



# A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro<sup>1</sup>

## *Civil liability for loss of a chance in Brazilian law*

VIVIAN DE ALMEIDA SIEBEN ROCHA

Acadêmica do curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da PUCRS.

**RESUMO:** O presente estudo aborda o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Examina-se a compatibilização da teoria desenvolvida na França, Itália e países integrantes do sistema da Common Law com este ordenamento jurídico, à luz de uma concepção da responsabilidade civil fundada em um paradigma solidarista, voltada para a reparação de danos injustos. Verifica-se que a perda de uma chance enquadra-se nos pressupostos da responsabilidade civil. Analisa-se a manifestação da doutrina e da jurisprudência nacional e comparada, com escopo de demonstrar as características da responsabilidade civil pela perda de uma chance e a sua natureza jurídica. Observa-se ser necessário, para a sua configuração, que as chances perdidas sejam sérias e reais, e não hipotéticas, bem assim que o valor da indenização pretendida seja inferior ao dano final. Concernente à natureza jurídica, verifica-se que na doutrina e na jurisprudência nacional a definição ainda não está bem assente, ora classificando-a como espécie de lucro cessante, ora como dano moral. Assim, perquire-se os debates gerados na doutrina comparada. Consta-se a existência de duas modalidades da perda de uma chance, que ensejam naturezas jurídicas distintas. Em uma delas, tem-se um dano autônomo, que poderá ser emergente ou extrapatrimonial. Na outra, tem-se uma concepção menos ortodoxa do nexo causal, fundada na teoria da causalidade parcial. Verifica-se, ainda, que o arbitramento da indenização pela perda de uma chance deve ser realizado em consonância com a sua natureza jurídica, sob pena de condenações injustas.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil; Perda de uma chance; Dano autônomo; Dano emergente; Dano extrapatrimonial; Causalidade parcial.

**ABSTRACT:** This paper addresses the theme of civil liability for the loss of a chance in Brazilian Law. It examines the compatibility of of this law with the theory developed in France, Italy, and member countries of the Common Law System, according to a conception of civil liability based on a solidarist paradigm, aimed at providing remedial compensation for an unfair damage. The loss of a chance is found to match the assumptions of civil liability. The analysis of the manifestation of the Brazilian doctrine and jurisprudence, compared with foreign institutes is carried out aiming to demonstrate the features of civil liability for loss of a chance and its legal nature. Such a configuration requires not only that the missed chances be only serious and real, not hypothetical, but also that the amount of damages claimed be smaller than the final damage. Concerning legal nature, the findings indicate that the definition is not clear in Brazilian doctrine and jurisprudence yet, which either classifies it as a loss of profit, or as pain and suffering damages. Thus, the thorough scrutiny of the debates generated by the comparative doctrine indicates that there are two kinds of loss of a chance, each implying its distinctive legal nature. One evidences an emerging and autonomous damage, or pain and suffering damage, while the other resorts to a more flexible concept of causation, relying on partial causality. The compensation for the loss of a chance should be undertaken aligned with its legal nature to prevent wrongful convictions.

**Keywords:** Civil liability; Loss of a chance; Emerging damage; Autonomous damage; Partial causality.

## INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil, que visa à reparação de danos injustos vivenciados nas relações sociais, apresenta constante evolução, tal qual a sociedade.

A título de exemplo, tem-se, como consequência da revolução industrial e da introdução do maquinismo,

que aumentaram os riscos da vida em sociedade, o surgimento da responsabilidade civil sem a configuração da culpa pelo agente, anteriormente desconsiderada.

Hodiernamente, os tribunais pátrios por vezes têm enfrentado situações nas quais o demandante teve retirada uma chance que possuía de auferir uma vantagem ou de evitar um prejuízo, deparando-se com um dano definitivo que poderia ter sido evitado não fosse

a conduta de outrem. Em tais casos, uma concepção literal da legislação vigente e dos pressupostos da responsabilidade civil não daria conta de reparar o dano em prol da vítima.

No entanto, diante da já mencionada evolução constante do instituto da responsabilidade civil, torna-se possível, mediante uma interpretação em consonância com as suas funções e que abranja todos os princípios e regras do ordenamento jurídico, aceitar-se a reparação de danos outrora desconsiderados e não previstos na legislação vigente.

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é exposta perfunctoriamente na maior parte dos livros da doutrina clássica sobre responsabilidade civil, e vem sendo objeto de estudos mais aprofundados recentemente.

Estes estudos encontraram alicerce em países como a França e a Itália, onde o assunto tem sido enfrentado nas cortes e despertado grande interesse dos doutrinadores, acirrando debates.

Diante da relevância social do assunto em comento, bem como do pouco aprofundamento da doutrina brasileira e, por consequência, de confusões de conceitos constantes em decisões judiciais ao aplicar a teoria da perda de uma chance, o tema merece atenção dos operadores do direito, no intuito de harmonizar conceitos e definir parâmetros relativos à melhor aplicação da teoria.

Assim, este estudo tem por escopo a análise da responsabilidade civil pela perda de uma chance, sendo nele averiguada a possibilidade de aceitação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro e a natureza jurídica da perda da chance, na tentativa de buscar estabelecer a melhor utilização da teoria, com alicerce em obras que se basearam na doutrina francesa e italiana.

## 1 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

### 1.1 Histórico, função e conceito

A convivência dos homens em sociedade tem como consequência natural o surgimento de conflitos, por vezes deixando um dos sujeitos desamparado em razão de eventual dano injusto que venha a sofrer.

A necessidade de impor a reparação do prejuízo suportado pela vítima sempre foi sentida por todas as civilizações que nos precederam. Entretanto, inicialmente a busca pela recomposição era realizada com vistas à punição do responsável, o que ocorria desde a consagração do talião.

Especialmente com o surgimento da responsabilidade civil objetiva, após a revolução industrial, passou-se

a abandonar-se o elemento subjetivo e moral da responsabilidade civil, antes voltada para a averiguação da culpa do ofensor em todas as situações. Alvinho Lima expõe claramente os motivos que contribuíram para tal evolução:

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos que a civilização moderna criava ou agravava; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência [...]. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação e não interior e subjetivo, como na imposição da pena.<sup>2</sup>

No direito contemporâneo, pode-se afirmar que o sistema da responsabilidade civil não possui mais como fim primordial a responsabilização de um culpado e a sua retaliação. Atualmente, o foco deste instituto é a tutela da vítima, buscando sempre que possível a reparação do dano injusto por ela suportado.

Relativamente no direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como basilar da República Federativa no art. 1º, inciso II, reforçou a transladação do foco do culpado para a vítima.

Nesse sentido, aduz Maria Celina Bondin de Moraes ao analisar as consequências da constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil:

O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto.<sup>3</sup>

Além de estar norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, hodiernamente no direito brasileiro o sistema da responsabilidade civil orienta-se pelos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, em conformidade com os preceitos constitucionais.<sup>4</sup>

De tal sorte que se pode atribuir um paradigma solidarista à responsabilidade civil, que tem como escopo não a punição de quem causou o dano, mas a reparação à vítima, na tentativa de retornar-se ao *statu quo ante*.

Neste contexto, Savatier<sup>5</sup> define o conceito de responsabilidade civil com clareza e precisão, nos seguintes termos: “é a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam”.

## 1.2 Pressupostos da responsabilidade civil

Para que ocorra a obrigação da reparação de danos, é necessária a presença de alguns requisitos, que determinarão a responsabilidade objetiva ou subjetiva do agente.

O Código Civil Brasileiro de 2002, ao contrário do de 1916, consagrou a responsabilidade objetiva, até então regulamentada por meio de leis especiais.<sup>6</sup> Todavia, subsiste a responsabilidade subjetiva, que terá aplicação sempre que não houver disposição legal expressa impondo a aplicação da teoria objetiva.

O artigo 186, cumulado com o artigo 927 do CCB, prevêem a cláusula geral da responsabilidade com culpa.<sup>7</sup>

Por outro lado, cláusulas gerais de responsabilidade objetiva no CCB estão previstas no parágrafo único do art. 927, bem como nos artigos 187 e 931.<sup>8</sup> Dos dispositivos supramencionados, inferem-se alguns pressupostos basilares da obrigação de reparação de danos.

Sílvio Rodrigues apresenta como pressupostos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, a relação de causalidade e o dano.<sup>9</sup>

Sergio Cavalieri Filho entende que a responsabilidade civil requer a existência de uma conduta culposa, um nexos causal e um dano, dispensando o elemento culpa quando se tratar de responsabilidade objetiva.<sup>10</sup>

De outra banda, Fernando Noronha identifica a existência de cinco pressupostos: fato antijurídico, nexos de imputação, dano, nexos de causalidade e lesão de bem protegido.<sup>11</sup>

A despeito da parcial divergência doutrinária acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, podemos destacar como sendo essenciais à obrigação da reparação de danos os seguintes elementos: a conduta, comissiva ou omissiva, o dano, o nexos de causalidade e o nexos de imputação.

Não consideramos a culpa do agente como um pressuposto genérico porquanto na responsabilidade civil objetiva este elemento é dispensável. Ela é, assim, considerada como um dos critérios incluídos no nexos de imputação, juntamente com a ideia de risco e a de garantia.

Outrossim, a lesão de bem protegido é representada pelo próprio dano. Por sua vez, o ato antijurídico é aferido na análise da conduta, que, para gerar a

obrigação da reparação de danos, pode se apresentar por um ato ilícito como também por um ato lícito, como é o caso da responsabilidade civil decorrente de um dano causado pelo agente em estado de necessidade. Daí por que preferimos classificar tão-somente como conduta, a fim de não causar confusão com relação à necessidade da ilicitude.

### 1.2.1 Conduta

Conduta é o ato humano, comissivo ou omissivo, que para o direito adquire relevância quando dela surgirem efeitos jurídicos.

Pode ela exteriorizar-se por um ato comissivo, isto é, a prática de um ato que, em princípio, não poderia ter se efetivado; ou omissivo, que consiste na inexecução de uma ação que deveria ter sido efetivada.

Os atos comissivos são mais comuns na responsabilidade civil, porquanto, “fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse *dever geral de abstenção* se obtém através de um fazer”.<sup>12</sup>

Na conduta comissiva tem-se uma ação positiva do agente que infringe algum bem jurídico tutelado, tais como o patrimônio alheio, a incolumidade física, a dignidade da pessoa humana, entre outros.

Por sua vez, a responsabilização por atos omissivos exsurge quando o agente não realiza a conduta que dele se espera, decorrendo danos a outrem dessa sua omissão.

Prevê o Código Civil, na combinação dos artigos 927 e 186, a responsabilização pela conduta omissiva. No entanto, carece este diploma legal de definição do que vem ser a conduta omissiva juridicamente relevante para os efeitos da responsabilização civil.

Definição mais precisa é encontrada no Código Penal, onde a conduta omissiva nas situações determinadas é passível de responsabilização criminal. Os parâmetros definidos neste diploma legal são compatíveis com o pretendido no domínio da responsabilidade civil, podendo ser aqui aproveitados.

Dispõe o § 2º do art. 13 do Código Penal:

[...] Relevância da omissão

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.<sup>13</sup>

Destarte, a responsabilidade do ofensor decorre de determinação legal, contratual ou ainda da conduta anterior do omitente, que criou o risco da ocorrência do resultado.

### 1.2.2 *Dano*

Dano é o prejuízo causado à vítima em razão da conduta comissiva ou omissiva praticada pelo ofensor. Trata-se de elemento imprescindível para que ocorra a obrigação de indenizar, porquanto o objetivo da responsabilidade civil é justamente a sua reparação.

Com efeito, sem dano não há responsabilidade civil, ainda que se tenha verificado um comportamento contrário ao direito. A indenização, se ausente um prejuízo, implicaria em locupletamento indevido àquele que a recebesse.

O dano pode ser patrimonial, causando prejuízos à vítima de cunho econômico, ou extrapatrimonial, que consiste em uma lesão experimentada pela vítima de interesse não suscetível de valor econômico, em contraposição àquele.<sup>14</sup>

Concernente ao primeiro, o gravame suportado pela vítima pode ser caracterizado por uma perda imediata no seu patrimônio, que constituem os danos emergentes, como também por aquilo que ele deixou de auferir, os denominados lucros cessantes.

Os danos emergentes representam a efetiva diminuição dos bens da vítima à época do evento danoso, ao passo que os lucros cessantes caracterizam-se pela expectativa de um ganho futuro, considerando um prosseguimento normal de suas atividades, sem a interferência de fatores aleatórios.

De outra banda, a possibilidade de concessão de indenização pelos danos extrapatrimoniais – notoriamente pelos morais – já fora negada pela doutrina e pela jurisprudência.<sup>15</sup> Somente o prejuízo estimável economicamente poderia ser objeto de reparação, sob a ótica de que o abalo sofrido é inestimável, não podendo ser substituído por uma reparação pecuniária.

A possibilidade de se indenizar os danos extrapatrimoniais pacificou-se na doutrina e na jurisprudência, pois se verificou que, em verdade, ao quantificar-se o montante de uma indenização por tais danos, não se está a reparar o prejuízo, mas a compensá-lo, de forma a amenizar o abalo sofrido.

A Constituição Federal de 1988, dirimindo quaisquer dúvidas ainda remanescentes acerca da admissibilidade dos danos extrapatrimoniais em nosso ordenamento jurídico, consagrou o direito à indenização por dano moral como sendo um direito fundamental das pessoas, inserindo-o no rol do art. 5º, nos incisos V e X.<sup>16</sup> Posteriormente, o Código Civil de 2002 adotou tal forma de ressarcimento, na regra do art. 186.<sup>17</sup>

Atualmente, a tendência doutrinária é no sentido de considerar os danos morais como uma subespécie de dano extrapatrimonial, dentro dos quais se inserem também os danos estéticos, danos à honra, à imagem, à reputação, ao nome, entre outros, não mais se classificando os danos na dicotomia relativa aos “patrimoniais” e “morais”. A jurisprudência brasileira tem admitido, inclusive, a cumulação de espécies distintas de danos extrapatrimoniais, como por exemplo, danos morais com estéticos, conforme preceitua a Súmula n. 387 do STJ.<sup>18</sup>

A dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, inc. III da CF/88 como princípio basilar da República Federativa, é o maior fundamento para a reparação dos danos extrapatrimoniais. Qualquer ser humano possui um valor que é inerente a essa qualidade existencial, o qual deve ser por todos respeitado, rechaçando-se os constrangimentos que possam causar-lhe um sofrimento íntimo, bem assim aqueles que degradem a sua imagem externamente. Ao este princípio deve ser conferido o máximo de efetividade, restando inexorável a necessidade da devida reparação aos constrangimentos suportados em razão da conduta de outrem.

### 1.2.3 *Nexo de Causalidade*

Para a configuração do dever de indenizar não bastam o dano e uma conduta. É preciso que esta conduta tenha dado causa ao dano.

Dificuldades na averiguação do liame de causalidade exsurtem ao buscar-se o que efetivamente deu causa ao evento danoso, especialmente em situações nas quais concorrerem causas. Daí o surgimento de algumas teorias que se dedicaram à solução do problema.

Pela teoria da causalidade adequada, desenvolvida na Alemanha no final do século XIX e de grande influência na doutrina<sup>19</sup> e jurisprudência nacional,<sup>20</sup> a condição deve ser adequada e determinante na ocorrência do dano para adquirir relevância.<sup>21</sup>

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho,

A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de *causalidade* adequada entre *fato* e *dano* quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.<sup>22</sup>

Outra teoria de grande destaque é a do dano direto e imediato, constante do Código de Napoleão. De acordo com esta teoria, constitui causa para a produção do dano o acontecimento que tenha uma relação de causa

e efeito direta e imediata, devendo esta também ser considerada *conditio sine qua non*.

Rafael Peteffi da Silva, reconhecendo que o exame da causa direta e imediata guarda estreita relação com o exame da adequação causal, afirma que:

Com efeito, acreditamos que a teoria da causa direta e imediata se ocupa, com maior profundidade, em estabelecer as hipóteses de incidência das ‘causas estranhas’ à ação ou omissão do agente, constituídas pelos fatos de terceiro, fatos da vítima e pelas categorias de caso fortuito e força maior.<sup>23</sup>

Alguns doutrinadores reputam ter sido a teoria adotada pelo Código Civil de 1916,<sup>24</sup> por força do contido no art. 1.060, repetido no art. 403 do Código Civil de 2002.<sup>25</sup>

De outra banda, em situações nas quais é cediço que um grupo determinado de pessoas causou o dano, mas não é possível identificar quem dentre estes, tem-se utilizado da teoria da causalidade alternativa, como ocorre na responsabilização do habitante do prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido. Desconhecendo-se a unidade da qual caiu a coisa, responde o condomínio.<sup>26</sup>

A teoria da causalidade alternativa difere de todas já analisadas, pois nesta o evento considerado como causa não constitui uma *conditio sine qua non*, “supondo-se uma causalidade”.<sup>27</sup>

Cumprido ressaltar, ainda, que o liame de causalidade pode ser interrompido pela ocorrência de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, os quais afastam a responsabilização.<sup>28</sup>

#### 1.2.4 *Nexo de Imputação*

Verificada a presença de uma conduta, de um dano e de um nexo de causalidade, deve-se, em seguida, indagar a quem deve ser imputada a responsabilidade pela reparação. O nexo de imputação é a justificação jurídica pela qual se atribui a alguém o dever de reparar o dano sofrido por outrem, ainda que não o tenha diretamente causado. Substancialmente três são os critérios: o mais tradicional e antigo é a culpa, mas ao lado dela a modernidade acrescentou também a ideia de risco e a de garantia.

Via de regra, pelo Código Civil, impõe-se a obrigação de reparar o prejuízo a um culpado, em razão de um ato ilícito. Daí pela qual a culpa é tradicionalmente o elemento que mais chama a atenção da doutrina e da jurisprudência.

A culpa, *lato sensu*, é definida por Sérgio Cavalieri Filho como “toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou tencional, como na culpa”.<sup>29</sup>

O ato ilícito, fundamento da culpa aquiliana, caracteriza-se sempre com a sua presença. É o que se infere da regra contida no art. 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Vale dizer, a “ação ou omissão voluntária” denotam o dolo, ao passo que a “negligência ou imprudência”, a culpa *stricto sensu*.

Destarte, na responsabilidade subjetiva sempre o agente opera com uma conduta culposa que, exteriorizada, gera o ato ilícito.

Outrossim, consoante já exposto neste trabalho quando da análise da evolução da responsabilidade civil, houve um momento na história deste instituto, sobretudo após a revolução industrial, em que se fez necessário abandonar o elemento subjetivo culpa, para que vítimas de danos injustos não ficassem desamparadas.

E a tendência do direito moderno é de, cada vez mais, afastar-se o elemento culpa no sistema da responsabilidade civil, expandindo os danos ressarcíveis. Sobre esta questão, pertinente transcrever a abordagem realizada por Eugênio Facchini Neto:

É necessário que se desembarace da imprescindibilidade da noção da culpa, adotando critérios objetivos da responsabilização civil, pois sua função não é a de punir o ofensor (para o que seria exigível a culpa), mas sim procurar garantir o ressarcimento da vítima. Daí o desenvolvimento de uma teoria geral de responsabilidade objetiva, com base em critérios de risco-criado, risco-proveito, ideia de garantia, risco-profissional, etc. Afinal, se o agente não agiu com culpa, a vítima muitas vezes também não. A solidariedade social, nesta hipótese, parece impor que quem causou o dano suporte as suas consequências.<sup>30</sup>

Pode-se dizer que uma das mais nítidas características do novo Código Civil foi o de ampliar notavelmente os casos de responsabilização objetiva. Tal opção do legislador, que nesse aspecto acompanha as tendências universais, manifesta-se através da adoção de três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva, ao lado de inúmeras regras pontuais que igualmente estabelecem casos de responsabilidade objetiva. As cláusulas gerais são aquelas relacionadas com o abuso de direito (art. 187); o exercício da atividade de risco (art. 927, parágrafo único); danos causados por produtos (art. 931). Já as regras pontuais são aquelas referentes à responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932 cumulado com o art. 933); responsabilidade pelo fato da coisa (arts. 937 e 938), do animal (arts. 936);

responsabilidade dos incapazes (928), dentre outras esparsas no código.

Concernente à teoria do risco, vários são os seus desdobramentos. A mais antiga formulação doutrinária a respeito é a teoria do risco-proveito, pela qual se pretende responsabilizar alguém que se beneficia da atividade alheia, caso alguém venha a sofrer dano em razão dessa atividade (é o que justifica, por exemplo, a responsabilidade do empregador ou preponente pelos atos danosos praticados por seus empregados ou prepostos).

Um outro desdobramento seria a do risco-criado, pela qual quem cria um risco deve suportar as eventuais consequências danosas que tal atividade de risco venha a concretizar. O CCB adotou tal teoria no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a qual se baseia na ideia de que, “se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos”.<sup>31</sup>

Na teoria do risco criado, não é necessário ser o dano relacionado a um proveito ou a uma vantagem para o agente, não se subordinando o dever de reparar à pressuposta vantagem. Trata-se de uma ampliação do risco proveito, sendo a mais equitativa para a vítima, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano.<sup>32</sup>

Por derradeiro, a ideia de garantia diz com a responsabilidade sem culpa prescindindo do plano do risco. Uma adaptação de tal ideia é a que fundamenta, por exemplo, a responsabilidade dos pais, tutores e curadores pelos atos danosos praticados por seus filhos, pupilos e curatelados.

Na vigência do Código Civil de 1916, parte da doutrina sustentava que a responsabilidade por ato de outrem era subjetiva, com culpa presumida.<sup>33</sup> No entanto, o fundamento de tal responsabilidade era singelo: os pais, tutores e curadores respondem por serem os naturais garantes de seus filhos, pupilos e curatelados, já que esses normalmente não possuem patrimônio próprio.

Não por outra razão, o Código Civil de 2002 dispõe, no art. 933,<sup>34</sup> que as pessoas indicadas no art. 932<sup>35</sup> responderão, ainda que não haja culpa de sua parte, pelos atos daqueles também mencionados no art. 932.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

### 2.1 Ideias gerais da teoria da perda de uma chance

Do breve estudo realizado no primeiro capítulo acerca do instituto da responsabilidade civil, verifi-

cou-se serem pressupostos basilares para que ocorra a obrigação de indenizar uma conduta, um dano, o liame de causalidade entre estes e um nexo de imputação.

Fazendo-se uma interpretação restritiva, as situações nas quais alguém teve retirada uma chance séria real de obter uma vantagem – isto é, na qual o processo que propiciava a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico foi interrompido –<sup>36</sup> não se enquadrariam nestes pressupostos essenciais, porquanto não se pode afirmar com certeza que a conduta do agente foi causadora de um dano, ou que sem esta conduta a vantagem seria obtida ou o prejuízo evitado.

Por outro lado, verificou-se no capítulo inicial que o instituto da responsabilidade civil atualmente funda-se em um paradigma solidarista, buscando, sempre que possível, dividir o prejuízo para que não seja suportado apenas pela vítima, quando esta não foi a única causadora.

A situação supramencionada, não obstante desprovida de certeza acerca do nexo de causalidade da conduta do agente e do prejuízo final, denota um dano injusto, qual seja, o da chance perdida. Diante desta atual concepção do instituto da responsabilidade civil, cria-se a possibilidade de ressarcimento de danos outrora desconsiderados, tais como o da chance perdida.

Para possibilitar uma melhor compreensão da teoria da perda de uma chance e diferenciá-la da responsabilidade civil clássica, curial neste momento o exame dos seus requisitos e critérios de aplicação, que denotam as suas características particulares.

Inicialmente, impõe-se o requisito de demonstração da seriedade das chances perdidas. Não basta a mera possibilidade da ocorrência da chance, é preciso que esta seja séria e real, de modo que danos hipotéticos ou eventuais não são passíveis de indenização.

Além da seriedade da chance, a teoria em comento caracteriza-se pelo montante do valor da indenização, que nunca pode ser equivalente à vantagem esperada. Se assim fosse, estar-se-ia diante de um caso clássico de responsabilidade civil, porquanto o nexo de causalidade entre a conduta e o dano final estaria comprovado.

### 2.2 Compatibilização da teoria com o ordenamento jurídico brasileiro

Não obstante a ausência de previsão legal específica no Código Civil Brasileiro regulamentando a reparação pela chance perdida, pode-se considerar a aceitação da teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro com respaldo em uma interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos que regulamentam a obrigação de indenizar, em consonância com os princípios insculpidos na Constituição Federal.

Neste panorama, adquire relevância o princípio da reparação integral do dano, que se extrai do disposto nos arts. 403 e 944 do Código Civil, cuja importância “consiste na sua adequação à exigência fundamental da justiça”.<sup>37</sup>

Em conformidade com o princípio da reparação integral, deve o lesado obter reparação por todos os danos suportados, dentro dos quais pensamos estarem incluídos aqueles decorrentes da perda de uma chance de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo, por representarem um dano injusto que poderia ter sido evitado se não fosse a conduta de outrem.

Negar a indenização pela chance da perda seria um retrocesso à evolução da responsabilidade civil, que hoje atua com arrimo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, em consonância com a Constituição Federal de 1988, baseada em um paradigma solidarista.<sup>38</sup>

Deixar que o lesado suporte a perda de uma chance que outra pessoa impediu que se realizasse cria um manifesto sentimento de injustiça na vítima, e iria de encontro a esta concepção solidarista da responsabilidade civil.

Nesse sentido, também argumenta Sérgio Savi:

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.<sup>39</sup>

Ainda, da leitura dos artigos 927, caput e parágrafo único e do art. 186 do Código Civil, dispositivos estes basilares da obrigação de reparar o dano, não se verifica óbice à reparação de uma oportunidade inalcançada em razão da conduta de outrem.

O maior obstáculo encontrado para a admissão da teoria da perda de uma chance reside na dificuldade de se demonstrar que a conduta de outrem gerou um dano, esbarrando-se em um problema de certeza dos pressupostos da responsabilidade civil.

Com efeito, a impossibilidade da indenização de danos meramente hipotéticos ou eventuais está assente na doutrina.<sup>40</sup> No entanto, a teoria da perda de uma chance muda este foco lançado sobre a certeza do dano final, exigindo para a comprovação do prejuízo o liame de causalidade – ainda que parcial, consoante se verificará quando da análise da natureza jurídica das modalidades da teoria – entre a conduta do réu e a perda da chance, e não propriamente com o dano definitivo.<sup>41</sup>

Dessa forma, não há que se falar na ausência dos pressupostos da responsabilidade civil, porquanto subsiste uma conduta, um dano, um nexo de causalidade e um nexo de imputação. Todavia, o nexo de causalidade será perquirido através da conduta do agente e do dano da perda da chance, e não propriamente do dano final.<sup>42</sup>

Outro grande fator que contribuiu para a reparação das chances perdidas – para Rafael Peteffi da Silva, o principal – refere-se à nova maneira de considerar as probabilidades, ante o progresso tecnológico e a ciência estatística, os quais “acabaram por desmistificar o acaso e as situações aleatórias”.<sup>43</sup>

Nesse sentido, ainda, é a manifestação de Sérgio Savi, citando Piero Calamandrei:

Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, é possível hoje predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que, inicialmente, parecia entregue apenas à sorte, ao ponto de poder considerá-lo um valor normal, quase estável, dotado de uma certa autonomia em relação ao resultado definitivo.

Sendo assim, o recurso à estatística e ao estudo das probabilidades proposto por Calamandrei, mostra-se bastante útil, na medida em que permite verificar se antes da ocorrência do evento danoso já existia uma possibilidade com certo conteúdo patrimonial positivo para a vítima, a qual, após o evento danoso, restou perdida.<sup>44</sup>

Destarte, atualmente uma simples chance possui um valor que, se dissipada pela conduta de outrem, torna-se passível de reparação.

### 2.3 A manifestação da doutrina brasileira

A maior parte da doutrina brasileira admite a reparação pela perda de uma chance, sendo raras as manifestações contrárias. O tema vem ganhando destaque, e mais recentemente tem sido objeto de estudos mais aprofundados.

Contrariamente à aceitação da teoria, manifestou-se J. M. de Carvalho Santos em 1956 e, na doutrina moderna, Rui Stoco. O primeiro, ao comentar a ausência de recurso a uma sentença desfavorável por parte do advogado devidamente constituído, afirmou que “parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe era possível provar o dano”.<sup>45</sup>

Rui Stoco sustenta que a perda de uma chance, em relação às situações nas quais o causídico deixa de recorrer, “exsurge como inaceitável”, ao argumento de que é impossível de se perquirir a íntima convicção do juiz da causa e saber qual seria a sua decisão, sendo

a sua admissão o mesmo que aceitar ou presumir que esta seria favorável; implicaria na responsabilização de alguém por um fato que não ocorreu e, portanto, hipotético; e ainda, geraria a reparação pelo resultado em uma obrigação contratual de meios.<sup>46</sup>

A manifestação favorável da doutrina já aparecia em 1955, com Agostinho Alvim.<sup>47</sup> Este autor, ao analisar danos que reputou como aqueles “cuja prova seja difícil, ou mesmo, impossível” visualizou o dano patrimonial da chance perdida em dois casos. Em um deles, o competidor de um certame apresentaria um animal havido como raro, entretanto, a pessoa incumbida de sua guarda deixou-o perecer em um acidente que poderia ter evitado; e no outro, o advogado negligentemente deixou de apelar de uma sentença proferida por juiz que apreciou mal a prova. Neste, analisou o valor da indenização devida de maneira elucidativa:

O crédito valia dez. Suposta a sentença absolutória, que mal apreciou a prova, seu valor passou a ser cinco. Dado, porém, que a mesma haja transitado em julgado, tal valor desceu a zero. O prejuízo que o advogado ocasionou ao cliente, deixando de apelar, foi de cinco.<sup>48</sup>

Sérgio Novais Dias foi o primeiro a realizar um estudo mais extenso sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance, analisando-a em relação à responsabilidade do advogado. Em sua obra, o autor admite a reparação pela chance perdida, e entende devida a responsabilização do causídico quando deixa de recorrer na importância do que o cliente deixou de ganhar, ou teve reduzido em seu patrimônio.<sup>49</sup>

Mais recentemente, manifestaram-se favorável à admissão da teoria no direito brasileiro Judith Martins Costa,<sup>50</sup> Sérgio Cavalieri Filho<sup>51</sup> e Sílvio de Salvo Venosa,<sup>52</sup> todos ressaltando a necessidade de comprovação da seriedade das chances, bem como que o montante da indenização deve ser inferior ao valor da chance perdida.

Sílvio Salvo Venosa afirma, ainda, que a perda da chance pode ser considerada uma terceira modalidade de dano, “a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”,<sup>53</sup> e Sérgio Cavalieri Filho,<sup>54</sup> por seu turno, sustenta que a teoria “guarda certa relação com o lucro cessante”.

Realizaram estudos aprofundados sobre o tema Fernando Noronha,<sup>55</sup> Rafael Peteffi da Silva<sup>56</sup> e Sérgio Savi,<sup>57</sup> os quais serão analisados com mais profundidade no capítulo subsequente. Posteriormente, diversos foram os artigos publicados em periódicos e na Internet sobre o assunto em comento, os quais referiam o estudo

destes autores. Alguns inclusive analisaram a recepção da teoria na esfera trabalhista e do direito de família.<sup>58</sup>

Diante das manifestações ora expostas, no que diz com a aceitação da teoria pela doutrina brasileira, pode-se afirmar que é maciça a posição favorável, o que denota a sua recepção. No entanto, inúmeras foram as manifestações que não adentraram profundamente na natureza jurídica da teoria, especialmente os autores de obras clássicas, sendo recente os estudos mais elaborados.

## 2.4 Análise da jurisprudência brasileira

Os tribunais brasileiros têm reconhecido a aplicação da teoria há relativamente pouco tempo. Considerando ainda o recente estudo aprofundado da doutrina, por vezes a teoria é empregada equivocadamente nos julgados, com a inobservância de seus requisitos e com a alternância da classificação da sua natureza jurídica.

### 2.4.1 A recepção da teoria pelos tribunais

Em 1990, o STJ enfrentou a questão da perda de uma chance, mas não obstante tenha feito menção à teoria, negou a indenização.<sup>59</sup> O recorrente insurgia-se com a ausência de licitação para implantação de postos de abastecimento ao longo de uma rodovia. O relator, Ministro Ilmar Galvão, reconheceu a possibilidade de indenização da chance que representa valor econômico ao mencionar o caso do “exercício do direito de ação”. No entanto, no caso ventilado, sustentou não ter ficado demonstrado que a possibilidade de concorrer concorrer na licitação possuía algum valor estimável.

Rafael Peteffi da Silva, ao comentar referido acórdão, aduz que:

Parece carecedora de fundamentação a diferenciação entre a chance de vencer uma demanda judicial e a chance de vencer uma licitação, sendo o valor econômico da segunda tão evidente quanto a primeira. Aliás, a licitação pública guarda características semelhantes aos concursos públicos, sendo ambos exemplos de processos aleatórios.<sup>60</sup>

Em 1997, esta mesma Corte enfrentou questão análoga, relativa à cessão, pelo Estado de São Paulo, de áreas para implantação de Centros de Abastecimentos e Serviços ao longo de uma rodovia, independente de licitação. O Recurso Especial interposto pelo Estado de São Paulo foi provido pela segunda turma para julgar improcedente a demanda, sob os mesmos argumentos utilizados na primeira sentença que extinguiu o feito por carência de ação, ao argumento de que havia mera probabilidade de a autora sair vencedora na licitação não realizada. No entender do Relator Ministro Ari

Pargendler, fora a melhor aplicação para essa norma legal, acrescentando que se trata de “lucro hipotético, dependente de variável incerta”.<sup>61</sup>

Considerando que a primeira sentença reconheceu a carência de ação, isto é, que o pedido de indenização pela perda de uma chance seria juridicamente impossível, a decisão desta Corte dá margem à não aceitação da teoria da perda de uma chance por parte do STJ.<sup>62</sup>

No entanto, mais recentemente este Tribunal tem se manifestado pela sua admissão. Em julgado publicado no ano de 2000, foi reconhecido o dano da perda da chance de conquista de um prêmio em um jogo de perguntas e respostas no qual a pergunta do prêmio final foi mal formulada, tendo sido reformada a sentença de 1º grau e o acórdão que a manteve para arbitrar o montante da indenização de acordo com a chance perdida, em valor equivalente a 25% do dano final, já que a chance de a participante acertar a resposta certa seria de 1/4.<sup>63</sup>

Em decisões posteriores, esta mesma Corte tem reconhecido a possibilidade de indenizar a perda de uma chance.<sup>64</sup>

#### 2.4.2 *Classificações jurisprudenciais*

Atualmente, os tribunais estaduais possuem inúmeros julgados reconhecendo a indenização pela perda de uma chance. Todavia, ainda não resta pacificada a classificação dada à natureza jurídica da teoria.

Em recente decisão proferida pela Primeira Turma Recursal Cível do Estado do Rio Grande do Sul, foi apreciado o pedido de indenização de um competidor de “Down hill” – modalidade de esporte praticado com bicicletas estilo “mountain bike” – em face da companhia transportadora de ônibus que se recusou a despachar as bagagens em razão de o bagageiro estar lotado, tendo os competidores esperado por outro ônibus e atrasado-se para a inscrição da etapa classificatória da competição.

O acórdão condenou a ré ao pagamento de uma indenização por danos morais “seja pela perda de uma chance de melhor resultado no campeonato, seja pelo efetivo padecimento psíquico que a frustração de parte do objeto do contrato de transporte foi certamente apta a provocar”.<sup>65,66</sup>

Outras decisões classificam o dano da chance perdida como sendo uma espécie de lucros cessantes, como é o caso de uma demanda do Estado do Rio de Janeiro na qual, em síntese, a autora objetivava receber uma indenização pela vantagem não obtida de um contrato de franquia, em razão da rescisão unilateral da outra empresa contratante. Assim concluiu a relatora:

Enquanto os lucros cessantes reintegram aquilo que o sujeito razoavelmente deixou de lucrar; a perda da chance foca o ressarcimento na perda de uma oportunidade com grande potencial de vir a se realizar, causada pela intervenção ilícita de outrem, mas aferível independentemente do possível resultado.

A perda da chance, portanto, é espécie do gênero lucros cessantes e sob tal ótica deve ser aqui contemplada.<sup>67,68</sup>

De outra banda, em uma decisão do tribunal paulista que julgou a clássica situação de perda de prazo do advogado, o relator sustenta que a autora sofreu o dano da perda de uma chance, mas afirma não ter ela sofrido dano material, já que “a perda de uma probabilidade não caracteriza dano emergente ou lucro cessante”, tampouco dano moral, pois o descumprimento do mandato não caracteriza “ofensa séria à dignidade da autora a justificar um sofrimento extraordinário”, não enquadrando este dano em gêneros já existentes.<sup>69,70</sup>

Portanto, da análise destes julgados verifica-se a alternância da classificação da natureza jurídica do dano da chance perdida na jurisprudência, ora classificando-a como espécie de lucro cessante, ora de dano moral e ainda em um meio termo entre as espécies já existentes.

### 3 A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Demonstrada a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro e a recepção desta pela doutrina e pela jurisprudência, não obstante a ausência de previsão legal específica, passa-se à análise mais profunda do tema, com alicerce especialmente nos estudos da doutrina comparada realizados por Rafael Peteffi da Silva, Sérgio Savi e Fernando Noronha.

Tal abordagem visa à demonstração dos equívocos cometidos por parte da doutrina e da jurisprudência pátria ao classificar erroneamente o dano da chance perdida e, por conseguinte, arbitrar o valor da indenização com base em critérios incoerentes com a natureza jurídica da teoria.

#### 3.1 *Modalidades da perda de uma chance*

Inicialmente, imperioso ressaltar a existência de diferentes modalidades da perda de uma chance, que ensejam naturezas jurídicas distintas.

Alguns exemplos elucidativos dão conta das diferentes situações em que se perde uma chance: observe-se primeiro os danos gerados nos casos em

que o advogado perde o prazo para recorrer, ou que o participante deixou de concorrer a um certame pela conduta culposa de outrem.

Nestas situações, o processo aleatório em que se encontrava a vítima foi interrompido sem chegar ao seu fim, e o ofensor fulminou todas as chances da vítima. Não há como saber se, tendo o causídico recorrido, a decisão seria favorável; ou se, tendo o participante concorrido, sairia vitorioso no certame. O que se tem presente é somente a probabilidade de ocorrência do resultado esperado, baseando-se em uma “suposição legítima do futuro”.<sup>71</sup>

De outra banda, examinando-se o caso de um paciente que não obteve a cura de uma patologia em razão da conduta culposa do médico, verifica-se que neste o processo aleatório chegou ao seu fim, e o paciente insurgir-se-ia em razão de um dano efetivo que apresentasse. Tem-se um resultado certo: a permanência da doença. No entanto, subsiste a incerteza quanto à causa do dano, se decorrente da falha médica ou de fatores relativos à própria doença.

A doutrina francesa majoritária sustenta a existência de duas hipóteses da perda de uma chance. A primeira é denominada de “casos clássicos” de perda de uma chance, representando as situações em que se possui um dano autônomo e independente do final, aqui demonstrado pelos primeiros casos mencionados. A segunda trata dos casos de perda de uma chance na seara médica.<sup>72</sup>

Quanto a este segundo, a posição doutrinária majoritária concorda com o entendimento de René Savatier, de que a utilização da perda de uma chance na área médica é “o paraíso do juiz indeciso”, não devendo ser empregada pois representa um desvirtuamento dos princípios da causalidade civil e um risco para a certeza do sistema.<sup>73</sup>

Georges Durry criticou esta classificação, alegando que a principal diferença para a distinção entre as modalidades consiste no fato de o processo aleatório seguir o seu curso final ou não. Assim, afirma que os casos em que o processo aleatório atingiu o seu momento derradeiro não podem ser limitados às situações constantes da seara médica.<sup>74</sup>

A título de exemplo, o autor menciona a situação na qual um estudante é impedido de participar do exame de vestibular em razão de um acidente de automóvel. Neste caso o processo aleatório foi interrompido antes do final. Mas se este estudante, mesmo debilitado pelo acidente, conseguisse realizar as provas, com chances reduzidas, e não lograsse êxito, o processo aleatório teria ido até o seu fim.

Após análise da doutrina majoritária francesa e suas críticas, Rafael Peteffi da Silva assevera que a categoria

da perda de uma chance na área médica não pode ser o divisor que marca a ruptura das modalidades existentes. Dessa forma, o autor, acompanhado por Sergio Savi,<sup>75</sup> identifica duas modalidades de perda de uma chance: na primeira, o processo aleatório em que se encontrava a vítima é interrompido, com a perda definitiva da vantagem esperada e a total aniquilação das chances da vítima, e na segunda, o processo aleatório chegou ao seu final.<sup>76</sup>

Fernando Noronha identifica duas modalidades de chances perdidas: a frustração da chance de obter uma vantagem que era esperada no futuro (casos clássicos), que se subdivide em perda da chance de realizar um benefício em expectativa e perda da chance de evitar um prejuízo futuro; e a frustração da chance de evitar um dano que aconteceu, que se apresenta na perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e na perda da chance por falta de informação.<sup>77</sup>

### 3.2 A perda de uma chance como um dano emergente e autônomo

Nas hipóteses mencionadas em que o processo aleatório não chegou ao seu final quando da perda da chance, ou seja, nos casos clássicos, pode-se identificar a existência de um dano autônomo: o da chance perdida, que independe do prejuízo definitivo.

Nas situações do advogado que perdeu o prazo para recorrer, v.g. em uma ação de cobrança, ou da participante que deixou de concorrer ao jogo de perguntas e respostas em razão de uma pergunta mal-formulada, a vantagem final almejada pela vítima corresponde a um bem patrimonial. O cliente e o participante almejavam integrar em seu patrimônio, respectivamente, um crédito e um prêmio pecuniário.

Dessa forma, tem-se que a chance perdida possui também natureza patrimonial, tal qual a vantagem final. Considerando ainda que o dano pode ser verificado no momento em que o processo aleatório foi interrompido, e não corresponde ao prejuízo definitivo, se “está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada”.<sup>78</sup>

Sérgio Savi, com amparo na doutrina italiana, considera que o dano autônomo passível de ser indenizado é somente aquele cuja probabilidade que a vítima possuía de alcançar a vantagem esperada seja superior a 50%.<sup>79</sup>

No entanto, discordamos do pensamento do autor, porquanto não vislumbramos diferença, v.g. entre a vantagem que possuía 49% de chances de se concretizar e a que possuía 51%. Salvo melhor juízo, considerar-se a autonomia do dano quando presente

a seriedade da chance, mas impedir a sua reparação quando a probabilidade de ocorrência não atingir o elevado patamar de 50% denota certa incongruência. Se o dano da chance perdida é autônomo e emergente, merece reparação na proporção do prejuízo. Assim, se inferiores a 50% as probabilidades de ocorrência mas, mesmo assim, houver uma chance séria e real, deve-se somente minorar o valor da indenização, e não a obstar.<sup>80</sup>

### **3.2.1 A diferença entre o dano da chance perdida e os lucros cessantes**

É possível inferir-se algumas distinções entre o dano da chance perdida e os lucros cessantes.

O lucro cessante compreende a indenização pelo valor integral do que a vítima razoavelmente deixou de auferir, baseado em uma certeza do que ela esperaria ganhar em um futuro considerando o prosseguimento normal de suas atividades.

Nos casos de perda de uma chance, a indenização é concedida não pela vantagem perdida, mas pela perda da possibilidade de se alcançar a vantagem, sendo inviável a comprovação da certeza do dano definitivo, bem como a reparação integral deste.

Nesse sentido, sustenta Maurizio Cocchiola:

De um ponto de vista teórico, as duas *fattispecies* são bastante individualizáveis em suas respectivas características. De fato, se deve determinar como lucro cessante somente o caso em que se verifica a perda de uma possibilidade favorável, que pertencia a um determinado sujeito com uma probabilidade que representa a certeza; nas hipóteses de perda de uma chance, por outro lado, o acontecimento do resultado útil é, por definição, de demonstração impossível.<sup>81</sup>

Portanto, o dano da perda da chance é autônomo e pode ser considerado um dano emergente, o qual será reparado de acordo com o valor da chance perdida.

### **3.2.2 A diferença entre o dano da chance patrimonial perdida e dano moral**

Alguns acórdãos nacionais confundem o dano patrimonial da chance perdida com o dano moral. No entanto, considerando que as vantagens almeçadas pelas vítimas nestes casos eram de natureza patrimonial, a chance perdida possui esta mesma qualidade, devendo a indenização ser arbitrada de acordo com a importância relativa ao bem que os autores deixaram de acrescentar em seu patrimônio.

Além de não representar o real valor da chance perdida, a condenação por danos morais quando se trata de danos patrimoniais enseja uma condenação

injusta, tanto para o réu, que pode indenizar em valor superior ao efetivo, quanto para a vítima, que pode receber quantia inferior à da chance perdida.

Nada obsta, no entanto, que a reparação da chance perdida tenha natureza de dano moral. A título de exemplo, se a vítima ajuizasse ação para obter a guarda dos filhos que fora julgada improcedente em 1º grau, e o advogado deixasse de recorrer da sentença, a chance perdida teria natureza de dano moral, tendo em vista que esta era a natureza do bem jurídico pretendido.

A perda da chance pode ensejar, ainda, a condenação do ofensor ao pagamento de indenização por danos materiais e morais cumulados, correspondentes a uma frustração moral suportada pela vítima ao deixar de alcançar uma vantagem que também acrescentaria bens em seu patrimônio.

### **3.2.3 A perda de uma chance embasada na teoria da causalidade parcial**

Com relação aos casos em que o processo aleatório atingiu o seu fim, o dano da perda da chance é indissociável do prejuízo final, e as chances perdidas não subsistem de forma separada.

Do contrário, dar-se-ia azo a condenações por danos inexistentes. Por exemplo, no caso em que um médico falhou no tratamento da doença do paciente, mas mesmo assim este obtivesse a cura, teria o médico que indenizar de igual forma, dada a independência do dano.

Fernando Noronha sustenta que se a produção do dano contar com a concorrência entre um caso fortuito ou de força maior (na seara médica, a evolução da própria doença) e um fato atribuível a uma pessoa (deficiência no tratamento), esta só poderá responder pela parcela de dano que possa ser considerado consequência de sua ação, utilizando-se a causalidade concorrente, como ocorre, v.g., quando o agravamento da doença decorrer de um erro médico em concorrência com fatos atribuídos à própria patologia.<sup>82</sup>

Mas se a causa do agravamento da enfermidade é desconhecida e, além disso, houve uma terapêutica inadequada, de forma que o dano pode ter ocorrido em razão do ato terapêutico e da evolução da doença simultaneamente ou resultou de um destes fatores, sem se saber qual, o autor sugere a aplicação da causalidade alternativa.<sup>83</sup>

Rafael Peteffi da Silva critica a solução sugerida por Fernando Noronha. Isso porque, conforme visto no item 1.2.3.4 deste trabalho, a causalidade alternativa é aplicada por meio de presunções, que são feitas para “inverter ou suavizar o ônus probatório da *conditio sine qua non*”,<sup>84</sup> admitindo a comprovação do nexo causal ente a conduta e o dano final.

No que concerne à causalidade concorrente, este mesmo autor afirma não ser a solução mais adequada, porquanto não é admissível que as categorias de caso fortuito e força maior sejam utilizadas para dirimir a responsabilidade, mas tão-somente para excluí-la. E, se comprovado que estas causas não podem ser consideradas como exclusivas do dano, responde integralmente o agente por este.<sup>85</sup>

Dessa forma, sustenta que a perda de uma chance em casos no qual o processo aleatório foi até o seu final “não pode prescindir da noção de causalidade parcial”.<sup>86</sup>

A causalidade parcial foi a solução encontrada por Jacques Boré e John Makdisi. Se o ato do ofensor não pôde ser considerado como causa totalmente provada para gerar o prejuízo final, ou seja, se não representa uma *conditio sine qua non*, a causalidade parcial permite, segundo estes autores, a concessão da reparação para um prejuízo “parcial e relativo, consubstanciada na perda das chances”. Por ela, a reparação é arbitrada de acordo com a probabilidade de causalidade provada.<sup>87</sup>

John Makdisi afirma que a utilização do padrão “tudo ou nada”, isto é, a condenação integral do dano se convencido o juiz de que o réu causou-o e o seu afastamento quando acreditar não ter sido ele o causador, geraria subcompensações ou ultracompensações. Já na utilização da causalidade parcial, a indenização compreende o dano que, segundo as estatísticas, se espera que ele tenha causado.<sup>88</sup>

A utilização de dados da estatística, nesta concepção menos ortodoxa do nexos causal, torna os eventos aleatórios previsíveis, fornecendo uma segurança para o reconhecimento da causalidade. Quando o juiz não se utiliza de estatísticas, por vezes é forçado a fazer presunções em busca da comprovação do nexos causal. Veja-se, por exemplo, se um juiz questiona ao perito se determinado tratamento normalmente leva à cura de certa enfermidade, e este afirma que sim. Neste caso, o dado fornecido pelo perito não representa uma certeza, mas pode ensejar o convencimento do magistrado.

Tal presunção, como bem analisa Rafael Peteffi da Silva, “está repleta de álea, é mais arbitrária e mais fraca como fundamento do livre convencimento do magistrado, que teria um conteúdo científico mais apreciável se baseado nas estatísticas”.<sup>89</sup>

Tendo em vista que dispensa a comprovação da *conditio sine qua non* para realização do dano final, Rafael Peteffi da Silva considera a utilização da causalidade parcial uma exceção ao modelo atual da responsabilidade civil no direito brasileiro, devendo ser utilizada como uma opção subsidiária, “somente após esgotadas as possibilidades da utilização ortodoxa do nexos causal”.<sup>90</sup>

A jurisprudência nacional não costuma diferir os casos de perda de uma chance. Todavia, frequentemente tem aceitado a indenização em casos nos quais o processo aleatório atingiu o seu fim, tanto em casos médicos quanto em outros, como a situação em que a empresa prestadora de serviços de alarme anti-roubo falhou.<sup>91</sup>

### 3.2.4 A quantificação da indenização decorrente da chance perdida

Demonstramos, ao longo deste trabalho, que o valor da indenização não pode ser equivalente ao montante da vantagem esperada pela vítima, pois aí teria um caso clássico de responsabilidade civil. Assim, devem as chances perdidas ser indenizadas.

O valor da chance deve ser aferido levando-se em conta a probabilidade de que a chance tinha de suceder, sendo indenizado o percentual de que foi privada a vítima.<sup>92</sup> Tal probabilidade compreende uma percentagem sobre o valor do dano total que o lesado perceberia se a vantagem tivesse se concretizado.

Destarte, se o conjunto probatório demonstra que a probabilidade, por exemplo, de o recurso ser provido, era de 30%, e a vantagem econômica com a procedência da ação teria sido de dez mil reais, o montante da indenização pela perda de uma chance seria de três mil reais.

## CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar, em um primeiro momento, a evolução da responsabilidade civil. No direito moderno, as hipóteses de danos ressarcíveis foram ampliadas em favor daquele que sofreu um dano injusto.

No direito brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva imergem no direito civil, norteados as relações sociais e o sistema da responsabilidade civil.

Pode-se inferir que este sistema possui um paradigma solidarista, determinando sempre que possível a reparação da vítima pelos danos injustos suportados. Esta reparação deve sempre se dar de forma integral, sendo este mais um princípio que orienta o sistema da reparação de danos.

Neste contexto, e diante do desenvolvimento da ciência da estatística e do cálculo das probabilidades, surge o dano da perda de uma chance, como mais uma ampliação dos danos ressarcíveis.

Considerando que os fatos decorrentes da evolução das relações sociais estão sempre à frente da legislação, os casos de perda de uma chance surgem sem amparo legal específico.

Não obstante, em que pese a ausência de previsão legal, na legislação vigente não se encontra qualquer óbice para a reparação do dano da perda de uma chance.

São pressupostos da responsabilidade civil uma conduta, um dano, o nexo de imputação e o nexo de causalidade. Ainda que sob uma nova ótica, a perda de uma chance preenche tais requisitos, sendo necessária, no entanto, a comprovação de causalidade entre a conduta e o dano da chance perdida, e não entre o final.

Para que ocorra a obrigação de indenizar, nestas situações, é imprescindível que esta chance seja séria e real, já que danos meramente hipotéticos ou eventuais não são indenizáveis. Outrossim, o valor do montante indenizatório nunca pode ser equivalente ao da vantagem final perdida, porquanto neste caso ter-se-ia a comprovação de causalidade entre a conduta e o dano final, caracterizando um caso clássico de responsabilidade civil.

No direito brasileiro, verificou-se que a jurisprudência vem enfrentando esta questão há pouco tempo, assim como a doutrina, sendo recentes os estudos mais aprofundados sobre o tema. Por essa razão, a jurisprudência alterna a classificação do dano da chance perdida, ora considerando-o uma espécie de dano moral, ora de lucro cessante e, ainda, como um meio termo entre estes.

Para buscar-se a natureza jurídica da chance perdida, neste estudo dividiu-se as modalidades da perda de uma chance entre casos nos quais o processo aleatório em que se encontrava a vítima foi até o fim e aqueles em que o processo aleatório foi interrompido pelo ofensor antes do seu momento derradeiro.

Quanto a estes últimos, tem-se um dano autônomo representado pela chance perdida. Se a vantagem final que era esperada pela vítima constituir um dano patrimonial, será a perda da chance um dano emergente, já que esperava integrar um bem em seu patrimônio.

Diferencia-se do lucro cessante pois, neste, a indenização compreende o valor integral do que a vítima razoavelmente deixou de auferir. Naquele, repara-se a perda da vantagem, e não a própria vantagem.

A perda de uma chance pode ainda constituir um dano extrapatrimonial, se esta era a natureza da vantagem final esperada.

Com relação às situações em que o processo aleatório no qual se encontrava a vítima atingiu o seu momento derradeiro, havendo incerteza quanto à colaboração do ofensor no resultado final, entendemos ser aplicável a teoria da perda de uma chance fundada na causalidade parcial.

A despeito de representar uma exceção ao modelo brasileiro de utilização do nexo causal, por não se

apresentar como uma *conditio sine qua non* à realização do resultado, mostra-se a solução mais justa e, portanto, adequada.

Isso porque injusta seria a imputação da obrigação de indenizar somente quando demonstrada a certeza da contribuição do ofensor para a ocorrência do dano final, porquanto a vítima ficaria desamparada mesmo em havendo grandes probabilidades da participação do réu no dano.

Assim, a causalidade parcial, como uma opção subsidiária, a ser utilizada somente depois de tentar-se a utilização ortodoxa do nexo causal, surge como a medida mais justa, por indenizar a real probabilidade de participação do agente no dano final.

Outrossim, representa mais uma evolução da responsabilidade civil no desígnio de tutela da vítima.

Cabe ressaltar, por fim, que a relevância social do tema, diante da frequência dos casos de perda de uma chance, reclama uma harmonização dos requisitos e critérios de aplicação por parte da doutrina e da jurisprudência, onde ainda não se tem parâmetros bem definidos, para assim aplicar a teoria de maneira justa para ambas as partes.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: *Revista de Direito Privado*, ano 10, n. 40, out./dez. 2009.
- BRITO, Roberta Veras de Lima. A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro: evolução, posição doutrinária, posição jurisprudencial e admissibilidade. In: *Revista da ESMape*, Recife, v. 12, n. 26. jul./dez. 2007.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Brasileiro interpretado*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- COUTO E SILVA, Clóvis. Responsabilidade alternativa e acumulativa. In: FRADERA, Vera Maria (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- CRUZ, Adenor José da. Responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance de um direito demandado, em juízo, investigada sob a luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência. In: *Repertório de jurisprudência IOB*, n. 03, v. 3, 1ª quinzena de fevereiro de 2010.
- DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: *Revista Jurídica*, ano 54, n. 349, nov. 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da Perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 0, out./nov. 2007.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 840, out. 2005.
- KOPPER, Maria Fernanda Álvares. Responsabilidade civil do empregador pela perda de uma chance no direito do trabalho. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, ano 26, n. 306, jun. e 2009.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, ano 24, n. 279, mar. 2007.
- MORAES, Maria Celina de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil. In: *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em: <[http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bodin\\_n29.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bodin_n29.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2010.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações- fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Versão em formato de artigo extraída do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelos professores Eugênio Facchini Neto (orientador), Adalberto de Souza Pasqualotto e Plínio Saraiva Melgaré, em 25 de junho de 2010.
- <sup>2</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 119 e 120.
- <sup>3</sup> MORAES, Maria Celina de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil. in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em: <[http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bodin\\_n29.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bodin_n29.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2010.
- <sup>4</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 194.
- <sup>5</sup> SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile em droit français*, 2. ed., v. 1.LGDJ, 1951, apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v.7: responsabilidade civil, 19ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 40.
- <sup>6</sup> A título de exemplo, tem-se o Decreto nº 2.681/1912, que regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro; (BRASIL. Lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2681\\_1912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm)> Acesso em: 30 abr. 2010); o Decreto-Lei nº 483/1938, que instituiu o Código Brasileiro do Ar (BRASIL. Decreto-Lei nº 483, de 8 de junho de 1938. Brasília, DF. disponível em: <<http://www.pilotopolicial.com.br/documentos/legislacao/Codigos/cba38.pdf>>; e o Decreto-Lei nº 7.036/1944, que regulamentou os acidentes de trabalho. (BRASIL. Decreto - Lei nº 7.036/1944. Brasília, DF. disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1944/7036.htm>>. Acesso em: 05 maio 2010.
- <sup>7</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.  
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
- <sup>8</sup> Art. 927. [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.
- Art. 187. 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.  
Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.
- <sup>9</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 4, 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 14.
- <sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- <sup>11</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 468-469.
- <sup>12</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.p. 24
- <sup>13</sup> BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 10 maio 2010.
- <sup>14</sup> Sérgio Severo, ao definir dano extrapatrimonial como sendo “a lesão de interesse sem expressão econômica”, ressalta que não se justifica a busca de uma definição substancial, “uma vez que tal concepção constituir-se-ia numa limitação desnecessária ao instituto”. (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 43.)
- <sup>15</sup> De maneira exemplificativa: Lacerda de Almeida, *Obrigações; Lafayette, Direito das coisas*. apud CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 43.
- <sup>16</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 30 abr. 2010.)
- <sup>17</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2010.)

- <sup>18</sup> Súmula 387: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 387, publicada em 01/09/2009).
- <sup>19</sup> Veja-se: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 78; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 49-51.
- <sup>20</sup> De maneira exemplificativa: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70024667305. Apelante: Lurdes Markeviri Sabio. Apelado: Massa Falida de Frigorífico Rost S.A. e Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais. julgado em 23.02.2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 669.258/RJ. Recorrente: Sylvio Nunes Rodrigues. Recorrido: Cláudio Acizo Dutra. julgado em 27.02.2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2010.
- <sup>21</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 49.
- <sup>22</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 49 e 50.
- <sup>23</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.40-42.
- <sup>24</sup> Nesse sentido: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 346; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007., p. 583; RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 76.
- <sup>25</sup> 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 lei processual.
- <sup>26</sup> Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido. (BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 abr. 2010.)
- <sup>27</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. Responsabilidade alternativa e acumulativa, in *O direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. FRADERA, Vera Maria(org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.236.
- <sup>28</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 66.
- <sup>29</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.30.
- <sup>30</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: *Revista Jurídica*, ano 54, n. 349, nov. 2006, p. 90 e 91.
- <sup>31</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 173 e 144.
- <sup>32</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 283.
- <sup>33</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 86-88.
- <sup>34</sup> 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. (BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2010.
- <sup>35</sup> 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. (BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2010.
- <sup>36</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 665.
- <sup>37</sup> VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil, lês obligations, a responsabilité: effets, sous la direction de Jacques Ghestin*. Paris: LGDJ, 1988, p. 82, apud SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 200.
- <sup>38</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 194.
- <sup>39</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 109.
- <sup>40</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 589.
- <sup>41</sup> Nesse sentido também é a argumentação de Judidh Martins Costa: “Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação, criteriosa, da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexos causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 362.)
- <sup>42</sup> Nesse sentido, assevera Glenda Gonçalves Gondim que “deverão estar presentes os elementos básicos da responsabilidade civil. Contudo, tanto o dano quanto o nexos causal serão analisados através de uma nova visão, pois se trata de uma chance perdida, devendo existir uma probabilidade concomitante a uma certeza”. (GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 840, out. 2005.)
- <sup>43</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 232.
- <sup>44</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.
- <sup>45</sup> CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Brasileiro interpretado*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956. p. 321 e 322.
- <sup>46</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 489 e 490.
- <sup>47</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 207-209.
- <sup>48</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 207.
- <sup>49</sup> DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999. p. 67.
- <sup>50</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 358-362.
- <sup>51</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 77-81.
- <sup>52</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 29-35 e 271-277.
- <sup>53</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 272.
- <sup>54</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 77.
- <sup>55</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 664-668.
- <sup>56</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- <sup>57</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- <sup>58</sup> De maneira exemplificativa: MELO, Raimundo Simão de. *Indenização pela perda de uma chance*, 2007. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>. Acesso em: 30 abr. 2010; BRITO, Roberta Veras de Lima. A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro: evolução, posição doutrinária, posição jurisprudencial e admissibilidade. In: *Revista da ESMape*, v. 12, n. 26. Recife: jul./dez. 2007. p. 269-296; ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: *Revista de Direito Privado*, ano 10, n. 40, out./dez. 2009. p. 179-214; CRUZ, Adenor José da. Responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance de um direito demandado, em juízo, investigada sob a luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência. In: *Repertório de jurisprudência IOB*, nº 03/2010, v. 3, 1ª quinzena de fevereiro de 2010. p. 93-100; MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. In: *Justiça do Trabalho*, ano 24, n. 279. Porto Alegre: HS Editora, mar. 2007, p. 7-14.; KOPPER, Maria Fernanda Álvares. Responsabilidade civil do empregador pela perda de uma chance no direito do trabalho. In: *Justiça do Trabalho*, ano 26, n. 306. Porto Alegre: HS Editora, jun. 2009, p. 17-41; FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da Perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*,

- v. 0 (out./nov. 2007). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 46-63.
- <sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 4364/SP. Agravante: Companhia São Paulo Distribuidora de Derivados de Petróleo. Relator: Ministro Ilmar Galvão. julgado em 10/10/1990. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2010.
- <sup>60</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 197.
- <sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 32575/SP. Recorrentes: Fazenda do Estado de São Paulo e Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga. Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ari Pargendler. julgado em 01.09.1997. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 05 maio 2010.
- <sup>62</sup> Nesse sentido, é também a manifestação de Rafael Peteffi da Silva: “Em rigor, se o requerimento de indenização de chances perdidas passasse a ser considerado um pedido juridicamente impossível, a teoria da perda de uma chance estaria definitivamente fulminada.” (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 200). Sérgio Savi, no entanto, entende que o pedido não foi acolhido em razão da falta de seriedade das chances. (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 92).
- <sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788.459/BA. Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 08.11.2005. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 05 maio 2010.
- <sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1079185/MG. Recorrente: Aldeir Batista de Aguiar. Recorrido: Antônio Abdala Júnior. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 11.11.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05.05.2010.
- <sup>65</sup> RIO GRANDE DO SUL. Turmas recursais cíveis. Recurso Cível Nº 71001763796. Recorrente: Rafael de Moura Krugel. Recorrido: Victor Razzera & Cia. Ltda. Relator: João Pedro Cavalli Junior. Julgado em 18.12.2008, Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 05.05.2010.
- <sup>66</sup> Enquadrando o dano da chance perdida como uma espécie de dano moral, tem-se ainda, de maneira exemplificativa, acórdão do TJSP que condenou uma sociedade de advogados ao pagamento de indenização a título de danos morais em razão de recurso de apelação julgado deserto nos autos de uma ação de cunho indenizatório. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº992080343227 – 1185892000. Recorrente: Espólio de Alvaro José de Souza. Recorrido: Advocacia Waldomiro de Azevedo Ferreira. Relator: Francisco Thomaz. Data do julgamento: 28/04/2010. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 05.05.2010. Nesse sentido, ainda: PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 0626389-8. Recorrente/Recorrido: Domingos Alcides Avanzan. Recorrido/Recorrente: Demétrio Berehulka. Relator: Domingos José Perfetto. julgado em 21.01.2010. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 05.05.2010. )
- <sup>67</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº0010705-71.2004.8.19.0209. Recorrente: Diego Rasga Calazans. Recorrido: DWB Projetos e Empreendimentos Ltda. Relator: Des<sup>a</sup>. Cristina Tereza Gaulia. Julgado em 26.09.2007. Disponível em: <www.tjrij.jus.br>. Acesso em: 05.05.2010.
- <sup>68</sup> De maneira exemplificativa, ainda, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Apelação Cível nº 70009107525. Recorrente: Companhia Estadual de Energia Elétrica. Recorrido: Ivanilda da Siqueira Scota. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 22/12/2004. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10.05.2010.
- <sup>69</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1130956300. Recorrente: Joaquim Dias Machado Neto. Recorrido: Antonio Wilson Pereira. Relator: Sá Duarte. Julgado em 28.01.2010. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 15 maio 2010.
- <sup>70</sup> Definindo o dano da perda da chance como uma “espécie intermediária, tem-se ainda julgado do Tribunal de Justiça Do Estado do Rio Grande do Sul: Apelação Cível Nº 70019780949. Recorrente: Tratemet – Têrmimos de Metais Ltda. Recorrido: Banco Sudameris Brasil S.a. Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em 28/05/2008. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 05 maio 2010.
- <sup>71</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 86.
- <sup>72</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83.
- <sup>73</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 89.
- <sup>74</sup> DURRY, Georges. *Faute médicale ET perte de chances ET survie*, 1972. apud SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 99.
- <sup>75</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.
- <sup>76</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 103.
- <sup>77</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003. p.668-669.
- <sup>78</sup> DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale deçça responsabilità civile*, 2. ed., v.2. Milano: Giuffrè, 1966. apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 22.
- <sup>79</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 112 e 113.
- <sup>80</sup> Nesse sentido, manifestou-se Rafael Peteffi da Silva: “Parece-nos bastante compreensível que o direito italiano tenha ficado isolado nesse entendimento, já que existem inúmeros casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo. Nessas hipóteses, não teríamos nenhum argumento sólido para negar o provimento destas ações de indenização.” (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 142).
- <sup>81</sup> BOCCHIOLA, Maurizio. Perda de uma chance e certeza del danno. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976. p. 55-101. apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 17.
- <sup>82</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*- fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 681.
- <sup>83</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 682.
- <sup>84</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 235-236.
- <sup>85</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 236-238.
- <sup>86</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 238.
- <sup>87</sup> BORÉ, Jacques. *L'indemnisation pour ler chances perdus: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, 1974. apud SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 51.
- <sup>88</sup> MAKDIDI, John. *Proportional liability: a comprehensive rule RO apportion tort damages based on probability*. North Carolina Law Review, v. 67, p. 1063. apud SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 51.
- <sup>89</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 59 e 60.
- <sup>90</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 246.
- <sup>91</sup> De maneira exemplificativa: (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70019804335. Recorrente: Brasil Studio Produções e Gravações de Áudio Ltda. Recorrido: Ecotec Sistemas de Segurança Ltda. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em 23/08/2007. Disponível em: < www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 05 maio 2010.; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº70031673221. Recorrente: Bernardete Wolpat Deckmann. Recorrido: Rachel Bordin. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 16/12/2009).
- <sup>92</sup> SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.p. 14.