser patrimonial ou extrapatrimonial, a partir do interesse jurídico lesado, que se afirma com acerto: “o que não se pode é dizer que a indenização pela perda de uma chance é de natureza moral, apenas” (MELO, 2007, p. 2).

Aliás, a posição, ora sustentada, quanto à admissão da natureza jurídica extrapatrimonial das chances perdidas, ao lado da natureza patrimonial, fica assente

³⁰³ A expressão dano moral foi utilizada na acepção de dano moral em sentido amplo: dano extrapatrimonial (AMARAL, 2011, p. 222).

na aprovação do Enunciado nº 444, das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos³⁰⁴.

No tocante às decisões dos tribunais, se a jurisprudência brasileira inicial sobre a teoria da perda da chance a reconhecia apenas como dano moral, os julgados mais recentes demonstram o surgimento de uma maior preocupação técnica com a teoria, o que permite concluir que alguns magistrados têm ouvido os reclamos da doutrina e buscado a distinção entre a natureza patrimonial e extrapatrimonial das chances perdidas³⁰⁵.

Do exposto, fica demonstrado que a teoria da perda da chance pode apresentar natureza jurídica de dano patrimonial ou de dano extrapatrimonial a depender da análise, no concreto, do interesse jurídico lesado (patrimonial ou extrapatrimonial). Caso se apresente com natureza jurídica extrapatrimonial, será enquadrado o dano decorrente da perda da chance como uma nova espécie de

³⁰⁴ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2015.

³⁰⁵ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu condenar em danos materiais pela perda da chance o advogado que deixou de executar o crédito de seu cliente, no momento oportuno, levando a Justiça do Trabalho a reconhecer a prescrição intercorrente na fase executiva. Em virtude da desídia do advogado, que fez seu cliente perder a chance de receber o valor que lhe era devido, restou fixada a indenização por perda da chance com caráter patrimonial. Ainda, afastou-se a possibilidade de dano moral, já que, no caso concreto, não houve violação a direitos da personalidade (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – 8ª C.Cível – AC – 1158674-0 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina - Rel.: Jorge de Oliveira Vargas – Unânime - J. 22.05.2014). Em outro caso, advindo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reconheceu-se a perda da chance a uma criança que teve o poder familiar destituído, foi colocada em abrigo, porém o processo foi arquivado, indevidamente, sem que se cumprisse a determinação da sentença de localização de família substituta para a criança. Destarte, uma criança com apenas 01 ano e 06 meses de idade, com sérias e reais chances para uma adoção, teve seu processo esquecido no arquivo por mais de 08 anos, retirando-lhe a oportunidade de ser adotada. Na data do julgamento, a criança já era adolescente, com 16 anos de idade, e continuava institucionalizada. Na ocasião, reconheceu o tribunal gaúcho o dano moral pela perda da chance, à míngua de qualquer prejuízo material (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário nº 70026384438, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 18/12/2008). Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral comenta tal decisão, assegurando que: “No caso narrado, a perda da chance tem caráter eminentemente extrapatrimonial, e a indenização foi fixada a título de danos morais. Não há, entretanto, critérios definidos para a quantificação do dano, relegado, como se nota, ao arbitramento judicial” (AMARAL, 2011, p. 197-198).

dano pertencente ao gênero dano extrapatrimonial. O que não se pode, frise-se, é afirmar que a natureza jurídica das chances perdidas será sempre um dano patrimonial emergente.

4.2.6 A natureza extrapatrimonial das chances perdidas e as tendências futuras do instituto: “O Voo da Fênix”

Remonta-se à mitologia grega a lenda da Fênix, um pássaro que, ao morrer, entrava em autocombustão e, depois de um determinado tempo, renascia das próprias cinzas. Em virtude de sua longevidade e de seu dramático renascimento, tornou-se um símbolo da imortalidade e do renascimento espiritual³⁰⁶. Nesse contexto, compara-se a natureza jurídica extrapatrimonial da perda da chance com “O Voo da Fênix”.

Conforme já demonstrado detalhadamente no subcapítulo anterior, no nascedouro da teoria no direito italiano, Giovanni Pacchioni (1940, p. 111) não via na chance perdida qualquer valor patrimonial, entretanto já observava um valor social notável, aproximando-a do dano extrapatrimonial. Essa fase, em que se negava o caráter patrimonial, porém destacava um valor extrapatrimonial latente, pode ser comparada ao “nascimento da Fênix”.

Após, Adriano De Cupis (1966, p. 264) e Maurizio Bocchiola (1976, p. 95) foram enfáticos em assegurar o caráter patrimonial da perda da chance, não conseguindo ver nela a natureza exclusivamente moral, fazendo lembrar a fase de “autocombustão da Fênix” em relação à natureza extrapatrimonial.

Em seguida à longa fase de discussão doutrinária e jurisprudencial, na Itália, passou-se a aceitar o caráter extrapatrimonial (CHINDEMI, 2010, p. 23), o que se pode comparar ao “ressurgimento da Fênix”.

No Brasil, o entendimento doutrinário sobre o caráter exclusivamente extrapatrimonial da chance parece viver uma fase de transição entre a negação (SAVI, 2012, p. 122) e a sua aceitação (NORONHA, 2013, p. 704), ou seja, “das cinzas ao renascimento”.

Essa possibilidade de a perda da chance apresentar natureza jurídica patrimonial e extrapatrimonial, a depender da análise do caso concreto, pode dar a

³⁰⁶ Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/F%C3%AAAnix>>. Acesso em 09 ago. 2015.

impressão que se está diante do caos, conforme se depreende do seguinte excerto: “A jurisprudência, repita-se, ainda não firmou entendimento sobre essa questão; ora a indenização pela perda de uma chance é concedida a título de dano moral, ora a título de lucros cessantes” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 102).

Contudo, deve-se observar que não será possível pacificar a discussão com a escolha de uma única natureza jurídica para a chance perdida, já que ela transita entre o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial, podendo apresentar uma ou outra natureza jurídica, dependendo do caso concreto. Não é por outra razão que se diz que se trata de um dano mutante (CHINDEMI, 2010, p. 49), dano mutável (AMARAL, 2011, p. 222) ou que apresenta uma natureza jurídica híbrida (SILVA, 2014, p. 267-285).

Será sempre o interesse jurídico lesado, se patrimonial ou extrapatrimonial, a partir das peculiaridades do caso concreto, que permitirá o correto enquadramento do dano pela perda da chance em uma determinada categoria, conforme se tem repetido ao longo do presente trabalho.

A título de tendência, pode-se afirmar que a maior dedicação ao estudo da natureza jurídica do instituto permitirá uma melhor distinção entre a patrimonialidade e a extrapatrimonialidade de modo a minimizar as discrepâncias jurisprudenciais. Nesse sentido, seguindo as orientações doutrinárias, as decisões judiciais, motivadamente, dirão o porquê de se eleger, no caso concreto, uma natureza jurídica em detrimento de outra, o que será realizado sob o crivo do interesse jurídico lesado. Nesse ponto, aliás, destaca-se que a doutrina majoritária, inclusive a brasileira, tem se preocupado com tal distinção, o que culminou, aliás, na própria elaboração do Enunciado 444 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal³⁰⁷.

Em harmonia com a proposta do Código Civil brasileiro, influenciada pela Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, para quem Direito é fato, valor e norma, conferiu-se ao magistrado a função de integrar o ordenamento jurídico por meio das cláusulas gerais³⁰⁸, zelando pela atualização da legislação civilista

³⁰⁷ Enunciado 444. “Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos” (SILVA, 2013, p. 142).

³⁰⁸ “O magistrado exercerá a vital tarefa de, periodicamente, construir e reconstruir a norma, segundo o valor justiça” (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 56)”. Sobre o papel das cláusulas gerais, ver

(ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 56). Nesse contexto, acrescenta-se como tendência o papel de protagonismo do magistrado na seleção de interesses merecedores de tutela, excluindo o chamado dano bagatelar³⁰⁹. Esse papel ganha maior relevância nos casos de violação a interesses jurídicos extrapatrimoniais em comparação aos interesses jurídicos patrimoniais, pois naqueles, ao contrário destes, não há qualquer valor numérico³¹⁰ a orientar o magistrado na seleção da seriedade das chances.

Ademais, outra tendência que se poderia lançar é a ampliação dos casos de perda da chance com natureza jurídica extrapatrimonial. É importante que se frise que não se está defendendo o fim da natureza jurídica patrimonial das chances perdidas, já que ambas conviverão harmoniosamente³¹¹, mas uma ampliação dos casos de extrapatrimonialidade, o que é uma consequência de um ordenamento jurídico comprometido com a dignidade da pessoa humana³¹² e com a reparação integral de todas as espécies de danos³¹³.

No contexto da ampliação dos casos de natureza jurídica extrapatrimonial, pode-se destacar a perda da chance em Direito de Família. Nesse sentido,

Por lógico, a teoria da perda de uma chance encontra espaço fecundo para a sua aplicabilidade, também, no âmbito das relações familiares, respeitados os seus parâmetros elementares. Com efeito, no campo das relações afetivas e patrimoniais de família é possível a prática de determinadas condutas, comissivas ou omissivas, que impliquem em subtrair de alguém oportunidades futuras concretas de obter situações favoráveis de conteúdo econômico, ou não – o que viabiliza o reconhecimento da perda de uma chance (FARIAS, 2011, p. 6).

Dentre as hipóteses possíveis, em tese, de reconhecimento da perda da chance em Direito de Família, destaca-se a omissão da genitora em informar ao

subcapítulo 1.2.

³⁰⁹ Sobre o dano bagatelar, Domenico Chindemi afirma que é caracterizado pela ausência dos requisitos de gravidade da lesão e da seriedade das consequências. Na perspectiva não patrimonial, é aquele fútil ou simples desconforto (CHINDEMI, 2010, p. 133).

³¹⁰ Em se tratando de lesão a interesse patrimonial, fica evidente que não goza de seriedade a perda da chance de concorrer a um prêmio de loteria no valor de um milhão de reais, já que o valor patrimonial da chance perdida corresponderia a R\$ 0,02. Trata-se de um caso em que a chance é real, porém não goza de seriedade (HIGA, 2012, p.84-85).

³¹¹ Na mesma linha, assegura Rafael Peteffi da Silva que “a teoria da perda de uma chance convive harmoniosamente tanto com o dano moral quanto com o dano patrimonial” (SILVA, 2013, p. 219).

³¹² Ver subcapítulo 1.1.

³¹³ Sobre o princípio da reparação integral do dano, ver Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010, p.27).

genitor acerca do nascimento de um filho, frustrando a chance da convivência paterno-filial. Ademais, tem-se a perda da chance na realização de um aborto sem a comunicação ao genitor, frustrando a concretização da paternidade. Contudo, sustenta-se que não caracterizaria a perda da chance a mera ruptura de um relacionamento matrimonial, união estável ou noivado por ausência de afeto, a recusa à realização de atos sexuais ou o abandono do lar³¹⁴ (FARIAS, 2011, p. 6-9).

Além da possibilidade de lesão a interesses extrapatrimoniais em Direito de Família, pode-se enumerar como uma das tendências a ampliação dos casos de perda da chance na seara da responsabilidade civil do Estado, tanto nas condutas comissivas, quanto nas omissivas. Em se tratando de condutas comissivas, por exemplo, já se defende na Itália o dano pela perda da chance advindo de erro judiciário, tal como a injusta detenção ou uma injusta condenação (CHINDEMI, 2010, p. 170), apesar de no Brasil não se ter localizado, até a presente data, qualquer decisão nesse sentido. Em decorrência da má prestação de serviços de saúde, de educação e de segurança por parte do Estado, quer por ação ou omissão, a perda da chance também parece encontrar terreno fértil. Aliás, já se visualizam, na jurisprudência, diversas condenações do Estado por perda da chance em virtude de erro médico³¹⁵.

Outra tendência que se vislumbra na ampliação dos casos de danos extrapatrimoniais da perda da chance é na seara dos interesses difusos e coletivos. Assim, interesses de natureza patrimonial passam a dar lugar a interesses comuns a toda a coletividade, tais como os enumerados no artigo 1º da Lei 7.347/85: meio ambiente; consumidor; bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e

³¹⁴ Quanto à última observação de Cristiano Chaves de Farias no sentido da impossibilidade de indenização por abandono do lar, à época de seu artigo, o Superior Tribunal de Justiça afirmava a impossibilidade de quantificar o afeto e negou a indenização ao filho em seu pedido de indenização por abandono afetivo (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 514.350/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009). Em um segundo momento, contudo, o mesmo tribunal retificou o seu entendimento e passou a assentar a possibilidade de indenização por abandono afetivo, ao afirmar que “amar é faculdade, cuidar é dever”. Em havendo o descumprimento de um dever jurídico objetivo, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, atinge-se um bem juridicamente tutelado, ficando sujeito à compensação por danos morais (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

³¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0086835-47.2004. Rel. Gabriel de Oliveira Zefiro. DJ: 14.02.2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap. Cív. nº 0000702-72.2004.8.19.0204, 7ª AJ Câm. Cív. rel. Des. André Ribeiro, julgamento: 09/12/2011; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Ap. Civ. 2008.001.43786, rel. Horácio S. Ribeiro Neto, j: 25.11.08; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap. Civ. 2007.001.1208, rel. Camilo Ribeiro Ruliere, j: 25.06.08.

paisagístico; qualquer interesse difuso ou coletivo; infração da ordem econômica; ordem urbanística; honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; patrimônio público e social.

Se observados os julgados analisados nesta pesquisa, a sustentação do dano pela perda da chance ocorre, em praticamente todos os casos, na esfera individual. Contudo, em uma sociedade de risco³¹⁶, em que os interesses transindividuais começam a ganhar maior preocupação, a tendência é o surgimento de situações lesivas não apenas contra a esfera individual, mas coletiva.

Nesse contexto de expansão dos danos de uma esfera individual para uma dimensão coletiva, merece destaque também a tendência à ampliação dos legitimados ativos das ações que objetivam a indenização pela perda da chance, podendo cada um deles ir a juízo individualmente ou por meio de litisconsórcio ativo facultativo³¹⁷. Dentre os novos atores sociais, destacam-se o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista, bem como as associações constituídas há 01 ano e que demonstrem pertinência temática com a defesa desses interesses³¹⁸. Aliás, a preocupação com tal tutela é tão cara ao Direito, superando os meros requisitos formais, que o magistrado poderá dispensar a exigência da pré-constituição “quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”³¹⁹.

Ainda, em se tratando da natureza jurídica extrapatrimonial das chances perdidas, aplicando-se a mesma discussão no tocante ao dano moral em sentido estrito, pode-se afirmar que há uma tendência, no ordenamento jurídico brasileiro, ao reconhecimento do *punitive damage* (dano punitivo), o que já se visualiza com

³¹⁶ Rememorando o contexto de uma sociedade de risco, Ulrich Beck destaca: “É certo que os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra ‘risco’ tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra” (BECK, 2011, p. 25).

³¹⁷ O artigo 5º, § 2º, autoriza ao Poder Público e as associações legitimadas a se habilitarem como litisconsorte de qualquer das partes. Litisconsórcio “é um fenômeno de pluralidade de pessoas, em um só ou em ambos os pólos conflitantes da relação jurídica processual” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 294).

³¹⁸ Todos esses legitimados ativos constam expressamente do artigo 5º da Lei 7347/85 com as importantes alterações trazidas pela Lei 11.448/2007 e Lei 13.004/2014.

³¹⁹ Conforme artigo 5º, § 4º, da Lei 7.347/85.

frequência na jurisprudência³²⁰. Deve-se destacar, contudo, que não há unanimidade na doutrina brasileira quanto a esse assunto³²¹, porém esta parece ser uma tendência, que também acabará por influenciar diretamente no dano extrapatrimonial da perda da chance.

Deve-se destacar que, no cenário da Comunidade Econômica Europeia, existe a Diretiva nº 104/2014, com vigência desde 25.12.2014, que, ao mesmo tempo em que orienta os seus países-membros ao reconhecimento do dano pela perda da chance, ressalva que as indenizações não poderão conduzir a uma indenização excessiva, tal como ocorre na indenização punitiva: “Sem prejuízo da reparação por perda de oportunidade, a reparação integral nos termos da presente diretiva não deverá conduzir a reparação excessiva, por meio de indenizações punitivas, múltiplas ou outras”³²².

Contudo, não se pode olvidar da observação de Pietro Perlingieri no sentido da atual crise vivida pelas cortes constitucionais europeias, já que, de um lado, as constituições dos países-membros da Comunidade Econômica Europeia tutelam a pessoa humana, ao passo que os interesses contidos nos regulamentos comunitários estão focados na liberdade de mercado e não na pessoa (PERLINGIERI, 1994, p. 882-883).

Assim, considerando que o Brasil tem o seu único compromisso com a efetiva tutela da pessoa, garantida na Constituição Federal de 1988, ao fixar o *quantum* indenizatório, o magistrado deve arbitrar um valor que desestime a conduta lesiva praticada pelo ofensor, reiterando os caminhos já percorridos pela jurisprudência nesse sentido.

De todo o exposto, pode-se verificar que a natureza extrapatrimonial da perda da chance, ao longo de sua recente história, tem apresentado uma alternância de fases, ora sendo diminuída a cinzas pela doutrina e pela jurisprudência, ora ressurgindo com maior intensidade. Pelas tendências apresentadas, parece que, apesar dos obstáculos, alçar maiores voos é uma realidade inexorável dessa nova espécie de dano extrapatrimonial.

³²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 604.801/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2004, DJ 07/03/2005.

³²¹ A favor, cita-se Paulo Lôbo (2013, p. 254). Contra, destaca-se Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 330). Ver exposição mais aprofundada da divergência no capítulo seguinte.

³²² Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>>. Acesso em 15 ago. 2015.

5 IMPLICAÇÕES DA CORRETA IDENTIFICAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DAS CHANCES PERDIDAS: MUITO ALÉM DO MERO PRECIOSISMO ACADÊMICO

A pretensão do presente capítulo é perquirir as distintas consequências jurídicas do enquadramento das chances perdidas em uma ou outra categoria de danos de modo a demonstrar as razões práticas do estudo da natureza jurídica da perda da chance.

O correto enquadramento da natureza jurídica da perda da chance deveria ser a primeira preocupação do jurista, já que serão diversas as consequências práticas. Assim, o causídico, na petição inicial, deve ser claro em especificar qual a natureza jurídica que atribui às chances perdidas, bem como os fundamentos para eventual cumulação com outras espécies de danos, tratando de distingui-los. De igual modo, o magistrado, à luz do princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF) e da consciência da heterogeneidade de seu auditório (AMARAL; SILVA, 2014, p. 1278-1282), deve se preocupar em utilizar uma linguagem clara, simples e objetiva para explicar o porquê da aceitação da teoria, bem como da eventual cumulação de danos.

Sem que haja essa preocupação, corre-se o risco de o Poder Judiciário brasileiro criar uma jurisprudência defensiva em relação às novas espécies de danos, tal como já fez em relação ao dano moral.

5.1 CUMULAÇÃO DE DANOS

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, incisos V e X, assegura a cumulação dos danos materiais e morais, devendo ser entendidos estes como danos morais em sentido amplo ou, apenas, danos extrapatrimoniais. Conforme visto, dentre as espécies de danos patrimoniais, têm-se o dano emergente e o lucro cessante. Já os danos extrapatrimoniais abarcam um rol *numerus apertus* de espécies de danos, compreendidos: o dano moral em sentido estrito, o dano pela

perda do tempo útil, o dano existencial, a perda da chance com lesão a interesse não patrimonial, o dano ao projeto de vida etc.

Por muito tempo se discutiu se seriam cumuláveis os danos patrimoniais e extrapatrimoniais oriundos do mesmo fato. Contudo, desde 1992, a questão se encontra pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vislumbra da Súmula nº 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”³²³. Correto, portanto, o entendimento jurisprudencial, pois, se são danos diversos, não há *bis in idem*, sendo possível a cumulação. Não é por outra razão que o Superior Tribunal de Justiça editou também a Súmula 387, reconhecendo a possibilidade de cumular danos diversos, moral e estético: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”³²⁴.

Nesse sentido, em se admitindo que danos diversos podem ser cumulados, sem que haja o reprovável *bis in idem*, torna-se necessário identificar corretamente a chance perdida, no caso concreto, se patrimonial ou extrapatrimonial, para, em seguida, perquirir se há algum outro dano passível de cumulação de modo que a pessoa humana seja integralmente indenizada.

Resta evidente, portanto, que uma incorreta identificação da perda da chance apenas como dano moral pode acabar por excluir outras espécies de danos. Nesse sentido, já reconheceu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que a tardia entrega de um imóvel pela construtora, extrapolando os prazos contratuais, fez o comprador perder a chance de auferir valores com a locação do imóvel. Nesse caso, as chances perdidas foram reconhecidas como dano patrimonial. Além disso, reconheceu também o tribunal mineiro que o atraso desarrazoado gerou, além do dano pela perda da chance, dano moral, extrapolando-se o mero aborrecimento³²⁵. Embora se discorde quanto à identificação do dano moral pelas consequências da lesão, como ocorreu no presente caso, certo é que a correta identificação da perda da chance como dano patrimonial, no presente caso, permitiu que o julgador chegasse à conclusão quanto à existência de um outro dano de natureza

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, julgado em 12/03/1992, DJ 17/03/1992, p. 3172, REPDJ 19/03/1992, p. 3201.

³²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção, julgado em 26/08/2009, DJe 01/09/2009.

³²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.298707-6/001. Rel. Des. Saldanha da Fonseca. DJ 12.09.2014.

extrapatrimonial e condenasse a parte ré a dois danos de naturezas diversas. Caso houvesse equívoco do julgador em reconhecer a chance perdida como dano moral, certamente a parte lesada seria indenizada apenas em relação a uma espécie de dano.

De igual modo, o entendimento de que a perda da chance será apenas um dano patrimonial pode deixar um dano à margem da competente indenização quando não houver interesse patrimonial em jogo, como ocorre nos casos de lesão a interesse jurídico exclusivamente extrapatrimonial. Destarte, em um caso em que um município construiu uma enorme fogueira que acabou por atingir uma pessoa que participava da festa pública, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu danos morais pela lesão à integridade física da vítima, danos estéticos pelas cicatrizes resultantes em seu corpo e dano pela perda da chance em razão da impossibilidade de o autor exercer toda e qualquer atividade laboral. No caso, não restou provado qualquer dano patrimonial³²⁶. A vingar a teoria da perda da chance apenas com caráter patrimonial, por certo, não receberia o autor indenização a título de perda da chance.

Assim, conclui-se que, em um sistema jurídico que admite a cumulação de danos, inclusive quando oriundos do mesmo fato, o correto enquadramento da perda da chance é fundamental para identificar todas as espécies de danos, bem como para afastar eventual *bis in idem*, garantindo-se a integral tutela da pessoa.

5.2 QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS DA PERDA DA CHANCE

No tocante à quantificação dos danos, há clara diferença entre os danos extrapatrimoniais e os danos patrimoniais. Cada qual possui suas especificidades, conforme restará demonstrado, porém já se adverte que a tarefa de mensurar os danos, em se tratando de perdas da chance, não é fácil, desafiando o jurista na busca de critério(s) para uma correta quantificação.

³²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0024.05.583237-2/001. Rel. Des. Geraldo Augusto. DJ 27.05.2011.

5.2.1 Dano extrapatrimonial da perda da chance: arbitramento

Em se tratando de dano pela perda da chance com natureza jurídica extrapatrimonial, a quantificação dos danos se dá por arbitramento, em que o magistrado buscará aquilo que é equitativo, justo, porém sem ser arbitrário, já que vinculado ao princípio da motivação de suas decisões a permitir a revisão por um órgão de superior instância (VALLE, 1996, p. 65-68).

Aliás, tal entendimento parece ser aquele que melhor recebe aceitação na doutrina, ao se afirmar que, em realidade, “o melhor critério para quantificação da indenização dos prejuízos extrapatrimoniais em geral, no atual estágio do direito brasileiro, é por arbitramento pelo juiz, de forma equitativa, com fundamento no postulado da razoabilidade” (SANSEVERINO, 2010, p. 280). No mesmo sentido, afirma-se que “não há outro meio mais eficiente para se fixar o valor da indenização por dano moral a não ser pelo arbitramento judicial” (MELO, 2011, p. 115).

Contudo, o arbitramento não é unanimidade, já que há quem entenda que entregar matéria das mais delicadas ao puro arbítrio do julgador, ao sabor de suas magnitudes ou mesquinhas, não parece a melhor opção. O ideal seria conceder “ao juiz uma faixa de atuação onde ele pudesse graduar a reparação de acordo com o caso concreto” (MONTENEGRO, 2005, p. 130).

Ocorre que, ao contrário do direito italiano em que há um sistema de tabelamento dos danos realizado pela lei ou pelos tribunais (TRABUCCHI, 2013, p. 1106-1107), no ordenamento jurídico brasileiro não se admite o tabelamento dos danos extrapatrimoniais³²⁷, razão pela qual eles devem ser fixados pelo magistrado,

³²⁷ Mesmo havendo previsão legal de tarifação, na Lei de Imprensa, entendia o Superior Tribunal de Justiça que não se aplicavam tais limitações aos danos morais, ao editar a Súmula nº 281 “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. Em seguida, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 130/DF, entendeu que a Lei de Imprensa não restou recepcionada, em sua totalidade, pela CF/88. O Superior Tribunal de Justiça também rejeitou a possibilidade de limitar os danos morais com base nos limites previstos no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62): “Pacífico o entendimento nesta Corte que o montante arbitrado a título de danos morais não se limita aos montantes previstos no Código Brasileiro de Telecomunicações” (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 527.585/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe 31/08/2009). Por fim, não se pode olvidar também que o STJ rechaçou a possibilidade de limitação dos danos morais aos valores tarifados em convenções internacionais, no âmbito do transporte aéreo, fazendo prevalecer o Código de Defesa do Consumidor: As indenizações tarifadas previstas nas Convenções Internacionais (Varsóvia, Haia e Montreal) não se aplicam ao pedido de

no caso concreto. Nesse sentido, também já afirmou a doutrina que a fixação de tarifamento “requer despersonalização e desumanização, o que, no meu entender, afronta o princípio da dignidade da pessoa humana e obsta o objetivo constitucional de redução das desigualdades econômicas” (LISBOA, 2013, p. 319).

Alguns critérios gerais são trazidos pelo Código Civil, para os casos de danos extrapatrimoniais. Assim, no caso de homicídio, sem excluir outras reparações, determina o Código Civil o pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e luto, além de alimentos aos dependentes, levando-se em conta a duração provável de vida da vítima (CC, art. 948). No caso de lesão à saúde, o ofensor indenizará o ofendido em relação às despesas do tratamento e aos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de outros danos existentes (CC, art. 949). Em havendo a impossibilidade de o ofendido realizar seu trabalho, além das despesas e dos lucros cessantes, incluirá um pensionamento correspondente ao valor do trabalho para o qual se inabilitou ou da depreciação que sofreu (CC, art. 950). Essas mesmas disposições aplicam-se aos casos de culpa em atividades profissionais, quando o ofensor, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho (CC, art. 951). Nos casos de usurpação ou esbulho do alheio, além de restituir a coisa, haverá indenização relativa ao valor das suas deteriorações, os lucros cessantes. Caso falte a coisa, a indenização se dará pelo equivalente, estimando-se pelo seu preço ordinário e pelo de afeição (CC, art. 952). Em casos de injúria, difamação ou calúnia, a indenização constituirá na reparação dos danos que resultem ao ofendido. Não sendo possível provar o prejuízo material, o juiz fixará, equitativamente, o valor da indenização, conforme as circunstâncias do caso (CC, art. 953). Por fim, em caso de ofensa à liberdade pessoal, ou seja, em caso de cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé, além da prisão ilegal, caberá indenização por perdas e danos. Não se podendo provar, caberá ao

danos morais decorrentes de má prestação do serviço de transporte aéreo internacional, prevalecendo o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 39.543/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 27/11/2012).

juiz, diante das circunstâncias do caso, fixar equitativamente (AMARAL, 2014, p.598-601)³²⁸.

Com o propósito de fixar parâmetros ao magistrado, no arbitramento dos danos extrapatrimoniais, atualmente tramitam diversos projetos de lei no âmbito da Câmara dos Deputados, conforme pesquisa realizada em seu sítio eletrônico³²⁹, não se olvidando que muitos deles já foram arquivados sem alcançar o objetivo proposto (AMARAL, 2011, p. 210). Dentre os que tramitam atualmente, destaca-se o Projeto de Lei 1.145/2015, de autoria do Deputado Daniel Vilela³³⁰, que pretende acrescentar o artigo 953-A ao Código Civil, com a seguinte redação:

Art. 953 – A. Na fixação da indenização por danos morais, o juiz deverá evitar o enriquecimento indevido do demandante e a ruína financeira do demandado, levando-se em consideração, para tanto, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa, a posição social do ofendido, bem como a intensidade do sofrimento por ele experimentado, devendo ainda atender os seguintes parâmetros:

§ 1º Caso o réu seja pessoa física, o valor máximo da condenação será fixado em até três vezes o valor de seus rendimentos líquidos mensais ou 20% de seu patrimônio.

§ 2º Em se tratando o réu de pessoa jurídica, o valor máximo da condenação será fixado em até duas vezes o valor de seu faturamento bruto ou 10% de seu patrimônio.

§ 3º A pessoa física será indenizada em até 50 vezes o valor de seus rendimentos líquidos mensais ou até três vezes o seu patrimônio.

§ 4º A pessoa jurídica será indenizada em até 20% de seu faturamento bruto ou até 50% de seu patrimônio. (NR).

³²⁸ Ao tratar da perda da chance e da ausência de dispositivo legal específico sobre o tema, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral lembra que não há óbice ao seu reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, o que pode ser realizado com base em uma leitura sistemática dos artigos 186 e 187, 927, 948, 949 e 402, todos do Código Civil, além da cláusula geral de responsabilidade do artigo 5º, V, da CF, bem como dos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, insculpidos no artigo 3º, incisos I e III, da CF (AMARAL, 2011, p. 47). Ver também Raimundo Simão de Melo, que afirma ser agasalhável a perda da chance no Direito brasileiro, o que, em sua concepção, decorre, além da cláusula geral do art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, também dos demais dispositivos do Código Civil mencionados (MELO, 2007, p. 3).

³²⁹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

³³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

Segundo a justificativa do supracitado projeto de lei, em um país continental como o Brasil, a expressão fixação equitativa pelo juiz é temerária, tornando-se necessários critérios determinados. Apesar de louvável a pretensão de oferecer critérios ao magistrado, entende-se que aqueles apresentados pelo legislador reformista parecem ser contraditórios à pretensão de evitar o enriquecimento indevido do ofendido e a ruína do ofensor, já que estendem a indenização ao valor do patrimônio das partes, podendo uma pessoa física ser condenada em até 20% do seu patrimônio e a pessoa jurídica em valor correspondente a duas vezes o valor de seu faturamento bruto ou 10% de todo o seu patrimônio. De outro lado, a parte autora da ação poderá obter três vezes o valor de seu patrimônio, se pessoa física, e 20% do seu faturamento bruto ou o valor correspondente a 50% de seu próprio patrimônio.

Outro projeto de lei, o PL 568/2015, de autoria do Deputado Federal Flávio Augusto da Silva³³¹, partindo da premissa de que os atuais valores de compensação fixados pela jurisprudência por danos morais não têm surtido o efeito desejado, no tocante aos serviços essenciais (assistência médica e hospitalar, transporte coletivo, bancários, dentre outros apontados no artigo 10 da Lei 7.783/89), traz a proposta de acrescentar o artigo 944-A ao Código Civil com a seguinte redação:

A indenização proveniente de ato ilícito diretamente relacionado a serviço essencial, poderá, com a finalidade de alcançar o caráter pedagógico-punitivo, superar em até 100 (cem) vezes o valor do dano patrimonial causado à vítima.

§1º. Para os efeitos das disposições deste artigo, são considerados serviços essenciais aqueles relacionados na Lei Nº 7.783, de 28 de junho de 1989.

§ 2º. Nos casos relacionados à indenização por danos morais, o valor arbitrado deve corresponder ao mínimo de 10 (dez) e máximo de 100 (cem) salários-mínimos.

A propositura legislativa, equivocadamente, parte dos danos materiais para a quantificação dos danos morais, o que poderia implicar que, na ausência de danos

³³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2015.

materiais, não houvesse outros critérios para a quantificação do dano. Além disso, institui o tabelamento, o que já foi rechaçado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstrado alhures.

Por fim, traz-se à baila a polêmica questão dos *punitive damages* no direito brasileiro, que “são concebidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária. A finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira” (ROSENVALD, 2013, p. 143). Nesse sentido, de um lado, há aqueles que defendem a possibilidade da função punitiva no direito brasileiro para, além de compensar o dano moral, punir o infrator e inibir a praticar outras violações (LÔBO, 2013, p. 254)³³². Por outro lado, há quem defenda que não há espaço no ordenamento jurídico brasileiro para o caráter punitivo. Eventualmente, poder-se-ia admitir uma figura semelhante ao dano punitivo quando for necessário dar uma resposta à sociedade em caso de uma conduta ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, porém, nesse caso, torna-se imperiosa previsão legislativa (BODIN DE MORAES, 2009, p. 330).

À míngua de critérios legais mais precisos que orientem o magistrado no correto arbitramento do dano moral, a doutrina e a jurisprudência³³³ têm estabelecido alguns deles, destacando-se:

³³² No mesmo sentido, destaca Teresa Ancona Lopez que o Projeto Fiuza (Projeto de Lei 6.960/02), de revisão do CC/02, acrescenta ao artigo 944 um parágrafo segundo com a seguinte redação: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Em igual sentido, também foi o entendimento constante da IV Jornada de Direito Civil do CJF, por meio do Enunciado 379: “o artigo 944, ‘caput’, do Código Civil não afasta a possibilidade de se conhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil” (LOPEZ, 2010, p. 83). Ainda, destaca-se a “necessidade de desestímulo à prática do ato ilícito, toda indenização deve apresentar função pedagógica, valorizando a paz social nas relações intersubjetivas” (AMARAL, 2011, p. 167).

³³³ Cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça, cuja missão precípua é a pacificação da jurisprudência nacional, no tocante à interpretação da legislação infraconstitucional, entende que revisar a quantificação do dano implica em revolver matéria probatória, o que é vedado pela Súmula 07 da Corte. Contudo, conforme remansosa jurisprudência, quando a fixação do *quantum* implicar em valores irrisórios ou exacerbados, o STJ aceita revisar o valor da condenação. Nessa senda, “é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a modificação do valor da compensação por danos morais somente é permitida quando a quantia estipulada for irrisória ou exagerada, o que não se configura na presente hipótese” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 647.720/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJ 29.05.2015).

o grau de culpa do ofensor, suas condições econômicas, as consequências e circunstâncias do evento danoso, o comportamento, idade e sexo da vítima, a gravidade da lesão, localização das sequelas, a permanência do sofrimento e, sobretudo, seus reflexos na readaptação do acidentado na vida social, e ainda, acrescenta-se a posição social, política, profissional e familiar do ofendido, a necessidade de desestímulo ao enriquecimento ilícito ou sem causa, e o nível de propagação da ofensa (AMARAL, 2014, p. 601).

Contudo, os mencionados critérios também não passam imunes a críticas. Para os defensores dos danos punitivos, rechaça-se a ideia de que o arbitramento deva levar em consideração a vedação ao enriquecimento ilícito de uma das partes, já que tal teoria é inerente aos danos patrimoniais e não morais (LISBOA, 2013, p. 320-321). Já para aqueles que negam o caráter punitivo, sustenta-se que perde importância o grau de culpa, já que a indenização deve ocorrer apenas pela extensão do dano. Assim, mesmo que a culpa seja levíssima, mas causadora de dano gravíssimo, deverá ser reparado o prejuízo causado. Para evitar o critério punitivo, os defensores desta última tese também defendem que a condição econômica do ofensor é irrelevante, já que sua adoção implicaria em critério de punição (BODIN DE MORAES, 2009, p. 296). Deve-se destacar, entretanto, o ponto em comum entre ambas as teses: não se pode admitir a condição econômica da vítima, sua aparência ou sua idade com o propósito para reduzir os danos, já que não há pessoa com maior ou menor personalidade jurídica (LISBOA, 2013, p. 317-321). No mesmo sentido, “o fato de a vítima mais desfavorecida receber menos pelo mesmo dano sofrido não responde a qualquer princípio de justiça” (BODIN DE MORAES, 2009, p. 302).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem proposto uma operação bifásica para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais, que, segundo a doutrina, por considerar o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso concreto, observa o princípio de justiça comutativa e de equidade. Assim, na primeira fase, o magistrado considera os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos) de forma a garantir uma igualdade de tratamento para casos semelhantes, cumprindo uma exigência da justiça comutativa. Em uma segunda fase, ajusta o montante fixados às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias, o que permite elevar ou reduzir o valor até alcançar o montante definitivo, procedendo-

se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo (SANSEVERINO, 2010, p. 288-289)³³⁴.

Verifica-se que os critérios apresentados são genéricos, aplicáveis, em regra, a todas as espécies de danos extrapatrimoniais. Por certo, além deles, cada espécie de dano extrapatrimonial poderá apresentar especificidades no tocante à fixação do *quantum* compensatório. Assim, nos casos de dano estético, por exemplo, poderá ser considerada a extensão da cicatriz, bem como o local do corpo onde ela se encontra. Já nos danos existenciais, serão consideradas as atividades que o lesado deixou de realizar, bem como a frequência com que as realizava.

O mesmo deve ocorrer em relação à perda da chance. Nesse sentido, Daniel Amaral Carnaúba sustenta que a quantificação do dano extrapatrimonial da perda da chance, tal como ocorre com o dano patrimonial, será realizada em duas fases. Na primeira delas, o magistrado fixará o *quantum* indenizatório a título de danos extrapatrimoniais, levando em consideração os critérios ordinários de mensuração do dano moral. Em um segundo momento, deverá reduzir o valor a partir das porcentagens envolvidas, correspondendo o valor encontrado ao *quantum* indenizatório (CARNAÚBA, 2013, p. 180-181). O mesmo raciocínio é obtido por Rafael Peteffi da Silva ao afirmar que

Mesmo nas espécies de dano moral, tal regra deve ser obedecida. Caso o agente tenha retirado as chances da vítima de não perder um braço, as chances perdidas representarão apenas uma porcentagem do valor que seria concedido se houve nexos causal entre a ação do agente e a efetiva perda do braço (SILVA, 2013, p. 143).

Os projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados, as sugestões apresentadas pela doutrina e os critérios utilizados pelos tribunais brasileiros

³³⁴ O método bifásico tem recebido elogios pela doutrina, já que se trata da adoção de um critério científico pela jurisprudência (LISBOA, 2013, p. 318). No mesmo sentido, manifestam Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto afirmando que “o critério bifásico é sensato e coerente com a exata medida do moral” (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2014, p. 397). Entretanto, a doutrina também tem demonstrado preocupação com as consequências que tal método pode trazer: “corre-se o risco de precificação dos direitos da personalidade, caso se entenda que, uma vez identificado o interesse jurídico violado, caberá a fixação de um valor básico, desconsiderando-se outro parâmetro que venha complementar essa etapa. É indispensável a complementação de outro parâmetro, a fim de se evitar a inadequada tarificação do interesse jurídico, pena de *coisificação do direito da personalidade violado*” (LISBOA, 2013, p. 318).

revelam o antigo reclamo de se definirem critérios genéricos para auxiliar o magistrado no arbitramento dos danos extrapatrimoniais, sobretudo em um contexto de surgimento de novas espécies de danos, tal como se visualiza na perda da chance com natureza jurídica extrapatrimonial.

5.2.2 Dano patrimonial da perda da chance: probabilidade

Conforme já demonstrado alhures, o dano pela perda da chance jamais corresponderá ao resultado final, pois, se houvesse a certeza de tal resultado, não se trataria de aplicação da teoria das chances perdidas, pois é pressuposto desta a incerteza do resultado final, apesar da existência de chances sérias e reais. Por tal razão, em se tratando de perda da chance com natureza patrimonial, há um consenso na doutrina e na jurisprudência no sentido de que o *quantum* das chances perdidas será sempre inferior ao valor do resultado final. Tal entendimento se vislumbra desde as primeiras manifestações que aceitaram a aplicação da teoria da perda da chance: “anzitutto, una chance di vittoria ha assai minor valore della vittoria futura, e tale inferiorità si riflette sul rissarcimento” (DE CUPIS, 1966, p. 264)³³⁵.

A Corte de Cassação italiana se vale da seguinte fórmula para a quantificação dos danos oriundos da perda da chance: $VI = VRF \times Y$, em que VI significa o valor da indenização da chance perdida; VRF corresponde ao valor do resultado final e Y indica o percentual de probabilidade de obtenção do resultado final (SAVI, 2012, p. 32)³³⁶. Portanto, o valor da indenização da perda da chance é obtido ao fazer incidir sobre o valor do resultado final o percentual de probabilidade de sua obtenção.

Em se tratando de um dano patrimonial, parece não haver maiores dificuldades em apurar qual o valor do resultado final pretendido. A maior

³³⁵ Tradução livre: “em primeiro lugar, uma chance de vitória possui menor valor que a vitória futura, e tal inferioridade se reflete no ressarcimento”.

³³⁶ Com outras siglas, mas mantendo a mesma ideia exposta por Sérgio Savi, pode-se encontrar também a equação “ $PC=RF \times P$ ”, “na qual 'PC' significa o valor da Perda da Chance, 'RF', o resultado final esperado, e 'P', a Probabilidade de concretização do resultado final – que será o coeficiente de redução” (HIGA, 2012, p. 135). Sobre o assunto, ver também Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 158), Daniel Amaral Carnaúba (2013, p. 180) e Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 134).

complexidade da matéria está em perquirir qual é o percentual de chances perdidas, sobretudo pelo fato de que, no momento da realização de seu exame, as chances já se encontram esgotadas (CHABAS, 1994, p. 928 e ss.).

Um instrumento para se chegar ao percentual de chances perdidas pode ser obtido por meio da estatística, realizando-se o cálculo das probabilidades, conforme propôs, de forma pioneira, Piero Calamandrei, ao afirmar que:

Non si può, in tutti questi casi, dire con sicurezza quale sarebbe stato il corso degli eventi se il fatto dannoso non fosse avvenuto; ma si può con sicurezza calcolare quali sono, in base alle osservazioni statiche fatte sui grandi numeri, le probabilità favorevoli che l'evento dannoso ha bruscamente distrutto (CALAMANDREI, 1966, p. 386)³³⁷.

A doutrina se divide quanto à admissibilidade da estatística. De um lado, há aqueles que vislumbram nela um importante instrumento dada à crescente importância que ela ganha nas mais diversas atividades de nosso cotidiano: “è certo che la statistica ed il calcolo delle probabilità, basato sulle regole dei grandi numeri, hanno acquistato, ai nostri giorni, un'importanza sempre crescente” (BOCCHIOLA, 1976, p. 93)³³⁸.

No Brasil, a utilização da estatística também é bem quista pela doutrina, conforme se verifica da seguinte conclusão:

A proposta de Calamandrei foi objeto de diversas críticas que, neste momento, são irrelevantes para a adequada compreensão da teoria. O que é importante destacar é o ponto positivo daquela proposta, qual seja, o recurso à estatística (SAVI, 2012, p. 20).

Entretanto, não se pode olvidar aqueles que, em sentido contrário, vislumbram a insuficiência do recurso à estatística para determinadas situações, tal

³³⁷ Tradução livre: Não se pode, em todos estes casos, dizer com segurança qual seria o curso dos eventos se o fato danoso não houvesse ocorrido; mas se pode calcular com segurança quais são, com base nas observações estatísticas, as probabilidades favoráveis que o evento danoso bruscamente destruiu.

³³⁸ Tradução livre: “è certo que a estatística e o cálculo da probabilidade, baseado nas regras dos grandes números, têm adquirido, em nossos dias, uma importância sempre crescente”

como a do cálculo para definir o êxito de um processo em caso de negligência do advogado. Nesse sentido,

anche il ricorso, propugnato da Piero Calamandrei, alla statistica giudiziaria per definire l'esito probabile del processo, non sembra adeguato, perché da essa difficilmente potrebbe trarsi un criterio di preponderanza statistica (ZENO-ZENCOVICH, 1986, p. 217)³³⁹.

Na mesma senda, Daniel Amaral Carnaúba (2013, p. 114) tece críticas à concepção de que a estatística permite que os fenômenos aleatórios possam ser expressos por meio de uma porcentagem única e invariável, de forma absoluta. Segundo o autor, tal concepção equivocada possivelmente se deve ao fato de a probabilidade ser comumente vista como um objeto das ciências exatas. Em sua concepção, a probabilidade jamais constituiria um dado absoluto, pois ela pode ser mutável, tendente a variar conforme o conhecimento adquirido acerca do objeto em análise. Para exemplificar, menciona-se o seguinte exemplo:

uma companhia petrolífera realiza um estudo geológico para saber se há petróleo no subsolo de uma região qualquer: 20% de chances, conclui a pesquisa. Uma cifra insuficiente para justificar uma perfuração. Quinze anos mais tarde, outro estudo é efetuado, dessa vez com instrumentos e técnicas mais modernas. O resultado é bem diverso: a probabilidade de que haja uma reserva de hidrocarboneto é de 80%. Notemos que a proposição “há petróleo no subsolo” recebeu duas qualificações numéricas distintas: 20% de ser verdadeira e 80% de chance de ser verdadeira. Qual dessas duas qualificações corresponde efetivamente à realidade? As duas. Cada uma foi obtida a partir de um conjunto distinto de informações e, em relação a cada um desses conjuntos, as conclusões obtidas foram verdadeiras (CARNAÚBA, 2013, p. 114-115).

Assim, mesmo na seara patrimonial, nem sempre o cálculo da probabilidade oferecerá soluções para a quantificação do dano³⁴⁰, ainda que com o auxílio de um

³³⁹ Tradução livre: também o recurso, proposto por Piero Calamandrei, à estatística judiciária para definir o êxito provável de um processo, não parece adequado, porque dificilmente poderia ser elaborado um critério de preponderância estatística.

³⁴⁰ Nesse sentido, “a quantificação das probabilidades envolve ainda outro problema, ainda mais

perito, razão pela qual a importância do magistrado³⁴¹, que poderá se valer do arbitramento, tal como o faz na esfera extrapatrimonial.

Para tanto, basta se pensar no caso de perda da chance de obter certo ganho econômico sem qualquer informação a permitir a extração da probabilidade de sucesso. Nesse sentido,

Suponha-se, por exemplo, a ação de indenização movida pelo único fabricante de canecas decorativas da Copa do Mundo de 2010 que, por culpa comprovada do transportador, deixou de ter o produto disponível para venda na África do Sul durante o evento. Como estimar as chances de venda se o produto não estava disponível e não havia similares? E, na falta desses parâmetros, pode o juiz deixar a vítima sem indenização pela oportunidade perdida? Não. É bom que se diga: a ausência de estatísticas ou dados que permitam o cálculo de probabilidade de sucesso não torna hipotético o dano sofrido pela vítima. A perda de uma chance deve ser indenizada, arbitrando-se um valor para a oportunidade a partir de outros elementos que não necessariamente o magistrado logrará reduzir a uma equação matemática, como o poder de atração do produto, o sucesso do evento, o perfil do público e assim por diante. Mais uma vez, a fundamentação da decisão judicial desempenhará papel essencial (SCHREIBER, 2013a, p. 203).

Por considerar as dificuldades em conciliar os critérios estatísticos com as peculiaridades do caso concreto, restringindo as chances perdidas a uma fórmula

dramático para a responsabilidade civil. É que nem toda chance pode ser expressa por meio de um número preciso, pois um raciocínio fundado em probabilidades não implica necessariamente uma porcentagem única e invariável (...) É por essa razão que, muitas vezes, a chance não poderá ser mensurada pelo juiz com toda precisão – nem mesmo a ajuda de um perito será capaz de superar esse problema (...)” (CARNAÚBA, 2013, p. 117). No mesmo sentido, “A complexidade dos fatos a serem apreciados e verificados, vezes tantas, representa dificuldades mesmo para os expertos, haja vista que muitas podem ser as particularidades incidentes que devem ser analisadas e consideradas para apuração do valor da indenização devida” (AMARAL, 2011, p. 205).

³⁴¹ Sobre o papel do magistrado na árdua tarefa de quantificação dos danos, “trata-se de mais uma diferença gerada pelo deslocamento da reparação dentro da estrutura da responsabilidade. Note-se que, sob a técnica das presunções, o principal ponto a ser decidido pelo juiz concerne à constatação de um prejuízo. Entretanto, sob a técnica da reparação de chances, a quantificação do prejuízo é que passa a ser uma questão intrincada, exigindo a ponderação do julgador. Isso ocorre porque no primeiro método a incerteza afeta a existência do prejuízo, enquanto, no segundo, ela atinge sua liquidação” (CARNAÚBA, 2013, p. 118). Nesse contexto, “o magistrado não está adstrito à porcentagem apresentada pelo perito em seu cálculo, podendo aumentá-la ou reduzi-la, com base em elementos objetivos do caso concreto, que indiquem fortemente a variação nas chances do lesado” (AMARAL, 2011, p. 208).

matemática, manifesta-se François Chabas: “El método no escapará jamás a un cierto arbitrio” (CHABAS, 1994, p. 928 e ss.)³⁴².

Aliás, não é por outra razão que, no Código Civil de 1916, havia uma cláusula geral prevista no artigo 1.553 segundo a qual “nos casos não previstos por este Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 420). Assim, à míngua de um critério específico a determinar o *quantum* indenizatório, o magistrado deveria valer-se da genérica regra do arbitramento. Apesar de revogado, entende-se que o conteúdo de tal dispositivo ainda é pertinente, já que, diante de um dano injusto e à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, não pode o magistrado se imiscuir de fixar o *quantum* indenizatório, podendo se valer do arbitramento, inclusive em lesões a interesses patrimoniais, quando não houver parâmetros legais a norteá-lo.

5.3 INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

A depender da natureza jurídica do dano da perda da chance adotada, patrimonial ou extrapatrimonial, haverá consequências diretas em relação ao cálculo de juros e de correção monetária, notadamente em relação ao momento de sua incidência.

Entendem-se por juros “o rendimento do capital, os frutos civis produzidos pelo dinheiro, sendo, portanto, considerados como bens acessórios (CC, art. 92), visto que constituem o preço do uso do capital alheio, em razão da privação deste pelo dono” (DINIZ, 2011, p. 430). Os juros são de duas espécies: compensatórios e moratórios. Os juros compensatórios, também denominados remuneratórios, constituem o rendimento do crédito que o credor tem contra o devedor, em qualquer relação jurídica obrigacional. Já os juros moratórios constituem pena pelo atraso (LÔBO, 2013, p. 255). Os juros moratórios podem ser: convencionais ou legais. São considerados juros moratórios convencionais aqueles fixados livremente pelas partes, enquanto que os juros moratórios legais são aqueles decorrentes da lei

³⁴² Tradução livre: “o método não escapará jamais a um certo arbítrio”.

(LISBOA, 2013, p. 463-464). Para efeito do presente estudo, interessam os juros moratórios legais.

A correção monetária, por sua vez, “é um corretivo que tem por objeto manter atualizada, no tempo, em seu valor, determinada espécie de moeda” (AZEVEDO, 2011, p. 221). Trata-se, portanto, de instituto que não representa qualquer acréscimo ao valor real, limitando-se a impedir a desvalorização do bem, que pode resultar da lei ou da convenção das partes (LISBOA, 2013, p. 457). Ao presente estudo interessa a correção monetária legal.

Expostos os conceitos de juros e correção monetária, torna-se relevante verificar quais os percentuais de juros e correção monetária admitidos, à luz da jurisprudência e da doutrina brasileira.

No tocante aos juros moratórios, serão fixados nos termos do artigo 406 do Código Civil, ou seja, “serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. Contudo, não há consenso sobre qual a taxa em vigor, pois há dois modos de cálculo da taxa dos juros devidos à Fazenda Nacional: a taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia) ou a prevista no artigo 161, §1º, do Código Tributário Nacional, que limita o valor a 12% ao ano (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2014, p. 744).

Diante dessa possibilidade de aplicação de duas formas de cálculo, não faltam críticas à utilização da taxa SELIC: “note-se que integra o cálculo da taxa SELIC a atualização monetária prefixada, o que torna sua aplicação problemática, pois não constitui apenas taxa de juros” (LÔBO, 2013, p. 257). No mesmo sentido, é o Enunciado 20 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao afastar a Taxa SELIC, afirmando-se que:

Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e

pode ser incompatível com o art. 192, §3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ano³⁴³.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, apesar das críticas doutrinárias, tem assentado que a taxa de juros moratórios a que se refere o artigo 406 do Código Civil é a taxa SELIC³⁴⁴. Na linha jurisprudencial mencionada, frise-se que se aplica a taxa SELIC, seja em uma relação jurídico-tributária (particular e Fazenda Pública)³⁴⁵, seja apenas entre particulares³⁴⁶.

Enfatiza-se que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, a taxa SELIC é aplicada apenas quando a relação jurídica entre particulares e administração pública for de natureza tributária, seja a Fazenda cobrando crédito tributário do particular, seja o particular pleiteando a repetição do indébito, em observância ao princípio da equidade. Nas demais ações, ou seja, nas ações não-tributárias, os juros de mora corresponderão aos juros aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97³⁴⁷.

Contudo, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou, por arrastamento, a inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração da caderneta de poupança” (ADI nº 4357/DF), há tribunais fixando, em matéria não-tributária, juros de mora de 1% ao mês³⁴⁸.

No tocante à correção monetária, se considerado o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a atualização monetária do

³⁴³ Disponível em: <<http://www.daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ljornada.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

³⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 727842/SP. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ 20.11.2008. No mesmo sentido, cita-se o recente entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 523: A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança de tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. DJ: 27.04.2015).

³⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1516637/PB. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ: 07.05.2015.

³⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Edcl no REsp nº 1.300.187/MS. Rel. Min. Raul Araújo. DJ: 26.03.2014.

³⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.427.058/MG. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 25.09.2014.

³⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70049627813, Rel. Umberto Guaspari Sudbrack. J. 05.06.2014.

indébito tributário se fará apenas com a utilização da Taxa Selic, já restarão compreendidos nesse *quantum* os juros moratórios e a correção monetária.

Contudo, a tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça ainda não tem convencido os tribunais, colhendo-se diversas decisões recentes que continuam a fixar juros de mora em 1% ao mês, conforme entendimento do art. 406 do CC c/c art. 161, §1º, do CTN, além da correção monetária pelo IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado)³⁴⁹. A opção pelo IGPM parece ser o indexador de correção monetária mais bem-aceito pelos tribunais: “adota-se o IGPM por ser o indexador que melhor recompõe o poder aquisitivo da moeda, devendo incidir desde a sentença”³⁵⁰. Entretanto, não há como falar em unanimidade, já que há outras decisões a adotar indexador diverso, tal como o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor)³⁵¹. Há, inclusive, decisões que fixam fórmulas mais complexas de cálculo da correção monetária, tal como a verificada em julgado que determina o cálculo pela média do INPC e do IGP-DI (Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna)³⁵².

Diante de tal cenário, em que se vislumbram mais incerteza que certeza, mais divergência que uniformização, torna-se imprescindível uma resposta do legislador, disciplinando regras quanto à aplicação de juros e correção monetária, convencionais ou legais, de modo a oferecer uniformidade jurisprudencial e maior segurança aos negócios jurídicos.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar o momento de incidência dos juros e da correção monetária, o que dependerá da natureza jurídica das chances perdidas adotada, se dano patrimonial ou dano extrapatrimonial.

Em se tratando de dano patrimonial, a correção monetária tem incidência a partir da data do efetivo prejuízo, ou seja, da data em que ocorreu o evento danoso,

³⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70064376973. Rel. Isabel Dias Almeida. J. 27.05.2015; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70059140145. Rel. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout. DJ: 25.05.2015.

³⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário 70064696057. Rel. Sérgio Luiz Grassi Breck. DJ: 01.06.2015. No mesmo sentido, “O IGPM-FGV – é o índice que melhor reflete a inflação do país, não se justificando a sua substituição pelo INPC” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Agravo Regimental nº 0800066-47.2014.8.12.0033. Rel. Des. Dorival Renato Pavan. DJ: 30.04.2015).

³⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Rel. Luiz Gustavo Fabris. 2ª Turma Recursal. DJ: 02.06.2015.

³⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Rel. Vivian Cristiane Eisenberg de Almeida Sobreiro. DJ: 31.05.2015.

conforme Súmula 43 do STJ: “Incide correção monetária sobre a dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”³⁵³. Já os juros de mora possuem incidência a partir da citação, conforme precedentes do STJ³⁵⁴.

Entretanto, caso se trate de um dano extrapatrimonial, o entendimento firmado pelo STJ é no sentido de que a correção monetária se dá a partir da data do arbitramento, ou seja, a partir da sentença, já que é nesse momento que foi fixado o *quantum*, devendo, a partir de então, o valor ser atualizado até a data do efetivo pagamento. Nesse sentido, é o exato teor da Súmula 362 do STJ: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”³⁵⁵. Em relação aos juros de mora, incidem a partir do evento danoso, conforme Súmula 54 do STJ: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”³⁵⁶.

Nesse sentido, aliás, foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em caso que será analisado no próximo capítulo, em que se reconheceu à criança a perda da chance de retirada tempestiva do sangue do cordão umbilical. Na espécie, em um caso em que não há discussão patrimonial, apresentando-se as chances perdidas como um dano de natureza extrapatrimonial, assentou o STJ no tocante aos juros e à correção monetária:

Destarte, acolho a insurgência recursal, julgando-se procedentes os pedidos formulados na petição inicial, fixando indenização ao terceiro autor no montante de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), incidindo juros de mora desde a data do ato ilícito (Súmula 54/STJ) e correção monetária desde o dia do presente julgamento (Súmula 362/STJ)³⁵⁷.

Contudo, ao compulsar julgados sobre a aplicação da teoria da perda da chance, quer no Superior Tribunal de Justiça, quer nos tribunais, verifica-se que, apesar de se reconhecer a aplicação da teoria e condenar o lesante a um

³⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. DJ: 20.05.1992.

³⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Antonio Carlos Pereira. DJ: 04.03.2013.

³⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. DJ: 03.11.2008.

³⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. DJ: 24.09.1992.

³⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 01.10.2014.

determinado valor a título de chances perdidas, deixa o órgão julgador de especificar os critérios de juros e de correção monetária, o que gera um duplo problema.

De um lado, impede que ocorra a reparação integral do dano, já que, sem juros e sem correção monetária, o valor indenizatório fica aquém daquele devido. Nesse passo, somente ocorrerá a integral reparação do dano se o devedor efetuar o pagamento do *quantum* indenizatório com a devida atualização monetária, ou seja, incluindo-se correção monetária e juros de mora.

Por outro lado, considerando a jurisprudência assente do STJ no sentido de que não há coisa julgada na decisão que deixa de fixar juros e correção monetária³⁵⁸ somada ao fato da divergência existente no tocante aos índices legais aplicáveis, a omissão do julgador e dos patronos das partes pode criar um sério problema para a fase executiva. Assim, em caso de omissão dos índices de juros e correção monetária na sentença, o correto é a interposição do recurso de embargos declaratórios com o propósito de sanar a omissão, conforme dispõe o artigo 535, inciso I, do Código de Processo Civil. Não se pode olvidar que, uma vez fixado o termo inicial dos juros e da correção monetária na sentença, mesmo que desconforme à orientação jurisprudencial do STJ, não se pode modificar o *decisum* após o trânsito em julgado, sob pena de ofensa à coisa julgada³⁵⁹. No mesmo sentido, é o entendimento de que, uma vez definidos os percentuais de juros e o indexador de correção monetária, em havendo o trânsito em julgado da sentença, também não se poderá efetuar modificação a posteriori, sob pena de afronta à coisa julgada³⁶⁰.

³⁵⁸ No particular, este Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, vem consignando que na fase da execução de sentença é vedada a mudança do critério de correção monetária se tal critério foi expressamente mencionado na sentença exequenda transitada em julgado. Não é a hipótese dos autos. A sentença exequenda não fixou a forma de correção monetária (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl no AgRg no RMS 27.122/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 01/04/2009).

³⁵⁹ "A alteração do termo inicial dos juros de mora e da correção monetária estabelecido no título exequendo configura violação à coisa julgada (...)" (AgRg no AREsp 673.139/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015).

³⁶⁰ A coisa julgada se sobrepõe a qualquer aspecto legal atinente à correção monetária, cabendo a observância do título judicial ainda que contrário ao comando legal que rege a matéria atinente aos consectários legais. Precedentes (AgRg no REsp 1349024/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 03/12/2014). No mesmo sentido, em relação aos juros de mora, já se decidiu que "1. A modificação, pelo juízo da execução, do índice de juros de mora especificamente estabelecido em sentença judicial proferida após o advento do Código Civil de 2002 constitui inegável ofensa à coisa julgada. 2. Referida alteração, para fins de adequação à

Diante do exposto, verifica-se que a correta identificação da natureza jurídica das chances perdidas trará consequências diretas em relação ao termo inicial de juros e correção monetária e, por conseguinte, em relação ao *quantum debeatur*, o que impõe aos profissionais do direito uma maior atenção quanto à questão de modo a garantir uma integral reparação dos danos.

5.4 IMPOSTO DE RENDA

A questão relativa à incidência, ou não, do imposto de renda sobre a indenização sempre provocou polêmica a partir da interpretação do artigo 43 do Código Tributário Nacional, que apresenta a seguinte redação:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

À luz do mencionado dispositivo legal, partindo-se da natureza jurídica, sustentou-se que o dano patrimonial do tipo emergente apenas recompõe o patrimônio do lesado. Já a indenização por dano patrimonial do tipo lucro cessante, a seu turno, recompõe não o patrimônio, mas o seu acréscimo, que certamente ocorreria no futuro. Por fim, o dano moral nada recompõe, pois paga o dano de natureza extrapatrimonial com bem de natureza diversa. A partir de tais considerações, há quem defenda que apenas o dano patrimonial do tipo emergente não caracteriza acréscimo patrimonial, não incidindo imposto de renda. Nessa

inteligência do art. 406 do diploma civil vigente, só tem sido admitida nas hipóteses em que omisso o título judicial sobre o tema ou nos casos em que tal título tenha sido proferido em momento anterior à vigência do Código Civil de 2002, o que não se verifica no caso” (AgRg no REsp 1453571/CE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015).

perspectiva, a indenização por dano patrimonial do tipo lucro cessante e por dano extrapatrimonial representa um acréscimo patrimonial, devendo incidir imposto de renda (PHILIPPSEN, 2006, p. 137).

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também assegurou que a natureza jurídica do bem jurídico a que se refere a indenização possui relação direta com a incidência de imposto de renda, incidindo imposto de renda sobre o lucro cessante e sobre o dano moral:

O pagamento de indenização pode ou não acarretar acréscimo patrimonial, dependendo da natureza do bem jurídico a que se refere. Quando se indeniza dano efetivamente verificado no patrimônio material (= dano emergente), o pagamento em dinheiro simplesmente reconstitui a perda patrimonial ocorrida em virtude da lesão, e, portanto, não acarreta qualquer aumento no patrimônio. Todavia, ocorre acréscimo patrimonial quando a indenização (a) ultrapassar o valor do dano material verificado (= dano emergente), ou (b) se destinar a compensar o ganho que deixou de ser auferido (= lucro cessante), ou (c) se referir a dano causado a bem do patrimônio imaterial (= dano que não importou redução do patrimônio imaterial). A indenização que acarreta acréscimo patrimonial configura fato gerador do imposto de renda e, como tal, ficará sujeita à tributação.³⁶¹

Contudo, ao contrário do entendimento supracitado, há quem defenda que não incide imposto de renda em relação à indenização, já que, nesse caso, não há aumento do patrimônio do lesado, mas, apenas, a reposição da vítima ao *status quo ante*. Nesse sentido,

Na indenização, como é pacífico, há compensação, em pecúnia, por dano sofrido. Noutros termos, o direito ferido é transformado numa quantia de dinheiro. O patrimônio da pessoa lesada não aumenta de valor, mas simplesmente é repostado no estado em que se encontrava antes do advento do gravame (*status quo ante*) (CARRAZZA, 2002, p. 768).

³⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 748.868/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2007, DJ 18/02/2008.

No mesmo norte, são as observações de Aliomar Baleeiro, que rechaça a incidência de imposto de renda em relação à indenização, ao afirmar que “muito menos é tributável a verdadeira e própria indenização, que é simples recomposição de perdas patrimoniais” (BALEIRO, 2001, p. 287).

Apesar da acirrada divergência demonstrada, hoje, contudo, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, ao editar a Súmula 498 com a seguinte redação: “Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais”³⁶².

Os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, aliás, são expressos em reiterar que não incide imposto de renda, seja na indenização por dano material, seja na indenização por dano moral:

Qualquer espécie de dano (material, moral puro ou impuro, por ato legal ou ilegal) indenizado, o valor concretizado como ressarcimento está livre da incidência de imposto de renda. A prática do dano em si não é fato gerador do imposto de renda por não ser renda. O pagamento da indenização também não é renda, não sendo, portanto, fato gerador desse imposto³⁶³.

Esclarece o Superior Tribunal de Justiça que o móvel da não-incidência de imposto de renda sobre as indenizações, seja por danos materiais, seja por danos morais, é a ausência de acréscimo patrimonial em todas elas:

TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – ART. 43 DO CTN – VERBAS INDENIZATÓRIAS – DANOS MORAIS E MATERIAIS – AUSÊNCIA DE ACRÉSCIMO PATRIMONIAL – IMPOSTO DE RENDA – NÃO INCIDÊNCIA.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).
2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de indenização quando inexistente acréscimo patrimonial.
3. Recurso especial não provido³⁶⁴.

³⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012.

³⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1152764/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/2010, DJe 01/07/2010.

³⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1150020/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 17/08/2010.

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça haver pacificado a questão, editando, inclusive, o verbete sumular nº 498, entende-se que a abordagem do assunto é relevante, já que ainda persistem discussões judiciais quanto à retenção de imposto de renda³⁶⁵.

Feitas as mencionadas considerações, conclui-se que o dano pela perda da chance, quer assuma natureza jurídica patrimonial, quer assuma natureza jurídica extrapatrimonial, conforme entendimento jurisprudencial prevalente, não se encontra sujeito à incidência do imposto de renda por não se tratar de um acréscimo patrimonial, mas, apenas, da reposição do lesado à situação em que se encontrava antes da lesão.

5.5 CONGRUÊNCIA ENTRE PEDIDO E SENTENÇA

A sentença judicial deve guardar congruência com o pedido formulado na petição inicial, conforme dispõe o artigo 460 do Código de Processo Civil: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Trata-se do princípio da congruência ou da correlação entre pedido e sentença (NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY, 2010, p. 697), também denominado princípio da coextensão ao se afirmar que “o que determina a sentença é o pedido” (PONTES DE MIRANDA, 2002, p. 72).

A partir do mencionado dispositivo legal, a doutrina processualista rechaça a possibilidade de a sentença apresentar-se como *extra*, *ultra* e *infra/citra petita*. Entende-se por sentença *extra petita* aquela que se pronuncia sobre o que não tenha sido objeto do pedido, decidindo o magistrado fora do pedido. Trata-se de sentença nula, podendo ser reconhecida, inclusive, de ofício pelo magistrado (ALVIM, 2001, p. 657). Já na sentença *ultra petita*, o juiz decide o pedido do autor, porém vai além, dando a ele mais do que fora pleiteado, julgando, portanto, além do

³⁶⁵ Nesse sentido, ver Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70041407487, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 04/12/2013; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Rel. Shiroshi Yendo - J. 03.06.2015.

pedido. Trata-se de nulidade parcial da sentença, em que o tribunal não anulará todo o ato decisório, mas decotará a parte que ultrapassou o pedido (THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 517). A sentença *citra* ou *infra petita*, por fim, é aquela que deixa de apreciar pedido expressamente formulado pela parte. Trata-se também de sentença nula por violar o princípio da indeclinabilidade da jurisdição (GRECO FILHO, 2003, p. 242)³⁶⁶.

Delicada situação a ser enfrentada é se um pedido genérico de dano patrimonial ou de dano moral englobaria o dano pela perda da chance com natureza jurídica patrimonial ou extrapatrimonial, respectivamente, ou se deveria haver um pedido expresso de chances perdidas³⁶⁷. Ao cotejar as duas possibilidades, entende-se temário adotar o primeiro entendimento, seja pelo risco de violar o princípio da congruência entre o pedido e a sentença, seja por deixar exclusivamente nas mãos do magistrado a identificação dos danos indenizáveis.

Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, contudo, já admitiu que um pedido de dano moral fosse acolhido como perda da chance em um caso no qual as chances perdidas tinham natureza de dano extrapatrimonial. Trata-se do caso de um hospital que deixou de cumprir uma ordem judicial, alegando que a decisão que lhe fora apresentada era extraída da internet, não possuindo os interessados a cópia do

³⁶⁶ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam que, havendo vício consistente no descumprimento do princípio da correlação entre pedido e sentença, poderá a parte ajuizar embargos declaratórios para sanar a omissão, caso se trate de sentença *infra* ou *citra petita*. Já nos casos de sentença *ultra* ou *extra petita*, deve-se ajuizar recurso de apelação. Destacam, também, que não se pode falar de sentença *ultra*, *extra* ou *infra petita* nos casos de matérias de ordem pública, já que são passíveis de cognição de ofício pelo magistrado, não incidindo sobre elas o princípio da congruência. Por fim, observam que sobre a sentença *ultra*, *infra* ou *extra petita*, nessa parte, não terá autoridade de coisa julgada, sendo desnecessário o ajuizamento de ação rescisória. Basta, portanto, no caso da parte que não foi decidida (sentença *infra petita*), ajuizar nova ação judicial para decidir aquilo que não o foi. Já a parte que foi decidida sem pedido (*ultra* e *extra petita*) não faz coisa julgada material, de modo que não tem nenhuma eficácia no processo em que foi proferida ou em outro processo (NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY, 2010, p. 405-406; 697).

³⁶⁷ Não é por outra razão que se observa: “Uma compreensão equivocada acerca do instituto e a definição da natureza jurídica não atenta às particularidades do dano, bem como às nuances dessa teoria da responsabilidade civil conduzem, por vezes, à errônea reparação do lesado, seja para conceder-lhe além do que efetivamente teria direito, seja para negar-lhe o montante que evidentemente deveria ter sido englobado pela indenização, posto tratar-se de efetiva chance perdida” (AMARAL, 2011, p. 174). Ver também Sérgio Savi (2012, p. 95).

documento original, o que fez com que uma criança deixasse de ser atendida e perdesse a chance de sobrevivência³⁶⁸.

Porém, não se pode olvidar que já decidiu o mesmo Tribunal Superior que o autor, ao limitar seu pedido inicial à condenação em lucros cessantes, impede a apreciação da tese recursal de perda da chance, sob pena de julgamento *extra petita*³⁶⁹. De igual modo, em situação semelhante, também já decidiu que constitui sentença *extra petita* a decisão que condena a parte em danos sociais não contidos dentre os pedidos iniciais³⁷⁰. Para evitar tal situação, Sérgio Savi recomenda que se façam pedidos alternativos. Assim, “o primeiro de indenização pelos lucros cessantes e, alternativamente, para o caso de o juiz não entender pela certeza, ainda que relativa, daqueles, de indenização pela perda da chance” (SAVI, 2012, p. 95)³⁷¹.

É importante destacar que não se pode admitir que a parte autora pretenda indenização pela perda da chance com natureza jurídica patrimonial, limitando-se, porém, a fazer apenas um pedido de dano moral. De igual modo, não se pode pretender o ressarcimento da perda da chance com natureza jurídica extrapatrimonial e fazer um pedido de dano material.

Ao se partir da concepção de que a sentença deve ser um reflexo do pedido inicial, entende-se que a parte autora deva fazer um pedido expresso de reconhecimento da chance perdida, descrevendo, inclusive, a sua natureza jurídica de modo que não paire qualquer dúvida quanto ao cumprimento do princípio da

³⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1335622/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013.

³⁶⁹ Depreende-se de sua exordial que o autor somente pretendeu indenização por danos materiais com fundamento em lucros cessantes, tendo sido o pleito acatado pelas instâncias ordinárias, motivo pelo qual esta Corte não pode reconhecer a teoria da perda de uma chance, sob pena de julgamento *extra petita* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1244685/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/10/2013, DJe 17/10/2013).

³⁷⁰ Na presente reclamação a decisão impugnada condena, de ofício, em ação individual, a parte reclamante ao pagamento de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide e, nesse aspecto, extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda, na medida em que confere provimento jurisdicional diverso daqueles delineados pela autora da ação na exordial, bem como atinge e beneficia terceiro alheio à relação jurídica processual levada a juízo, configurando hipótese de julgamento *extra petita*, com violação aos arts. 128 e 460 do CPC (...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 12.062/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014).

³⁷¹ No mesmo sentido, “mais adequado, no caso, então, será pleitear em primeiro lugar, reparação pelo dano da perda da vantagem esperada e, alternativamente, formular pedido expresso pelo dano pela perda da chance, sob pena de irressarcibilidade deste último” (AMARAL, 2011, p. 184-185).

congruência. Ademais, tal cautela do causídico é fundamental para convencer o magistrado a reconhecer eventuais danos passíveis de cumulação com as chances perdidas.

6 A PERDA DA CHANCE EM CASOS CONCRETOS

Conforme exposto, a perda da chance pode apresentar a natureza de dano patrimonial, situação em que há divergência na doutrina se, nesse caso, será lucro cessante, dano emergente, uma terceira via entre ambos ou dano emergente *sui generis*. Poderá, ainda, apresentar natureza jurídica extrapatrimonial, consoante defendido neste trabalho³⁷². O critério de definição da natureza jurídica será o interesse jurídico lesado³⁷³ e, se for patrimonial, a chance perdida apresentará natureza patrimonial. Por outro lado, se for extrapatrimonial o interesse jurídico violado, a chance perdida possuirá natureza de dano extrapatrimonial.

A maior crítica doutrinária à aplicação da teoria da perda da chance, sobretudo no Brasil, é que se classifica a chance perdida, na maioria das vezes, apenas como dano moral em casos em que o interesse jurídico lesado é patrimonial. Com o escopo de verificar a (in)correta aplicação da teoria da perda da chance, serão analisadas algumas decisões proferidas por tribunais ou situações concretas apresentadas pela doutrina.

6.1 O SHOW DO MILHÃO³⁷⁴

O caso conhecido como o Show do Milhão é, sem dúvida, o mais emblemático de reconhecimento da perda da chance no Brasil, já que foi o primeiro julgado, proferido por um tribunal superior brasileiro, que, explicitamente, acolheu a perda da chance em nosso ordenamento jurídico.

Trata-se do caso de um programa televisivo, apresentado pela emissora Sistema Brasileiro de Televisão - SBT, conhecido como Show do Milhão, consistente

³⁷² Sobre as naturezas jurídicas do dano pela perda da chance, patrimonial ou extrapatrimonial, ver capítulo 4.

³⁷³ Em relação ao interesse jurídico lesado como o critério para definir a natureza jurídica da perda da chance, ver subcapítulos 2.4.4 e 4.2.1.

³⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 788.459/BA. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ: 13.02.2006.

em perguntas e respostas, em que o candidato, à medida que avançava no acerto das perguntas que lhe eram formuladas, acumulava prêmio em dinheiro, podendo chegar até a última pergunta do programa e, em caso de acerto, ganharia a importância de um milhão de reais em barras de ouro.

Em um dos programas, uma candidata apresentou um conhecimento notável que, somado à habilidade que possuía com o próprio jogo, permitiu que ela chegasse à pergunta final que lhe poderia dar a chance de alcançar o prêmio máximo. Segundo as regras do jogo, todas as perguntas formuladas ao candidato continham 04 alternativas de resposta, sendo apenas uma delas correta. Porém, nessa derradeira pergunta a ela formulada não havia uma resposta correta. Conforme se extrai do acórdão, foi-lhe perguntado: “A Constituição reconhece direito aos índios de quanto do território brasileiro? a) 22%; b) 02%; c) 04%; d) 10%”

Após ler a pergunta, ela preferiu não respondê-la, o que lhe garantiu o prêmio de R\$ 500.000,00. Em caso de uma resposta errada, ela ganharia apenas R\$ 300,00. Deixou, contudo, de levar o prêmio máximo de um milhão de reais. Posteriormente, veio a descobrir que não havia resposta correta para tal pergunta, já que a Constituição Federal, em nenhuma passagem, estipula qualquer porcentagem de território aos índios.

Diante de tal situação, ajuizou a candidata uma pretensão indenizatória contra o SBT, pleiteando a condenação ao prêmio máximo do programa ante a ausência de resposta correta à pergunta que lhe fora formulada. A autora ganhou em primeiro e segundo graus de jurisdição sob o argumento de incidência da teoria da perda da chance.

Contudo, em recurso interposto pelo SBT ao Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a corte que, apesar de incidir à espécie a teoria da perda da chance, não houve a correta fixação do *quantum* indenizatório, já que não havia certeza de que, em existindo uma resposta correta, a candidata acertaria a resposta, apesar do seu brilhantismo até aquele momento. Contudo, não há como negar, conforme assentou o acórdão, que a pergunta mal formulada causou um dano à candidata, que perdeu a chance de sagrar-se milionária.

Decidiu o STJ que, como não havia certeza de que ela acertaria a resposta, não poderia ser a emissora de televisão condenada ao pagamento do restante do prêmio (R\$ 500.000,00). Valendo-se da probabilidade, entendeu-se que, em sendo

04 alternativas, a candidata possuía, ao menos, 25% de probabilidade de acerto. Assim, foi a emissora condenada ao pagamento de 25% de R\$ 500.000,00, ou seja, R\$ 125.000,00.

Trata-se de um caso de inadimplemento contratual³⁷⁵, que ocasionou à participante do programa televisivo o dano pela perda da chance. Havia um contrato celebrado entre as partes, disciplinando as regras do jogo. Caberia ao programa de televisão formular as perguntas corretas e à candidata ao prêmio acertá-las, assumindo as consequências de uma resposta correta ou errada, conforme as regras do programa.

O presente julgado revela, corretamente, que não poderia a candidata ganhar a integralidade do prêmio, já que não havia a certeza de que ela acertaria a pergunta final. Em havendo, seria o caso de condenação por lucros cessantes³⁷⁶, argumento que constou da própria decisão. Assim, o que se indeniza é a própria chance que havia no patrimônio da candidata³⁷⁷, porém que lhe fora subtraída, indevidamente, pela ausência de resposta correta. Tal chance possui um valor em si mesma e deve ser indenizada sob a forma de dano emergente³⁷⁸.

Na fixação do *quantum* indenizatório pelo Superior Tribunal de Justiça, no presente caso, cabe destacar uma importante observação de Rafael Peteffi da Silva:

qualquer pessoa, mesmo uma criança de tenra idade ou um amental, teria, matematicamente, ao menos 25% de chances de acertar a derradeira pergunta do programa televisivo. Como a vítima havia mostrado, durante o próprio programa, impressionante conhecimento enciclopédico, acreditamos que, mesmo havendo em conta o elevado grau de complexidade da 'pergunta do milhão', a indenização poderia ter ficado um pouco acima dos 25% concedidos pelo julgamento final (SILVA, 2013, p. 204-205).

O argumento utilizado por Rafael Peteffi da Silva é bastante interessante porque demonstra a possibilidade de o magistrado, no caso concreto, não ficar vinculado à conclusão da perícia, ou seja, além dos requisitos objetivos (quantidade de respostas possíveis e possibilidade de acerto), poderia o magistrado buscar fundamentos de natureza subjetiva para justificar a majoração do *quantum*

³⁷⁵ Em uma relação obrigacional, “as obrigações assumidas devem ser fielmente executadas” (ALVIM, 1980, p. 5).

³⁷⁶ Sobre o conceito de lucros cessantes, ver tópico 2.5.1.

³⁷⁷ Sobre a chance como patrimônio da parte lesada, ver nota de rodapé nº 131 e 135.

³⁷⁸ Quanto ao conceito de danos emergentes, ver tópico 2.5.1.

indenizatório, desde que o fizesse motivadamente³⁷⁹, permitindo-se o controle da decisão judicial com consectário lógico do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal³⁸⁰.

Por derradeiro, a análise do julgado permite concluir que houve a lesão a um interesse patrimonial da vítima consistente na possibilidade de obter o prêmio final de um milhão de reais. Portanto, se a lesão é a interesse patrimonial, a natureza da chance perdida é patrimonial³⁸¹. Não se visualiza, no caso apresentado, qualquer interesse jurídico de natureza extrapatrimonial, concluindo-se que houve acerto do Superior Tribunal de Justiça no enquadramento da natureza jurídica das chances perdidas.

6.2 A AUSÊNCIA DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS³⁸²

Outro caso proveniente do Superior Tribunal de Justiça se refere a um casal que contratou uma empresa especializada para a coleta e armazenagem das células-tronco embrionárias³⁸³ de seu futuro filho, porém, no momento do parto, a empresa não compareceu ao hospital, deixando de coletar o material genético.

Os pais da criança pleitearam a condenação da ré em danos morais decorrentes do descumprimento contratual, tese que foi acolhida em primeira instância, condenando a empresa em R\$ 15.000,00, cujo valor indenizatório foi majorado em segunda instância, fixando a importância de R\$ 15.000,00 para cada um dos pais. Nesse ponto, houve o trânsito em julgado da decisão em segundo grau de jurisdição.

³⁷⁹ Nesse sentido, a fundamentação das decisões judiciais “não pode depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais” (STRECK, 2012, p. 115). Trata-se de ato devidamente fundamentado sujeito ao devido controle pelos atores sociais (AMARAL; SILVA, 2014, p. 1278-1282).

³⁸⁰ Art. 93. (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

³⁸¹ Conforme demonstrado no subcapítulo 4.2.2, é o interesse jurídico lesado que determina a natureza da perda da chance: patrimonial ou extrapatrimonial.

³⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.291.247/RJ. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 01 out. 2014.

³⁸³ Segundo o artigo 3º, inciso XI, da Lei 11.105/05, consideram-se células-tronco embrionárias: “células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo”.

O recurso chegou ao Superior Tribunal de Justiça porque a criança teve o seu pleito de indenização por perda da chance negado em primeiro e segundo graus de jurisdição. Na primeira instância, afirmou a magistrada que se tratava de dano hipotético e, portanto, não passível de indenização. Assegurou que somente se poderia falar em dano concreto se a criança viesse a necessitar das células-tronco não colhidas. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve a improcedência do pedido da criança por um duplo fundamento: a criança de tenra idade não teria a consciência necessária a potencializar um dano moral e não havia probabilidade real de a criança vir a necessitar do material genético, já que nasceu saudável.

No Superior Tribunal de Justiça, o ministro-relator Paulo de Tarso Sanseverino deu provimento ao recurso para reconhecer a perda da chance à criança. Inicialmente, destacou que, no âmbito do STJ, há firmes julgados a reconhecer a possibilidade de dano moral, inclusive ao nascituro, sem qualquer componente de consciência, pois o que se tutela são os seus direitos da personalidade. Com tal argumento, afastou o óbice imposto pelo tribunal de justiça. Em seguida, assentou ser um caso de perda da chance, pois

[...] não se exige do consumidor a prova da certeza do dano, mas a prova da certeza da chance perdida, ou seja, a certeza da probabilidade (...) é possível que o dano final nunca venha a se implementar (...) O certo, porém, é que perdeu definitivamente a chance de prevenir o tratamento dessas patologias, sendo essa chance perdida o objeto da indenização.

Na sequência, houve o arbitramento dos danos morais, fixados em R\$ 60.000,00 em favor da criança.

Contudo, a decisão não foi unânime. Foi aberta a divergência pela Ministra Nancy Andrighi, que rejeitou a aplicação da teoria da perda da chance à espécie, por considerar que

A meu sentir, a análise do contexto fático, tal e qual descrito no acórdão impugnado, embora evidencie o inadimplemento contratual da requerida – pelo qual, repita-se, foi condenada a indenizar os pais – não revela a certeza da probabilidade necessária à configuração do dano moral sofrido pelo recém-nascido, senão apenas a perda de uma possibilidade de tratamento se e somente se ele vier a contrair uma patologia e se essa patologia puder ser prevenida ou curada

pelo uso das células-tronco, que deveriam ter sido coletadas e não o foram.

O resultado final proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça, por maioria, seguiu o voto do ministro-relator, reconhecendo à criança a perda da chance.

Sobre o caso submetido à apreciação do STJ, de início, vale observar que ainda persiste entendimento jurisprudencial que reconhece que a criança não pode sofrer dano moral, pois não tem a consciência do dano causado. Esse foi um dos argumentos utilizados pelo TJ-RJ, conforme visto, para negar o pedido de indenização formulado pela criança. A persistir tal argumento, também não poderia sofrer dano moral qualquer pessoa que não tivesse condições de discernimento, seja por enfermidade ou por doença mental. Assim, a pessoa em estado de coma, um doente mental ou um nascituro não poderia tutelar direitos da personalidade, já que não goza do necessário discernimento³⁸⁴.

Nesse ponto, portanto, não merece qualquer reparo a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, ao reformar o acórdão, reconheceu a legitimidade ativa da criança na tutela de direitos da personalidade.

Sobre o mérito do recurso especial, que reconheceu a perda da chance à criança, embora se concorde com a tese da divergência de que, naquele momento, não havia qualquer processo aleatório em andamento, seja porque não possuía a criança qualquer patologia, seja porque não havia a certeza de que eventual patologia seria curada por tais células-tronco, deve-se acrescentar outro fundamento de extrema relevância à espécie: apesar das pesquisas médicas em andamento, não há, no estado atual da técnica³⁸⁵, nenhuma certeza de que as células-tronco embrionárias, retiradas do sangue do cordão umbilical, possam curar doenças.

³⁸⁴ Nesse sentido, “ao nascituro também se assegura o direito de indenização pelos danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor: É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai (...) Todos sofrem com a perda de um familiar, mesmo aquele que nem o conheceu. Isso é normal e presumido” (CAHALI, 2011, p. 128).

³⁸⁵ Entende-se por estado da técnica “tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data do depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior” (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 122). Esse conceito, aliás, consta da lei que regula a propriedade industrial no Brasil, conforme art. 11, § 1º, da Lei 9.279/96. A importância de se conhecer o estado atual da técnica é que constitui um dos requisitos para se pleitear uma patente: a novidade, ou seja, somente é passível de patente aquilo que é desconhecido pela comunidade científica, não compreendido pelo estado da técnica. A novidade, a industriabilidade (passível de utilização ou produção em qualquer tipo de industrial) e a originalidade (atividade inventiva) formam o conjunto de requisitos para se pleitear a patente de uma invenção ou de um modelo de utilidade (NEGRÃO, 2005, p. 115-118).

Nesse sentido, vale transcrever trecho da entrevista do médico Dráuzio Varella com a professora geneticista Mayana Zatz, da Universidade de São Paulo: “Hoje, está ficando evidente que o sangue do cordão umbilical é melhor do que a medula óssea para fornecer células-tronco adultas, mas o potencial que têm para gerar diferentes tecidos é ainda desconhecido (...) as pesquisas estão apenas começando”³⁸⁶. Trata-se, portanto, da chance que carece dos requisitos de seriedade e realidade.

Diante dos argumentos apresentados pela Ministra Nancy Andrighi, já foi dito que quiçá “se pudesse ter dito somente restar caracterizado um dano extrapatrimonial, mas não a perda de uma chance” (AMARAL; PONA; 2014).

Em comentário ao caso, Marcos Catalan aponta três ponderações à decisão do STJ: a) ausência de alusão aos critérios para aferição da chance perdida; b) inexistência de critérios para quantificar o dano pela perda da chance, pois “o valor parece exsurgir do nada”; c) falta de relação entre os julgados citados por perda da chance com o caso dos autos (CATALAN, 2015, p. 311-317). Concorde-se, parcialmente, com as considerações citadas.

Em relação à primeira delas, realmente o acórdão não aponta elementos suficientes para se concluir pela realidade e seriedade das chances³⁸⁷. Aliás, diante da mencionada fala da geneticista Mayana Zatz, os estudos sobre a potencialidade das células-tronco do cordão umbilical na cura de doenças se encontram na fase inicial, não havendo qualquer certeza. Não é por outra razão a correta afirmação de que, “se o infante adoecesse neste exato instante, não haveria chance perdida” (CATALAN, 2015, p. 314). Para ser séria e real a chance de cura de uma doença deveria haver elementos a demonstrar a possibilidade de utilização das células-tronco na cura de doenças e, ainda, a probabilidade de a criança vir a desenvolver tal doença.

Poder-se-ia acrescentar o contraponto de que, por se tratar o presente caso de inadimplemento contratual³⁸⁸, em uma relação de consumo³⁸⁹, seria dispensável

³⁸⁶Disponível em: <<http://www.drauziovarella.com.br/entrevistas-2/celulas-tronco-ii-linhas-de-pesquisa>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

³⁸⁷ Sobre a realidade e a seriedade de chances, ver subcapítulo 3.4.6.

³⁸⁸ Conforme Agostinho Alvim, inadimplemento contratual significa o não cumprimento da obrigação, devendo-se lembrar que, em nosso Direito, o adimplemento da obrigação é a regra; o inadimplemento, a exceção (ALVIM, 1980, p. 6).

³⁸⁹ Art. 2º. “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda

demonstrar a potencialidade de as células-tronco curarem doenças, pois, ao se celebrar um contrato dessa natureza, parte-se da premissa de que há uma promessa de tal material genético vir a curar doenças. Do contrário, nenhuma pessoa contrataria o serviço e nenhuma empresa do ramo o venderia.

Mas, mesmo em se admitindo a presunção de seriedade e realidade da chance no tocante à cura por meio das células-tronco, com base no vínculo contratual, restaria perquirir qual é a doença passível de ser curada, qual a chance de a criança desenvolver tal doença, qual a chance de cura dessa doença etc.³⁹⁰ Portanto, de qualquer ponto de vista que se olhe, parece difícil encontrar os requisitos de seriedade e realidade da chance perdida a merecer tutela jurídica.

A segunda crítica traçada por Marcos Catalan, no sentido de que o acórdão não fundamentou devidamente o *quantum* indenizatório a título de perda da chance, também merece procedência. Colhe-se da decisão que o julgador se limitou a dizer: “Assim, atento a tais peculiaridades, tenho por razoável o arbitramento da indenização em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), eis que a criança foi a principal prejudicada pelo ato ilícito”³⁹¹. Parece que a simples alusão à razoabilidade, sem fundamentar o procedimento de arbitramento do dano³⁹², não guarda observância ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal³⁹³, que dispõe sobre a necessidade de

que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Na doutrina consumerista, destacam-se duas correntes acerca do Conceito de destinatário final: a finalista e a maximalista. A teoria finalista ou subjetiva propõe que o consumidor é o não profissional, ou seja, aquele que adquire ou utiliza o produto para uso próprio ou de sua família. Em outras palavras, é aquele que retira o bem do mercado, colocando fim à cadeia de produção. Já para a teoria maximalista ou objetiva, consumidor é o destinatário fático do produto ou do serviço, pouco importando a finalidade da aquisição ou do uso, podendo até mesmo haver a intenção de lucro. O STJ parece ter colocado fim à discussão acerca do alcance da expressão destinatário final, no julgamento do REsp 661.145, em 22.02.2005, ao optar pela teoria finalista com um certo abrandamento: “Com vistas, porém, ao esgotamento da questão, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada in concreto a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais” (GARCIA, 2010, p. 14-23).

³⁹⁰ Sem contar outros fatores possíveis: a criança morrer antes do surgimento da necessidade do tratamento; a criança morrer antes de se descobrir a eficácia do tratamento; a criança viver intensamente durante 15 anos, período em que se estima a vida útil das células-tronco congeladas, passando a necessitar delas depois desse período (CATALAN, 2015, p. 315).

³⁹¹ Ver p. 21 do REsp 1.291.247/RJ.

³⁹² Sobre os critérios ao arbitramento judicial dos danos extrapatrimoniais, ver subcapítulo 5.2.1.

³⁹³ Art. 93. (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

motivação das decisões judiciais.

Por fim, a única crítica de Marcos Catalan da qual se ousa discordar é aquela que afirma a inexistência de harmonia entre o caso dos autos e os julgados citados no acórdão. Verifica-se que o relator se utilizou da jurisprudência em três oportunidades distintas. Na primeira, para falar da admissão da teoria da perda da chance no STJ. Na segunda, para assentar a legitimidade ativa da criança em relação aos danos morais. Na terceira, para firmar a possibilidade de perda da chance em caso idêntico ao dos autos. Destarte, embora nem todos os julgados citados sejam idênticos ao caso dos autos, observa-se que há coerência lógica entre a argumentação do julgador e as decisões mencionadas.

Para finalizar, é relevante destacar que, a despeito da ausência dos requisitos da seriedade e da realidade das chances perdidas, segundo o ponto de vista defendido neste trabalho, o julgado possui uma peculiar relevância para o avanço do estudo da teoria da perda da chance quanto à sua estruturação, ao reconhecer, expressamente, a possibilidade de uma natureza jurídica extrapatrimonial da perda da chance, diversa do dano moral em sentido estrito³⁹⁴, mesmo em uma hipótese em que não há qualquer discussão quanto a aspectos patrimoniais.

6.3 O DESPORTISTA VANDERLEI CORDEIRO DE LIMA³⁹⁵

O presente caso não foi objeto de decisão judicial, mas foi relatado pela professora Regina Beatriz Tavares da Silva, em artigo denominado Perda de uma chance, em que ela não apresenta a solução para o caso, porém desafia o leitor a perquirir se não seria o caso de incidência da teoria da perda da chance à espécie.

Trata-se do caso do desportista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, que, nas Olimpíadas de Atenas, em 2004, estava em primeiro lugar dentre os corredores, com 28 segundos de vantagem em relação ao segundo colocado, faltando apenas 06 Km de um total de 42 Km para a conclusão da prova. Em determinado momento,

³⁹⁴ Deve-se destacar que a sentença de primeiro grau reconheceu o dano moral e condenou a parte requerida, sendo o valor majorado pelo TJ-RJ, havendo o trânsito em julgado da decisão. Mesmo assim, o STJ reconheceu a perda da chance com caráter extrapatrimonial, o que somente confirma a posição defendida no presente trabalho da possibilidade de cumulação de danos morais em sentido estrito com perda da chance como espécie de dano extrapatrimonial.

³⁹⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares. Perda de uma chance. [2004]. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=127>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

foi agarrado por uma pessoa que assistia à competição e que o lançou ao solo. Apenas após o tempo de oito segundos, com o auxílio de outro espectador, Vanderlei conseguiu se desvencilhar de quem o atacara e continuar na prova, acabando por finalizá-la em terceiro lugar.

Houve recurso do Comitê Olímpico Brasileiro (COB) ao Comitê Olímpico Internacional (COI), em que se pleiteou a revisão do resultado ou a anulação da prova, porém o resultado foi mantido.

Vanderlei recebeu a medalha de bronze por seu desempenho na competição e acabou também por receber a medalha Barão Pierre de Coubertin por seu espírito e ideal olímpico.

No presente caso, não havia a certeza de que Vanderlei, apesar de estar em primeiro lugar na competição, sagrar-se-ia vencedor, sobretudo porque, momentos antes da agressão sofrida, a diferença entre o competidor brasileiro e o segundo colocado já havia caído de 47 segundos para 28 segundos. Entretanto, não se pode negar que se trata de um atleta profissional e experiente, que possuía chances sérias e reais de tornar-se vencedor. Tanto é que, mesmo após ser jogado ao chão e ali permanecer por oito segundos³⁹⁶, conseguiu continuar na prova e finalizá-la em terceiro lugar.

Assim, apesar de não ter sido apreciado por um tribunal, trata-se de um emblemático caso de perda da chance. Na espécie, sem qualquer conteúdo patrimonial, já que não se concorria a um prêmio em dinheiro na competição³⁹⁷.

Trata-se, portanto, de um caso em que as chances perdidas não tiveram qualquer valor patrimonial, seja dano emergente, lucro cessante ou uma modalidade

³⁹⁶ “Segundo experts, com o susto e a queda brusca, nessa situação um atleta sujeita-se a alterações físicas e psicológicas. Em seu organismo, sofre alterações nas funções cardíacas (débito cardíaco ou fluxo de sangue bombeado pelo coração a cada minuto), no consumo de oxigênio e no equilíbrio hormonal. O reequilíbrio demanda tempo, de modo que para retomar o ritmo de suas funções o organismo precisa de dois a três minutos. Além disso, quando o atleta é paralisado, as sensações de cansaço e dor vêm de uma só vez. A descarga hormonal, principalmente de adrenalina, que prepara o organismo para defender-se, é incompatível com o estado do atleta, em face do esforço que é exigido numa competição desse tipo. No âmbito psicológico, tamanho é o prejuízo que se espera de um atleta, nas mesmas condições, que desista da prova” (SILVA, 2004, p. 1-2).

³⁹⁷ Cabe destacar que a competição não oferecia qualquer prêmio em dinheiro. O atleta tinha a promessa de receber uma importância em dinheiro do seu patrocinador, a depender da posição que obtivesse na competição. O patrocinador do corredor brasileiro, o Grupo Pão de Açúcar, entregou-lhe a importância de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), prometida pela empresa apenas aos campeões olímpicos, já que o valor oferecido a quem ficasse em terceiro lugar seria R\$ 70.000,00 (setenta mil reais). Portanto, não houve prejuízo patrimonial, seja porque a competição não oferecia valor em dinheiro, seja porque o patrocinador do atleta, por liberalidade, decidiu dar a ele o prêmio máximo em espécie que lhe poderia ser concedido.

*sui generis*³⁹⁸. O que houve, na espécie, foi um caso de perda da chance com natureza jurídica extrapatrimonial³⁹⁹, em sede de responsabilidade civil extracontratual⁴⁰⁰. Deve-se destacar que se trata de responsabilidade extracontratual, já que não havia qualquer relação jurídica entre o corredor e o terceiro que assistia à corrida, existindo entre eles apenas um dever genérico de abstenção (VARELA, 1977, p. 207). Portanto, se fosse submetida a questão ao crivo do Poder Judiciário, deveria o magistrado fixar, por arbitramento⁴⁰¹, o valor da perda da chance.

Contudo, pode-se olhar a questão da responsabilidade civil sob um outro enfoque a partir da seguinte observação de Regina Beatriz da Tavares da Silva:

Foram gastos US\$1,5 bilhões com segurança, instaladas 1.600 câmeras pela cidade, quebrado o sigilo telefônico da população em Atenas, mas onde estavam os batedores que deveriam acompanhar de perto o primeiro colocado há apenas 6 quilômetros da finalização da prova e com 28 segundos de diferença do segundo competidor? Apenas um segurança com um modesto veículo de duas rodas e sem motor - uma bicicleta - estava mais ou menos próximo de Vanderlei⁴⁰².

Ao se tomar por base, contudo, a relação existente entre o corredor e os organizadores do evento, tem-se um caso de responsabilidade civil contratual, já que entre eles havia obrigações recíprocas (ALVIM, 1980, p. 5-6). Caberia aos organizadores do evento garantir a segurança necessária aos seus participantes, tanto em relação aos atletas, quanto ao público presente. Nesse sentido, não se pode olvidar que o dever de proteção⁴⁰³, mesmo que não contido expressamente no contrato entre as partes, trata-se de um dever geral de conduta decorrente da boa-fé objetiva.

³⁹⁸ Sobre as naturezas jurídicas da perda da chance, ver capítulo 4.

³⁹⁹ Conforme apresentado no subcapítulo 4.2.5, quando a perda da chance lesar interesse extrapatrimonial da vítima, admite-se a natureza jurídica da perda da chance como uma espécie de dano extrapatrimonial, tal como ocorreu na espécie.

⁴⁰⁰ Sobre a diferença entre a responsabilidade civil extracontratual e contratual, bem como as características de cada uma delas, ver subcapítulo 2.2.

⁴⁰¹ Sobre a quantificação da perda da chance com natureza jurídica extrapatrimonial, ver tópico 5.2.1.

⁴⁰² SILVA, Regina Beatriz Tavares. Perda de uma chance. [2004]. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=127>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

⁴⁰³ Conforme Judith Martins-Costa, constituem deveres de proteção: “os deveres de cuidado, previdência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação; de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; (...) de evitar ou diminuir os riscos; (...) deveres que podem anteceder o contrato, na chamada fase pré-contratual, ou mesmo prolongar-se findo o negócio, hipótese de responsabilidade pós-contratual” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 50-51).

6.4 O MUNICÍPIO DE RONDA ALTA/RS E O SEU PROCURADOR⁴⁰⁴

Interessante julgado proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul analisa um caso em que são partes, de um lado, o Município de Ronda Alta-RS e, de outro, o advogado por ele contratado para o ajuizamento de uma ação executiva, em que se buscava a condenação de tal causídico por perda da chance, já que, diante de falha em sua atuação profissional, quer deixando de acertar no ajuizamento da ação cabível, quer deixando de empreender tentativas na correta citação de um terceiro, fez o município perder a chance de recuperar o seu crédito, já reconhecido pelo Tribunal de Contas do Estado.

Em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi julgado parcialmente procedente, afirmando-se que o valor não poderia corresponder à integralidade do crédito do município, razão pela qual fixou um valor menor em relação àquele constante do título executivo.

O caso foi submetido ao tribunal gaúcho que, após discorrer sobre a aplicação da teoria da perda da chance, inclusive na seara profissional, deu provimento ao recurso para majorar o valor da indenização à integralidade do crédito do município.

Trata-se, portanto, de um caso de inadimplemento contratual⁴⁰⁵, já que o advogado foi contratado para o ajuizamento de uma ação em benefício do município, praticou condutas culposas, quer por negligência, deixando de diligenciar na localização do endereço do devedor, quer por imperícia, ao errar na propositura da ação cabível⁴⁰⁶.

Após analisar as peculiaridades do caso concreto, verifica-se que, realmente, é o caso de aplicar a teoria da perda da chance, pois, se o Tribunal de Contas do Estado já havia reconhecido ser devido o crédito ao município, não há como negar

⁴⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC – nº 70061616272. Rel. Vicente Barroco de Vasconcellos. J. 18 mar. 2015.

⁴⁰⁵ Nesse sentido, ver Agostinho Alvim, cabendo destacar que se a obrigação não mais puder ser cumprida, trata-se do inadimplemento absoluto, seria o caso de uma pretensão maculada pela prescrição. Por outro lado, se ainda houver possibilidade de cumprimento, tratar-se-ia do inadimplemento relativo (1980, p. 5-7). No mesmo sentido, ver também Araken de Assis (2013, p. 101, 115).

⁴⁰⁶ Entende-se por culpa a “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso, involuntário, porém previsto ou previsível”. A negligência constitui a falta de cuidado por conduta omissiva, o que a difere da imprudência, em que a conduta é comissiva. A imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de uma atividade técnica (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 5-52). Ver também subcapítulo 2.4.2.

que as chances eram sérias e reais⁴⁰⁷. Entretanto, não se pode falar em certeza no recebimento do crédito, já que poderia o devedor não possuir bens suficientes à satisfação, o que leva a concluir pela incerteza do resultado final.

O que não se pode negar, contudo, é que havia chances reais e sérias na satisfação do crédito, que restaram frustradas pela atuação do advogado, justificando a incidência do dano pela perda da chance. No presente caso, sem qualquer interesse extrapatrimonial em jogo, certamente que as chances perdidas apresentam natureza patrimonial sob a forma de dano emergente⁴⁰⁸.

O equívoco do tribunal gaúcho está em condenar o advogado à integralidade do resultado final pretendido pelo município. Ora, em se tratando de perda da chance, nunca as chances perdidas poderão ser iguais ao resultado final⁴⁰⁹. Será sempre um valor menor a depender, nos casos de perda da chance com valor patrimonial, da probabilidade de chances em obter sucesso na demanda. Se houvesse a certeza do resultado final a justificar a indenização em sua integralidade, por certo não se trataria de perda da chance, mas, sim, de lucros cessantes⁴¹⁰.

Portanto, a correta aplicação da teoria da perda da chance ocorreu perante o juízo de primeiro grau, que condenou o advogado ao pagamento de um valor menor que o crédito principal, equivocando-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em assegurar a integralidade do crédito.

6.5 A PESSOA JURÍDICA QUE PERDEU A CHANCE DE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES⁴¹¹

Apreciou o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina um caso em que uma empresa dedicada ao ramo de transportes ajuizou uma ação de indenização por danos morais contra uma instituição financeira, alegando que, por culpa desta,

⁴⁰⁷ Chances reais são aquelas concretas, existentes. Assim, qualquer chance, por menor que seja, é real. Já a seriedade exige um plus, ou seja, não basta a chance existir, ela precisa ser digna de tutela pelo ordenamento jurídico. Não é por outra razão que se assegura ser “possível estabelecer uma escala hierárquica entre os requisitos: a realidade antecede a seriedade, embora somente a conjugação de ambos torne a vítima apta a pedir a reparação do dano” (HIGA, 2012, p. 85). Ver também subcapítulo 3.4.6.

⁴⁰⁸ Ver natureza jurídica patrimonial das chances perdidas em subcapítulo 4.1.

⁴⁰⁹ Nesse sentido, ver Adriano De Cupis (1966, p. 264), Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 203), Daniel Amaral Carnaúba (2013, p. 180), Domenico Chindemi (2010, p. 49), Sérgio Savi (2012, p. 123) e Sergio Cavaliere Filho (2014, p. 99).

⁴¹⁰ Nesse sentido, ver a discussão realizada no subcapítulo 3.4.4, ao se referir a certeza do dano e a distinção entre perda da chance e os lucros cessantes.

⁴¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2013.058985-0. Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior. J. 29 de nov. 2013.

deixou de obter uma certidão negativa de débitos fiscais e, por conseguinte, não pode participar de procedimentos licitatórios. Demonstrou a parte autora que havia transferido os valores à instituição financeira, que deixou de efetuar a respectiva quitação.

O pedido foi julgado procedente em primeira instância e confirmado pelo Tribunal de Justiça, sob o argumento de que havia chances sérias e reais de a autora sagrar-se vencedora nas licitações. Aliás, destacou-se que, em outras ocasiões, obteve sucesso em diversos certames, ganhando a maioria deles.

O tribunal reconheceu ser o caso de aplicação da teoria da perda de uma chance, já que a empresa teve tolhida a chance de concorrer às licitações por culpa da instituição financeira requerida, enfatizando que a teoria da perda de uma chance se aplica tanto aos casos de danos materiais quanto aos de danos morais. Ao final, afirmou ser correta a decisão de primeiro grau que condenou a parte ré em danos morais pela perda de uma chance, arbitrados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

No presente caso, destaca-se que se trata de uma relação jurídica obrigacional, já que a empresa efetuou o pagamento a uma instituição financeira, que, por sua vez, deixou de efetuar a quitação do tributo, tornando-se a instituição financeira inadimplente⁴¹². Nesse sentido, a conduta culposa do banco, por negligência⁴¹³, causou prejuízo à vítima, devendo ressarcí-la.

Não se deve olvidar as observações de Agostinho Alvim no sentido de que uma vez reconhecida a possibilidade de incidência do dano moral, “tanto faz que a sua procedência seja violação de contrato, ou culpa extracontratual” (ALVIM, 1980, p. 240).

Entretanto, tornam-se necessárias algumas reflexões.

A primeira delas diz respeito se a pessoa jurídica pode sofrer danos morais. Há aqueles que defendem a impossibilidade, já que os danos morais representam violação à dignidade e, portanto, somente a pessoa humana poderia sofrer danos de tal espécie. Para estes, a pessoa jurídica poderia sofrer danos não-patrimoniais,

⁴¹² Segundo Judith Martins-Costa, o inadimplemento constitui “a não-realização da prestação devida na medida em que essa não-realização corresponda à violação da norma (legal, convencional, imposta pelos usos ou derivada de modelo jurisprudencial) que era especificamente dirigida ao devedor (cominando o dever de prestar) ou ao credor (cominando o dever de receber)” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 83). Ver também Agostinho Alvim (1980, p. 5-7).

⁴¹³ A negligência constitui a falta de cuidado por conduta omissiva, o que a difere da imprudência, em que a conduta é comissiva. A imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de uma atividade técnica (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 5-52). Ver também subcapítulo 2.4.2.

diversos dos danos morais, “se tratará, talvez, de um ‘dano institucional’ – conceito a ser ainda devidamente delineado” (BODIN DE MORAES, 2009, p. 191). Outros defendem que o dano moral, entendido como violação a direitos da personalidade, poderia atingir a pessoa jurídica, na medida em que há lesão à sua honra objetiva (CAHALI, 2011, p. 307). Apesar da divergência doutrinária, que ainda permanece latente, a jurisprudência brasileira firmou-se no sentido da admissão dos danos morais à pessoa jurídica, adotando-se o último entendimento, conforme Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”⁴¹⁴.

A segunda discussão é definir qual a natureza jurídica da chance perdida, no presente caso. Ao contrário do que entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a conduta da instituição financeira, que deixou de efetuar a quitação dos débitos tributários da parte autora e a impediu de ganhar as licitações, acabou por lesar interesses patrimoniais da parte autora. Aliás, trata-se de um interesse prontamente quantificável, bastando perquirir o valor do contrato ofertado à empresa vencedora e a probabilidade de chances da autora diante do número de empresas concorrentes⁴¹⁵. Portanto, nesse caso em análise, a natureza jurídica da chance perdida assume a natureza patrimonial – danos emergentes e não dano extrapatrimonial. Cabe lembrar que a diferença entre o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial da perda da chance se verifica a partir do interesse jurídico lesado. Assim, se o interesse for patrimonial, a perda da chance assumirá a natureza patrimonial. Do contrário, se o interesse jurídico for extrapatrimonial, a perda da chance será uma espécie do gênero dano extrapatrimonial⁴¹⁶.

Por fim, poder-se-ia afirmar, para aqueles que admitem a possibilidade de dano moral à pessoa jurídica, que a autora, além da perda de uma chance patrimonial, sofreu também um dano moral, já que seu nome foi indevidamente mantido em dívida fiscal. Em tal concepção, o correto enquadramento da teoria da perda de uma chance deveria levar o tribunal a quantificar dois danos: um dano material (por perda da chance) e um dano moral. Esse último deve ser fixado

⁴¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/09/1999, DJ 08/10/1999, p. 126.

⁴¹⁵ No ordenamento jurídico italiano, também aplicável ao brasileiro, a fórmula para a quantificação dos danos materiais da perda da chance é a seguinte: $VI = VRF \times Y$, em que VI significa o valor da indenização da chance perdida; VRF corresponde ao valor do resultado final e Y indica o percentual de probabilidade de obtenção do resultado final (SAVI, 2012, p. 32). Ver também subcapítulo 5.2.2.

⁴¹⁶ Sobre as naturezas jurídicas das chances perdidas, ver capítulo 4.

conforme o prudente arbítrio do magistrado⁴¹⁷. Da forma que foi decidido, pode-se concluir que restou um dano pendente de indenização – o dano moral.

6.6 O CANDIDATO AO MESTRADO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA⁴¹⁸

Trata-se de um candidato a uma das vagas do Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Londrina, que adquiriu passagem aérea para o trecho Curitiba-PR a Londrina-PR, no dia 04 de junho de 2013, com previsão de chegada às 11:10 horas do mesmo dia.

Ocorre que o voo da companhia já estava atrasado em uma hora e trinta minutos, quando foi informado aos passageiros o seu cancelamento. Em seguida, o candidato foi realocado em outro voo, porém somente chegou a Londrina às 15:00 horas, sendo que a segunda fase de seleção do mestrado teve início às 14:00 horas.

Sustentou o candidato dano pela perda da chance, danos morais e danos materiais, todos reconhecidos em primeiro grau de jurisdição.

Ao apreciar o mérito recursal, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reconheceu o dano moral pelo defeito⁴¹⁹ na prestação do serviço de transporte, invocando diversos julgados em que o dano moral se dá *in re ipsa*, o que torna desnecessária a prova do dano, extrapolando-se o mero dissabor. Manteve, destarte, a condenação em danos morais no importe de R\$ 10.000,00.

Quanto aos danos materiais, entendeu o tribunal que o autor comprovou as despesas com a inscrição no processo seletivo, consistentes na remessa de

⁴¹⁷ Observados os critérios de arbitramento mencionados no subcapítulo 5.2.1.

⁴¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. 9ª C.Cível. AC – 1193529-2 – Curitiba - Rel.: Luiz Osorio Moraes Panza – Unânime - J. 11.09.2014.

⁴¹⁹ O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná considerou que houve, no caso, um defeito na prestação de serviço com fulcro no artigo 14 do CDC. Cabe realizar a distinção entre defeito e vício do produto ou serviço. Nesse sentido, duas distinções são possíveis: uma distinção assegura que, “no vício há um descompasso entre o produto ou serviço oferecido e as legítimas expectativas do consumidor (intrínseco, *in re ipsa*). Já no fato há um dano ao consumidor, atingindo-o em sua integridade física ou moral (extrínseco). Pode-se dizer, em extrema simplificação, que o vício atinge o produto, enquanto que o fato atinge a pessoa do consumidor (danos materiais ou morais) (ROSENVALD, FARIAS, BRAGA NETTO, 2014, p. 836). No mesmo sentido, propõe Luiz Antonio Rizzatto Nunes que o “defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não-funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago” (RIZZATTO NUNES, 2008, p. 180-181). Outra distinção possível “seria frisar que o vício alude a problemas de inadequação ao passo que o fato envolve defeitos de segurança” (ROSENVALD, FARIAS, BRAGA NETTO, 2014, p. 836). Nesse sentido, entende-se por vício a falha na adequação, na prestabilidade do produto ou do serviço. Já o defeito implica em uma falha de segurança (MARQUES, BENJAMIN; MIRAGEM, 2003, p. 222).

documentos à universidade, nas despesas de táxi, além da passagem aérea de ida e volta, totalizando R\$ 526,02, enfatizando que ficou comprovado que o único motivo para o deslocamento a Londrina foi a participação no certame.

No tocante à perda da chance, por fim, reconheceu o tribunal que as chances eram sérias e reais⁴²⁰, já que, dentre os candidatos selecionados para o projeto de pesquisa Direito Societário e Tutela Jurisdicional, era o autor aquele que possuía maior nota. Assim, manteve o tribunal o arbitramento em R\$ 10.000,00 a título de perda da chance.

Trata-se de um caso de inadimplemento contratual absoluto total, já que a obrigação não foi cumprida no tempo adequado e, em virtude do atraso na chegada ao local de prova, sendo esse o único objetivo da viagem, houve perda do objeto (ALVIM, 1980, p.7). Destarte, resta apenas o ressarcimento dos danos sofridos.

Por se tratar de responsabilidade civil objetiva da empresa aérea, em que se dispensa a prova da culpa⁴²¹, à luz do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor⁴²² e à míngua de qualquer excludente de responsabilidade⁴²³, subsiste o seu dever de indenização pelos danos causados ao passageiro, tal como decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Poder-se-ia questionar se não houve ausência de prudência também por parte do mestrando, que realizou a viagem no dia da prova, com previsão de chegada horas antes de sua aplicação, assumindo o risco de um imprevisto. Nesse sentido, Antunes Varela observa que “a cada indivíduo é lícito exigir, nas relações de convívio social, que as outras pessoas sejam medianamente diligentes, prudentes e avisadas, para que cada um de nós não esteja exposto ao risco de sofrer danos” (VARELA, 1977, p. 226)⁴²⁴.

Para determinar se houve a prudência e a diligência a regular os atos da vida social, “pode partir-se de um tipo médio e abstrato, o do homem normal e ordenado,

⁴²⁰ Sobre a discussão acerca das chances sérias e reais, ver tópico 3.4.6.

⁴²¹ Nesse sentido, ver Arnoldo Wald e Brunno Pandori Giancoli (2015, p. 73).

⁴²² Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁴²³ Art. 14, § 3º, do CDC. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁴²⁴ No mesmo sentido, destaca Agostinho Alvim: “A cada momento e em qualquer lugar o homem se acha sempre em situação de praticar um ato (ação ou omissão), do qual derive, ou possa derivar, prejuízo para terceiro, sem que seja possível determinar a lei infringida. Todavia, dado que o pratique, nem por isso se negaria haver aí o elemento objetivo da culpa: a violação de um dever” (ALVIM, 1980, p. 247).

o tipo clássico do *bonus pater familiae*, que representa o homem de diligência média, o homem normal” (RUGGIERO, 2005, p. 163).

Exige-se do indivíduo, portanto, que empregue na vida social a chamada diligência média, diligência social média ou dever de cuidado objetivo⁴²⁵.

No presente caso, o comportamento do mestrando, que decidiu embarcar no dia da prova, com previsão de chegada próximo ao horário do exame, não passou despercebido pelo julgador. Na oportunidade, decidiu que a ausência do dever de cuidado por parte do mestrando deveria influenciar no *quantum* indenizatório⁴²⁶, tal como reconhecido pelo juízo de primeira instância:

dúvida não há de que para valorar o dano moral devem ser sopesadas as circunstâncias do caso concreto - no caso dos autos o autor comprou a passagem aérea para o mesmo dia do seu compromisso, com menos de quatro horas do horário do exame.

Ora, é de conhecimento de todos que muitos voos atrasam pelas mais diversas razões - seja, dentre outras, por falha da companhia aérea ou por questões relacionadas às condições meteorológicas - sendo que não raras vezes o passageiro chega a seu destino muito depois do horário previsto.

Assim, se o autor optou por viajar no mesmo dia da segunda fase do processo seletivo é porque assumiu esse risco, independentemente do fato de ter tido algum compromisso no dia anterior, mormente porque, diante da situação, poderia até mesmo tê-lo desmarcado e/ou remarcado - não se está aqui a afirmar que o autor deveria ter se ausentado do trabalho, mas que, ao optar por dar aula na véspera da data da segunda fase do processo seletivo de mestrado, assumiu os riscos decorrentes dessa escolha⁴²⁷.

No tocante à perda da chance, o mérito do presente julgado consiste no reconhecimento da natureza jurídica extrapatrimonial dissociada do dano moral, o

⁴²⁵ Nesse sentido, “o agente não é culpado porque agiu desviando-se da moral, mas porque deixou de empregar a diligência social média” (VENOSA, 2015, p. 28). Na mesma linha, “a essa cautela, atenção ou diligência, convencionou-se chamar de dever de cuidado objetivo (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 47).

⁴²⁶ Trata-se da chamada culpa concorrente que, conforme advertência de Sílvio de Salvo Venosa, melhor que se chamasse concorrência de responsabilidade ou de causas (VENOSA, 2015, p. 41). Resta configurada “quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposos de ambos. Havendo culpa concorrente, a doutrina e a jurisprudência, conforme o caso, recomendam dividir a indenização, não necessariamente pela metade, como querem alguns, mas proporcionalmente ao grau de culpabilidade de cada um dos envolvidos” (WALD; GIANCOLI, 2015, p. 128-129).

⁴²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. 9ª C.Cível. AC – 1193529-2 – Curitiba - Rel.: Luiz Osorio Moraes Panza – Unânime - J. 11.09.2014.

que justificou, aliás, a condenação em ambas espécies de danos não patrimoniais⁴²⁸. O caso se amolda ao que se sustenta no presente trabalho, ou seja, o dano pela perda da chance, quando apresentar natureza jurídica extrapatrimonial, revela-se como uma espécie própria de danos extrapatrimoniais, dissociada do dano moral, que constitui outra espécie do gênero extrapatrimonial, podendo vir cumulados ou não.

⁴²⁸ Aliás, não se deve fazer distinção se é caso de responsabilidade contratual ou extracontratual para perquirir a possibilidade de incidência de danos morais, pois ambas admitem os danos morais. Nesse sentido, “tanto faz que a sua procedência seja violação de contrato, ou culpa extracontratual” (ALVIM, 1980, p. 240).

CONCLUSÕES

A adoção da metodologia do direito civil-constitucional, que sustenta a necessidade de releitura dos institutos civilistas à luz da constituição, impõe uma verdadeira quebra de paradigmas, passando a ter como o centro do ordenamento jurídico não a propriedade ou a empresa, mas a pessoa humana. Nesse contexto, deixou-se de falar no sujeito de direitos, aquele mero titular de direitos e deveres na órbita patrimonial, para dar lugar à pessoa humana.

Após as barbáries do nazifascismo, a pessoa humana e a sua dignidade passaram a ocupar a centralidade das constituições e dos ordenamentos jurídicos como um todo, razão pela qual a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º, inciso III, a exemplo das demais constituições europeias, assegurou que constitui fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o valor-fonte a sustentar a existência do próprio ordenamento jurídico.

A colocação da pessoa humana como centro, irradiando seus efeitos a todas as searas do Direito, impõe um refinamento da própria hermenêutica, que deixa de focar em um modelo exaustivo de normas jurídicas para dar passagem à técnica mais sofisticada, como as cláusulas gerais, permitindo ao jurista preencher a norma no caso concreto, outorgando-lhe constante atualidade.

Nesse contexto, o Direito busca ofertar respostas a tantos problemas que assolam a sociedade, tais como os novos danos, muitos deles sequer conhecidos no tempo presente, ampliando-se o rol de lesantes e de lesados. Para garantir uma efetiva tutela da vítima, desenvolve-se na responsabilidade civil mecanismos mais eficazes, quer para reparar o dano, quer para inibir novas condutas lesivas. Assim, ganham força a tutela inibitória, a obrigatoriedade de seguros nas atividades que impliquem maiores riscos, a perda da importância da culpa etc.

Para que se possa compreender o atual estágio da responsabilidade civil, torna-se necessário perquirir o seu próprio conceito. Nesse sentido, apesar da divergência doutrinária existente entre a teoria ampliativa e a restritiva para conceituar a responsabilidade civil, prevalece a doutrina restritiva, que exige que o dano seja causado a terceiro, não se aceitando responsabilidade civil nos casos em que o próprio lesante figura como lesado. A responsabilidade civil se dá quando o lesante, pessoa ou coisa sob sua responsabilidade provoca dano a outrem, não

bastando qualquer dano, mas, em uma nova perspectiva, que o dano seja considerado injusto. Nesse contexto, a configuração do dever de indenizar exige a concorrência de quatro elementos ou pressupostos: ação ou omissão, culpa ou dolo, relação de causalidade entre a conduta e o resultado, além do dano.

A responsabilidade civil espalha seus efeitos por todas as relações sociais, seja em casos de responsabilidade contratual, em que se fala em perdas e danos, seja nos casos de reparação civil, no âmbito da responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Na seara das perdas e danos, viu-se a sustentação de um alargamento de suas espécies para abranger o dano emergente, compreendido como aquilo que efetivamente se perdeu, e o lucro cessante, o que razoavelmente deixou de lucrar, além de uma terceira modalidade consistente na perda da chance, conforme tem defendido alguns, bem como a ocorrência de dano extrapatrimonial em casos de inadimplemento contratual. No âmbito da reparação civil, notou-se uma ampliação do conceito de ato ilícito, com o advento do Código Civil de 2002, para, além do disposto no artigo 186 do CC, permitir que o excesso na prática de um ato lícito possa ser considerado ilícito, se desconforme à finalidade econômica ou social, à boa-fé ou aos bons costumes, conforme preceitua o artigo 187 do CC (abuso de direito).

A responsabilidade civil poderá também ser tanto subjetiva, quando exige a presença de dolo ou culpa para a sua ocorrência, quanto objetiva, em que se dispensa a demonstração da culpa, visualizando-se uma ampliação dos casos de responsabilidade objetiva com o propósito de facilitar a tutela dos interesses da vítima.

A teoria da perda da chance, apesar da divergência, teve sua origem na França, em 1889, em um caso de atuação culposa de um oficial ministerial. Em seguida, foi a vez do Reino Unido, em 1911, com o caso *Chaplin v. Hicks*. Na Itália, a discussão em torno da teoria se deve à obra de Giovanni Pacchioni, em 1940. Por fim, no Brasil, a aplicação da teoria é recente, datada da década de 1990, em julgados de vanguarda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, profundamente influenciado pela doutrina do professor francês François Chabas.

Embora se possa dar à perda da chance diversas conceituações, em sentido jurídico significa a privação ou a subtração da chance, oportunidade, ocasião,

possibilidade, expectativa ou probabilidade de se obter um benefício ou de se evitar uma perda.

A perda da chance se divide em duas modalidades: a teoria clássica ou típica e a relativa à seara médica ou atípica. No primeiro caso, o curso normal dos acontecimentos é interrompido, impedindo a pessoa de obter o resultado final desejado ou de evitar uma perda. No segundo caso, o curso normal dos acontecimentos prossegue, não havendo interrupção, porém as chances de se obter a vantagem ou de se evitar o prejuízo são diminuídas. O presente trabalho limitou-se à análise da teoria clássica, que possui maior aceitação na doutrina francesa e italiana, ao invés da perda da chance na seara médica, com forte influência da doutrina norte-americana.

Para a incidência da teoria da perda da chance torna-se necessária a concorrência de alguns requisitos. Dentre eles, à luz da experiência italiana, que pode ser aplicada ao ordenamento brasileiro, destaca-se a necessidade de compreender a chance como uma legítima expectativa, que possui um valor jurídico em si mesma, não se limitando a uma mera expectativa de fato, mero sonho ou mera esperança da parte lesada. Torna-se necessário compreender também que a sua aplicação não necessita de um dispositivo legal específico na codificação civil para poder receber tutela jurídica (direito subjetivo), bastando que o interesse seja legítimo, ou seja, merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico. Essa compreensão é decorrência de uma mudança de paradigmas, ocorrida a partir da Sentença nº 500 da Corte de Cassação italiana, em que se viu uma ampliação do conceito de dano, deixando de ser entendido apenas como ato ilícito e passando a abranger o dano injusto. Nessa perspectiva, qualquer dano injusto, mesmo que não previsto expressamente na lei, merece tutela, sobretudo à luz dos princípios constitucionais relativos à pessoa humana.

Em se tratando de chance perdida, o dano é certo, já que a chance se encontra incorporada ao patrimônio do lesado no momento da conduta danosa. Não se trata, portanto, de um dano incerto ou hipotético. No mesmo sentido, tomando-se por base o momento da prolação da sentença, o magistrado já possui todas as condições de saber se o dano da perda da chance está ou não configurado, razão pela qual se trata de dano presente e não de dano futuro.

Ainda, para a ocorrência do dever de indenizar pelas chances perdidas, as

chances devem ser sérias e reais. Realidade significa uma chance concreta, visível, existente. Já a seriedade, partindo-se da concepção hegeliana de medida, é aferível não a partir de um percentual de chances pré-definido (superior a 50%, como sustentam alguns), mas a partir da injustiça do dano, uma cláusula geral a permitir ao magistrado identificar, no caso concreto, se um interesse é digno ou não de tutela.

O dano pela perda da chance pode ser identificado na seara do inadimplemento contratual, como no caso de um consumidor que teve perdida a chance por um atraso da companhia aérea, bem como no campo extracontratual, em que um motorista retira do pedestre uma determinada chance em razão de um acidente automobilístico. Pode ocorrer com culpa (responsabilidade subjetiva), quando o lesante com dolo ou culpa deu causa ao evento danoso, tal como no mencionado caso do acidente de trânsito. Contudo, em relações de consumo, pode-se dispensar a prova da culpa, o que ocorre na relação existente entre o consumidor e a empresa aérea. Por fim, a perda da chance pode ser verificada na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual, ou seja, mesmo à míngua de uma cláusula contratual sobre a perda da chance, ela poderá ser identificada quando houver a violação de um dos deveres gerais de conduta, como a boa-fé objetiva, a função social do contrato, a equivalência material das prestações, o dever de equidade, o dever de informar, o dever de cooperação etc.

Após definir os mencionados requisitos e possibilidades de incidência da teoria da perda da chance, passou-se ao objetivo seguinte do trabalho: definir a natureza jurídica da perda da chance.

A partir da análise da doutrina e da jurisprudência italiana, verificou-se que a teoria da perda da chance foi negada em seu nascedouro, pois não se visualizava na chance perdida um caráter patrimonial. Contudo, posteriormente passou-se a aceitar que a chance possui um valor econômico, porém que não se confunde com o resultado final. Nesse ponto, aliás, reside o principal argumento para afastar a natureza de lucros cessantes da perda da chance, pois o que se objetiva, em caso de chances perdidas, não é o resultado final. Se perseguisse tal resultado e houvesse a certeza de sua consecução, o caso seria de lucros cessantes. Contudo, verificou-se que, em se tratando das chances perdidas, a certeza não estava no resultado final, mas, sim, no fato de a chance já pertencer ao patrimônio da vítima no momento do evento danoso de modo que se trata de um dano certo, um dano

emergente.

Verificou-se que o enquadramento da chance perdida como dano emergente é tese majoritária, seja na Itália, seja no Brasil. Contudo, observou-se também que o caráter patrimonial das chances perdidas não é suficiente para tutelar todas as situações de chances perdidas, já que existem casos em que o interesse jurídico lesado não é patrimonial, mas extrapatrimonial.

Assim, a partir do interesse jurídico lesado e da análise pormenorizada do caso concreto, desenvolveu-se no ordenamento ítalo-brasileiro uma corrente a defender que a perda da chance pode apresentar caráter extrapatrimonial, quando o interesse jurídico lesado for de natureza extrapatrimonial. Nesse caso, filia-se o presente trabalho ao entendimento de que, em havendo lesão a interesse extrapatrimonial, a perda da chance será uma nova espécie de dano pertencente ao gênero dano extrapatrimonial, podendo vir isoladamente ou cumulada com outros danos extrapatrimoniais, tais como o dano estético, o dano pela perda do tempo útil, o dano existencial, o dano moral em sentido estrito etc. Poderá, ainda, haver cumulação com danos de natureza patrimonial.

Foi visto também que essa concepção de modalidades de danos extrapatrimoniais, no direito italiano, após o ano de 2008, sofreu forte abalo com o entendimento jurisprudencial da Corte de Cassação italiana, que passou a entender que todas as vozes de danos extrapatrimoniais constituem, em realidade, um único dano extrapatrimonial. Nesse sentido, sustentou-se que se trata de um retrocesso no ordenamento italiano, porém se acredita, como tendência, que tal concepção há de mudar e que não influenciará o Direito brasileiro, que segue em caminho oposto à ampliação dos danos e de sua tutela.

Como perspectiva futura da natureza extrapatrimonial, foram traçadas algumas tendências a partir da pesquisa realizada, destacando-se as seguintes: a) a correta distinção entre as naturezas jurídicas de modo que não haja dano sem a devida indenização; b) o protagonismo do magistrado na seleção dos interesses merecedores de tutela, afastando o dano bagatelar; c) a ampliação dos casos de tutela de interesses extrapatrimoniais em searas como o Direito de Família, os casos de responsabilidade comissiva e omissiva do Estado; os interesses difusos e coletivos; d) a ampliação do rol de lesados, incluindo-se a coletividade como vítima da perda da chance; e) a consolidação dos *punitive damages* no ordenamento

brasileiro, incidindo inclusive no dano pela perda da chance.

Demonstrou-se, ademais, que a correta identificação da natureza jurídica da perda da chance não é um mero preciosismo acadêmico, mas reflete efeitos diretos na prática forense.

A primeira consequência da identificação da natureza jurídica é a correta distinção entre as diversas espécies de danos. Assim, ao identificar se o dano da perda da chance é patrimonial ou extrapatrimonial, o jurista conseguirá sustentar a cumulação com eventuais outros danos, tratando de distingui-los adequadamente, evitando-se o *bis in idem*, bem como a subsistência de um dano sem a devida indenização.

Outra consequência da correta distinção entre a perda da chance patrimonial e extrapatrimonial reside na quantificação do dano, pois o dano extrapatrimonial será fixado por arbitramento, ao passo que o dano patrimonial será fixado por probabilidade, tomando-se como parâmetro o valor correspondente ao resultado final. Destacou-se também que, em determinadas situações, não será possível a utilização da probabilidade para encontrar o dano pela perda da chance, nem mesmo com o auxílio de um perito, restando ao julgador valer-se do arbitramento tal como o fez no dano extrapatrimonial.

A correta distinção no que toca à natureza jurídica da perda da chance gera efeitos também em relação ao momento de incidência de juros moratórios e de correção monetária. Assim, após traçar um detido panorama relativo aos índices aplicáveis a títulos de juros e correção, afirmou-se que, na responsabilidade patrimonial, a correção monetária tem incidência desde a data do evento danoso, ao passo que os juros de mora incidem a partir da citação. Já na responsabilidade extrapatrimonial, a correção monetária se dá a partir da data em que ocorreu o arbitramento (sentença), ao passo que os juros de mora fluem desde o evento danoso. Essa distinção revela a necessidade de atenção do jurista de modo que os danos não sejam quantificados indevidamente e que não haja embaraço às fases posteriores à sentença.

Demonstrou-se também a existência de uma polêmica no tocante à incidência ou não de imposto de renda em relação aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, havendo entendimento de que apenas o dano emergente não estaria sujeito à incidência do imposto de renda, já que apenas este não representaria um aumento

patrimonial. A *contrario sensu*, os danos extrapatrimoniais e os lucros cessantes sujeitar-se-iam à incidência do imposto por representarem aumento patrimonial. Hoje, no âmbito dos tribunais superiores, a questão já se encontra pacificada, firmando a jurisprudência no sentido de que, tanto o dano patrimonial, quanto o extrapatrimonial, possuem, em realidade, caráter indenizatório, não se encontrando sujeitos à incidência de imposto de renda. Mas deve ficar a observação de que há julgadores decidindo de forma contrária.

Ainda no tocante aos efeitos das naturezas do dano pela perda da chance, o jurista deve zelar para que a sentença seja um reflexo da petição inicial, o que impõe ao causídico pleitear corretamente a perda da chance, enquadrando-a em sua correta natureza jurídica, ficando o magistrado adstrito ao pedido, sob pena de julgamento *extra, ultra e infra/citra petita*.

Por fim, no último capítulo, foram analisados diversos casos de incidência da teoria da perda da chance, seja em situações concretas colhidas da jurisprudência, seja em um caso real apresentado pela doutrina. Na oportunidade, foi demonstrado que a perda da chance pode incidir em situações de responsabilidade contratual ou extracontratual, responsabilidade objetiva ou subjetiva. Verificou-se também uma diversidade de lesados, dentre eles consumidores, pessoas jurídicas e um nascituro, o que somente confirma que, em uma sociedade de risco, todos estão sujeitos a causar e a sofrer danos.

Apesar de alguns equívocos apontados na evolução jurisprudencial e doutrinária da perda da chance, conforme relatado no decorrer do presente trabalho, pode-se finalizar com a certeza de que, no ordenamento jurídico brasileiro, a fase de sua negação faz parte do passado e, atualmente, tal instituto jurídico “alça novos voos” rumo à escorreita incidência da teoria e à adequada identificação da natureza jurídica das chances perdidas, reconhecendo que, além da perda da chance com caráter patrimonial, existe a perda da chance com natureza extrapatrimonial, desafiando o jurista na busca de soluções para identificá-las e tutelá-las.

Para que tal desiderato seja atingido, torna-se indispensável a constante interação entre a academia e o cotidiano forense, tal como se vislumbrou desde o nascedouro da teoria em solo brasileiro com as preciosas colaborações de François Chabas e Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. v.1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALPA, Guido. **I principi generali**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

_____. **Manuale di diritto privato**. 8. ed. Padova: CEDAM, 2013.

_____. **Trattato di diritto civile: la responsabilità civile**. v. 4. Milano: Giuffrè, 1999.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 2. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance: análise da teoria clássica e um discurso sobre a natureza jurídica e quantificação do dano**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, PUC, São Paulo.

_____. PONA, Everton Willian. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Os (Des) caminhos de uma compreensão teórica. In: **Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 93-123, dez. 2014.

_____. SILVA, Fernando Moreira Freitas da. A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores: a doutrina utilitarista mais viva que nunca. In: **XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFSC - (Re)pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

_____; _____. A teoria da perda de uma chance sob o crivo da teoria crítica: uma necessidade ou um instituto jurídico inútil? In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (Org.). **Direito & Teoria Crítica: reflexões contemporâneas**. 1. ed. Birigui, SP: Boreal, 2015.

_____; _____. Dano moral coletivo e sociedade globalizada: o estado atual da arte e perspectivas futuras. In: **XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE – Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade**. 1. ed. São Paulo: FUNJAB, 2013.

_____; _____. O Poder Judiciário e seu auditório: análise das decisões judiciais a partir de Perelman. In: **III Congresso Nacional da FEPODI/USP: Educação jurídica e a pós-graduação no século XXI**. São Paulo: Clássica, 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito civil. Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual**. [2004]. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/dano_moral_em_caso_de_descumprimento_de_obrigacao_contratual.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil. Teoria geral: introdução. As pessoas. Os bens**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. **Direito civil. Teoria geral: relações e situações jurídicas**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010b.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: *Revista trimestral de direito civil*, v. 19, ano 5, Rio de Janeiro, Padma, 2004.

BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLONA, Mario. **Curso di diritto civile. La responsabilità extracontrattuale: danno ingiusto e danno non patrimoniale**. Torino: Utet Giuridica, 2011a.

_____. **Trattato della responsabilità civile**. Torino: Utet, 2011b.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERTI, Ludovico. **Il nesso di causalità in responsabilità civile: nozione, onere di allegazione e onere della prova**. Milano: Giuffrè, 2013.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile: la responsabilità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

_____. Il sistema dei danni. In: **I danni: verso quali prospettive?** Torino: G.

Giappichelli Editore, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una “chance” e certezza del danno. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Ano XXX. Milano: Giuffrè, 1976.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 17, n. 65, jul/set de 1993.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, jul/dez de 2006.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BURGOS, Osvaldo R. **Daños al proyecto de vida**. Buenos Aires: Astrea, 2012.

BUSNELLI, Francesco Donato. Perdita di una chance e risarcimento del danno. In: **II Foro Italiano**, v. LXXXVIII. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1965.

_____. PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Limite di responsabilità del legale negligente. In **Opere Giuridiche**. v. 2. Napoli: Morano, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2006.

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

CARNEVALE, Aldo; SCARANO, Generoso. **Il danno alla persona: aspetti giuridici e medico-legali**. Padova: CEDAM, 2010.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CASILLO, João. **Danos à pessoa e sua indenização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

CASSANO, Giuseppe. **La responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 2012.

CASTRONOVO, Carlo. Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale. In: **Europa e diritto privato**, fasc. 2, Milano: Giuffrè, 2008.

_____. Sentieri di responsabilità civile europea. In: VACCA, Letizia (Org.). **Il danno risarcibile**. Napoli: Jovene Editore, 2011.

CATALAN, Marcos. Um ensaio inconclusivo a partir de fragmentos de uma decisão judicial: entre chances perdidas, realidades não vividas e a gênese (ou não) do dever de reparar. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 951, jan. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHABAS, François. **La pérdida de una chance en el derecho francés**. Trad. Aída R. Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina, 1994.

CHINDEMI, Domenico. Danno non patrimoniale: il doppio binario del danno biologico ed esistenziale. In: **Dialoghi sul danno alla persona**. Trento: Litopitografia Alcione S.r.l., 2006.

_____. **Il danno da perdita di chance**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010.

CHINELATO, Silmara Juny. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES; Jones Figueiredo (Coords.). **Questões controvertidas – responsabilidade civil**. São Paulo: Método, 2006.

CHRISTANDL, Gregor. **La resarcibilità del danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COTTA, Alain. **Dicionário de economia**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.

COUTO E SILVA, Clovis V. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno: teoria generale della responsabilità civile**. 2. ed. v. 1. Milano: Giuffrè, 1966.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DI PIRRO, Massimiliano. **Il danno da vacanza rovinata**. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. "Virada de Copérnico": um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação**. [2011]. Disponível em: <<http://patriciafontanella.adv.br/wpcontent/uploads/2011/01/artperdadechancedireitofamilia.pdf>>. Acesso em 09 ago. 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREYRA, Edgard A. **Principales efectos de la contratación civil**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1978.

FLAMINI, Antonio. **Il danno alla persona: saggi di diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2010.

GHERSI, Carlos Alberto. **Cuantificación económica: daño moral y psicológico**. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. In: PELUSO, Cezar (Org.). **Código Civil comentado**. 3. ed. Barueri: Manole, 2009.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Atualizador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, UFPR, Curitiba.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LONGAVITA, Fulvio Maria; LONGAVITA, Mario. **Il danno all'immagine della P.A. come danno esistenziale**. Rimini: Maggioli, 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. In: **Revista de direito privado** (São Paulo), v. 57, 2014.

_____. **O dano estético: responsabilidade civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil: parte geral.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MANGIATORDI, Maria. La perdita di chance non è una mera aspettativa. In: **Rivista II Diritto dei lavori.** v. 2. 2007. Disponível em: <http://www.csddl.it/csddl/attachments/167_Perdita%20di%20chance.pdf>. Acesso em: 21 abril 2015.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – aspectos materiais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: **Revista de Informação Legislativa.** Ano 28. n. 112. Brasília: Senado Federal, 1991.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações.** v. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações.** v. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAZEAUD, Denis. La perte de chance. In: VACCA, Letizia. **Il danno risarcibile.** Napoli: Jovene Editore, 2011.

MAZEAUD; Henri; MAZEAUD, León; TUNC; André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual.** Tomo I. v. I. 5. ed. Trad. Luís Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Europa-América, 1963.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Raimundo Simão. Indenização pela perda de uma chance. In: **Boletim Jurídico.** Edição nº 224. 22 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em: 06 mai.

2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MONTANARI, Andrea. Per una riconsiderazione del risarcimento del danno da perdita di chance. In: **Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente**. v. VII. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2009.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Responsabilidad por daños: el acto ilícito**. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2006.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PACCHIONI, Giovanni. **Diritto civile italiano – Diritto delle obbligazioni: Dei delitti e quasi delitti**. v. IV. Padova: CEDAM, 1940.

PARTENZA, Italo. **Curare, guarire, risarcire**. Milano: Franco Angeli, 2013.

PERCIBALLI, Laila. Il danno da perdita di chance. In: CENDON, Paolo (Org.). **Trattato breve dei nuovi danni: persone, famiglia, medicina**. Padova: CEDAM, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 18. ed. Rev. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 25. ed. Rev. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do século XXI. In: **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Autonomia negoziale e autonomia contrattuale**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2000.

_____. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001.

_____. Il futuro Ius Civile ed il ruolo della dottrina. In: **Scritti in onore di Rodolfo Sacco**. Milano: Giuffrè, 1994.

_____. L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona. In: **Rassegna di Diritto Civile**. v. 2. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

_____. Le funzioni della responsabilità civile. In: **Rassegna di Diritto Civile**. n. 1. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PHILIPPSEN, Eduardo Gomes. **A incidência do imposto de renda sobre indenizações**. In: Revista da AJUFERGS nº 2. Porto Alegre, 2006.

PONTECORVO, Armando. La responsabilità per perdita di chance. In: **Giustizia Civile**, fasc. 10, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V: arts. 444 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. In: **Revista de Direito Privado**. n. 09. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Visão geral do Projeto de Código Civil. In: **Revista dos Tribunais**. Ano 87, v. 752, jun. 1998.

RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o direito civil moderno**. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva & Cia, 1937.

_____; PLANIOL, Marcel. **Traité pratique de droit civil français: obligations**. Tome VI. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

_____. **La rivoluzione della dignità**. Napoli: La Scuola di Pitagora Editrice, 2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

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

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de direito civil: parte geral e Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____; _____. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Salvador: Juspodivm, 2014.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário**. v. 3. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005.

RUSSO, Paolo. **Danno da perdita di chance di sopravvivenza spetta anche a malato terminale**. Altalex, 3 abr. 2014.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. 6. ed. São Paulo: Record, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. São Paulo: Lejus, 1997.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile**. Tome I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

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

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013a.

_____. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013b.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013c.

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

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. **Direito, o advogado e o Judiciário**. Disponível em: <<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/60/materia/86711/t/direito-o-advogado-e-o-judiciario>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

_____. Em um contexto de globalização e de ampla tutela da pessoa humana, seria possível uma natureza jurídica híbrida da perda da chance? In: **XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UEPB – A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI**. João Pessoa: CONPEDI, 2014.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=127>>. [2004]. Acesso em: 12 mai. 2015.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

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

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAMPIERI, Maura. **La tutela civile della persona**. Milano: CEDAM, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Compromisso e promessa de compra e venda: distinções e novas aplicações dos contratos preliminares**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

_____. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 46. ed. Padova: CEDAM, 2013.

TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. **Pérdida de chance**. Ciudad de Buenos Aires, 2008.

VALLE, Christino Almeida do. **Dano moral**. Rio de Janeiro: AIDE, 1996.

VARELA, Antunes. **Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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.

VISINTINI, Giovanna. **Nozioni giuridiche fondamentali: Diritto Privato**. 4. ed. Bologna: Zanichelli, 2009.

_____. **Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile**. 3. ed. Padova: CEDAM, 2005.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZANNONI, Eduardo A. **El daño en la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Astrea, 2005.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. **Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Il danno per la perdita della possibilità di una utilità

futura. In: **Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni**, Ano LXXXIV, 1986.

ZIVIZ, Patrizia. **La responsabilità civile: i danni non patrimoniali**. Torino: UTET, 2012.