

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

MARÍLIA FREIESLEBEN

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

**CURITIBA
2018**

MARÍLIA FREIESLEBEN

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

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Clayton Reis

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARÍLIA FREIESLEBEN

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

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ____ de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus por ser essencial em minha vida e por ter iluminado o meu caminho durante esta jornada.

Ao Professor Dr. Clayton Reis por seus ensinamentos, dedicação, paciência e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

Aos meus eternos e amáveis pais, Eugênio e Maroa, que me ensinaram a valorizar a vida através do imenso carinho e amor a mim transmitidos, meus agradecimentos por não medirem esforços para que eu chegasse até esta etapa.

Ao meu namorado Paulo Artur Dozza, ofereço um agradecimento mais do que especial, por ter compartilhado comigo mais esse momento, pela sua paciência, compreensão e apoio nos momentos difíceis e por todo o carinho e amor que destinas a mim diariamente. Além deste trabalho, dedico-lhe todo o meu amor.

A todos os meus amigos, especialmente às minhas queridas amigas Jennifer Manfrin dos Santos e Maira Crocetti, agradeço pelo incentivo e apoio constantes.

À minha família, por todo o carinho, estímulo e por sempre acreditarem em mim.

À todos vocês, o meu muito obrigado.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

(ALBERT EINSTEIN)

RESUMO

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

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Teoria da perda de uma chance; Princípio da reparação integral dos danos; Quantificação da indenização.

ABSTRACT

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

Keywords: Civil liability; Theory of loss of a chance; Principle of full compensation of the damage; Quantification of damages.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 NO DIREITO ROMANO	12
2.2 NO DIREITO FRANCÊS	14
2.3 NO DIREITO BRASILEIRO	15
3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	18
3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	18
3.2 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	19
3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	20
3.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	21
3.4.1 Culpa	21
3.4.2 Conduta	23
3.4.2 Dano	24
3.4.3 Nexo de Causalidade	25
3.4.3.1 Teoria da Equivalência das Condições	26
3.4.3.2 Teoria da Causalidade Adequada	27
3.4.3.3 Teoria do Dano Direto e Imediato	28
4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: O DANO E A CHANCE PERDIDA	31
4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	31
4.2 PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO PATRIMONIAL E EMERGENTE	33
4.2.1 A Chance Perdida e os Danos Extrapatrimoniais	33
4.2.2 A Chance Perdida e os Lucros Cessantes	35
4.2.3 O Enquadramento da Chance Perdida como Dano Emergente	36
4.3 A CHANCE PERDIDA	37
4.3.1 Definição de Chance	37
4.3.1.1 Requisitos	37
4.3.1.2 Conceito	39
4.3.1.3 Diferenças entre chance e risco	40
4.3.1.4 Modalidades de Perda de uma Chance	41
5 FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE	44
5.1 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS	45
5.1.1 Vedação ao Enriquecimento sem Causa	47
5.1.2 Reparação Integral dos Danos como Fundamento da Aceitação da Teoria da Perda de uma Chance	48
5.2 QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO	49
5.2.1 Grau de Culpa	49
5.2.2 Culpa Exclusiva da Vítima e a Culpa Concorrente	52
5.2.3 Situação do Responsável e da Vítima	54
5.3 QUANTUM INDENIZATÓRIO NA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE	55
5.3.1 Indenização da Chance	56
5.3.2 Critérios para a sua Fixação	57
5.4 POSTURA DOS TRIBUNAIS	60
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

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

No direito brasileiro a responsabilidade civil vem assumindo um novo paradigma enquanto consequência de mudanças sofridas em seus requisitos. Dentro deste novo paradigma está inserida a aceitação da Teoria da Perda de uma Chance, que tem como exemplo a situação em que o advogado, ao interpor recurso cabível fora do prazo, retira de seu constituinte a possibilidade de ver apreciado o mérito da causa em instância superior, como também o ato negligente de um médico que põe fim à chance existente de o paciente se recuperar de uma enfermidade.

Por um longo período, face aos requisitos exigidos para a configuração da responsabilidade civil, a vítima era obrigada a suportar os danos integralmente. A Teoria da perda de uma chance possibilitou a reparação de danos até então não amparados pelo direito pátrio.

Quanto a esta teoria, tem-se que não é possível que alguém seja obrigado a reparar, a título de perda de uma chance, nos casos que envolvem a mera possibilidade ou uma esperança, já que a chance deve apresentar algumas características, como ser séria, real e atual. Ademais, quanto ao nexo de causalidade, só se torna possível a sua superação quando passa a ser estabelecido entre a conduta e a destruição de uma chance por um terceiro.

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

apesar de a doutrina e a jurisprudência já venham se manifestando acerca do assunto, ainda resta uma grande dúvida quanto aos critérios a serem utilizados no momento de definir o *quantum* indenizatório.

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

Para tanto, o trabalho será dividido em quatro capítulos. No capítulo I será traçado um breve histórico acerca da evolução do instituto da responsabilidade civil no direito comparado e no direito brasileiro.

No capítulo II será abordado, de forma mais específica, o instituto da responsabilidade civil, discorrendo sobre seu conceito, funções, pressupostos e as mudanças de paradigma que ocorreram nos elementos da culpa, do nexo de causalidade e do dano.

Em seguida será procedida à busca da resposta de quais são as características do dano quando configurada a responsabilidade civil pela perda de uma chance e da própria chance perdida. Trabalharemos com estas definições, apontando os motivos da essencialidade de sua configuração para a responsabilidade civil.

Depois, buscar-se-á definir qual é o dano no caso da perda de uma chance. O que será feito por meio do estudo e definição da chance em si, pois esta é que deve ser objeto de reparação no caso da responsabilidade civil por perda de uma chance, concluindo qual a espécie de dano que desta resulta.

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

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

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

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode ser considerada como instituto essencial para o convívio em sociedade, porque tem como função primordial estabelecer o equilíbrio que foi rompido pela conduta do agente causador do dano, ao qual será imputada obrigação de responder pelo dano sofrido por um terceiro.

Para que esteja sempre adaptada às mudanças pelas quais a sociedade passa e para responder aos anseios sociais de cada época, encontra-se em constante mutação não apenas nas suas funções, mas também em seus pressupostos.

A teoria da perda de uma chance está inserida no estudo da responsabilidade civil e faz parte das teorias que passaram a ter aplicação plena em decorrência do atual estágio de evolução deste instituto do direito civil.

Com a finalidade de melhor compreensão do instituto da responsabilidade civil, analisaremos neste capítulo a evolução histórica pela qual este instituto passou no direito comparado e no pátrio.

2.1 NO DIREITO ROMANO

A responsabilidade civil encontra início no Direito Romano.

Desde os tempos primitivos, o sentimento de justiça e o de revolta ante a prática de hostilidades acompanham o ser humano. Nesta época, não havia critérios a serem observados para reação às formas de agressões ou danos. Vigorava, portanto, a justiça privada (NADER, 2016, p. 49). Ou seja, a vingança era lançada pelo lesado conforme as próprias forças, despojada de qualquer intervenção do poder estatal. A Lei de Talião consagrou a justiça privada, a reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente, quem com ferro fere, com ferro será ferido” (DINIZ, 2008, p. 10).

A Lei de Talião se afastava dos imperativos éticos e racionais, além de duplicar o dano, pois “onde era um, passavam a ser dois os lesados” (DIAS, 2006, p. 26).

Por essa razão, a fase seguinte à vingança privada foi a da composição.

Inicialmente a composição voluntária, por meio da qual as partes interessadas buscavam um acordo para o pagamento *in natura* ou em dinheiro e o litígio era tido como encerrado (NADER, 2016, p. 62). Posteriormente, a fase da composição tarifada, a qual era objetiva e independia da vontade das partes. Nesta fase, a forma de reparação – tarifa – era fixada pela lei.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

Depois desse período há o da composição, ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa – para que ele reparasse o dano mediante a prestação da poena (pagamento de certa quantia em dinheiro), a critério da autoridade pública, se o delito fosse público (perpetrado contra direitos relativos a res pública, e do lesado, se se tratasse de delito privado (efetivado contra interesses de particulares) – do que cobrar a retaliação, porque esta não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido (DINIZ, 2008, p. 11).

Foi no tempo dos romanos que a diferença entre a pena e a reparação começou a ser diferenciada, com a distinção entre delitos públicos e delitos privados. Naqueles, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, enquanto neste, a pena em dinheiro cabia à vítima (GONÇALVES, 2007, p. 08).

Daí em diante, o Estado monopolizou a função punitiva, surgindo a ação de indenização, cujos fundamentos para reparação do dano eram encontrados na Lei Aquilia, sobre a qual José de Aguiar Dias anota que se formou o esboço dos princípios orientadores da responsabilidade extracontratual (DIAS, 2006, p. 28).

Na visão de José Carlos Moreira Alves, para a caracterização do *damnum injuria datum* eram necessários três requisitos: a) injuria (conduta do agente contrária à ordem jurídica); b) a culpa; c) o *damnum*, ou seja, a ocorrência de prejuízo causado diretamente pelo agente (ALVES, 2000, p. 234).

O valor a ser indenizado à vítima dependia da atitude do ofensor: se admitisse a culpa, a condenação ficaria adstrita ao valor apurado, que abrangia o *lucrum cessans* e o *damnum emergens*; se negasse a culpa e esta ficasse apurada, a condenação seria pelo dobro do valor constatado (ALVES, 2000, p. 235).

Conforme o entendimento de DIAS “é na Lei Aquilia que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano” (DIAS, 2006, p. 28). Embora não existisse uma norma de conjunto, conforme o direito moderno, foi a Lei Aquilia a origem da jurisprudência clássica com relação à injúria e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana (GONÇALVES, 2007, p. 07).

Leciona DINIZ:

A Lex Aquilia de damno veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade [...] (DINIZ, 2008, p. 11).

Portanto, a Lei *Aquilia* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando formas pecuniárias de indenização. Todavia, posteriormente, o Estado passou a intervir nos conflitos, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar o acordo, renunciando a vingança. Este acordo permaneceu no direito romano com caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia distinção entre a responsabilidade civil e a penal (DINIZ, 2008, p. 11).

2.2 NO DIREITO FRANCÊS

No direito francês, a evolução histórica se aperfeiçoou com as ideias do direito romano. O critério abstrato, genérico e operacional de que “todo ato, qualquer que seja, de homem que causar dano a outrem obriga aquele por culpa do qual ele veio a acontecer a repará-lo – artigo 1382” foi sendo substituído pelo estabelecimento de certos princípios que foram responsáveis pela consolidação do entendimento de que a responsabilidade civil se fundava na culpa, ou seja, de que haveria direito à reparação sempre que houvesse culpa. Dessa forma, separou-se a responsabilidade civil – perante a vítima – da responsabilidade penal – perante o Estado (GONÇALVES, 2017, p. 26).

Essa definição de que a responsabilidade civil se funda na culpa foi ideia que se disseminou para a legislação de todo o mundo (DIAS, 1997, p. 20).

Ao regular a responsabilidade civil, o Código de Napoleão distinguiu as figuras do delito e quase delito. Na primeira, o ato ilícito é praticado dolosamente, enquanto na segunda, mediante culpa *stricto sensu* (POTHIER, 2002, p. 113).

Tal diferenciação, no entanto, era irrelevante no Código de Napoleão, pois os efeitos de ambos eram idênticos. Em Roma, por exemplo, o quase delito não constituía fonte de obrigação (LALOU, 1949, p. 5).

Importante observar que no *Code Napoleon* não existia enumeração taxativa dos delitos, inexistindo limitação, mas apenas uma fórmula abstrata e abrangente ao lado da previsão de algumas hipóteses.

Considerando que a teoria subjetiva, aplicada isoladamente, não mais correspondia às necessidades da sociedade cada vez mais dinâmica e complexa, surgiu, por meio de construção jurisprudencial, a teoria da presunção absoluta de culpa, contra a qual não se admitia prova em contrário. Era a adoção da teoria objetiva que teve o seu marco em uma decisão da Corte de Cassação que, pelo Tribunal Pleno, admitiu que, em casos de acidentes de automóveis, o condutor somente podia liberar-se da responsabilidade pelos danos causados provando a ocorrência de caso fortuito ou de outra causa que lhe fosse estranha. Ou seja, não competia à vítima a prova de culpa do agente (GONÇALVES, 1957, p. 484).

2.3 NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a responsabilidade civil passou por vários estágios de desenvolvimento considerando a modificação pela qual passava a legislação vigente. A título de exemplo, o Código Criminal de 1830 fundado nas bases da justiça e da equidade, previa a reparação natural ou a indenização ao ofendido, quando fosse viável.

Segundo Gonçalves, “a reparação civil era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal” (GONÇALVES, 2017, p. 27).

Adotava-se as Ordenações do Reino de Portugal como parâmetro normativo para as relações privadas que perduraram até 1916 quando do

surgimento do primeiro Código Civil, cujo projeto foi elaborado por Clóvis Beviláqua.

O Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva da responsabilidade civil, a qual exige prova robusta da culpa do agente causador do dano para que fosse gerada a obrigação de repará-lo. Em alguns casos, o dano podia ser presumido (GONÇALVES, 2017, p. 27).

Gonçalves leciona ainda que o grande desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos fizeram surgir novas teorias, capazes de propiciar maior proteção às vítimas (GONÇALVES, 2017, p. 27).

No entanto, Maria Helena Diniz deixa claro que a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil (DINIZ, 2008, p. 13).

O artigo 159 do Código Beviláqua dispôs sobre a responsabilidade aquiliana para definir ato ilícito. Estabeleceu que quando houvesse conduta por ação ou omissão, prejuízo a outrem ou violação de direito e dolo, imprudência ou negligência do agente, haveria o dever de reparação do dano (NADER, 2016, p. 59).

Nos últimos tempos, a teoria do risco ganhou terreno, a qual, sem substituir a teoria da culpa, cobria muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revelava insuficiente para a proteção da vítima (GONÇALVES, 2017, p. 27).

Prossegue o autor dizendo que no direito moderno, a teoria da responsabilidade objetiva se apresenta em duas faces: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo. Uma ou outra consagram, em última hipótese, a responsabilidade sem culpa, a responsabilidade objetiva.

Assim, pode-se dizer que atualmente se tem procurado fundamentar a responsabilidade civil na ideia de culpa. No entanto, quando esta se demonstra insuficiente, o legislador tem fixado casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar, independentemente da noção de culpa (GONÇALVES, 2017, p. 29).

O direito brasileiro se manteve fiel à teoria subjetiva, definindo que todo aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito – dicção do artigo 186. Ou seja, para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa. A reparação

do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Sem prova de culpa inexistente a obrigação de reparar o dano (GONÇALVES, 2017, p. 29).

Porém, em outros dispositivos e leis esparsas, adotaram-se os princípios da responsabilidade civil objetiva como nos artigos 936 e 937.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Realizada a breve retrospectiva de como o instituto da responsabilidade civil evoluiu no direito comparado e brasileiro, analisaremos de forma mais específica este instituto, definindo seu conceito e perpassando pelas suas funções e pressupostos para que reste configurado o dever de reparar dentro do paradigma vigente.

3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme brevemente exposto nos itens acima, a responsabilidade civil surge da necessidade de solucionar os conflitos existentes entre o causador do prejuízo e a vítima deste.

Assim, deve ser vista como a aplicação de medidas que obriguem a reparação dos danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais causados a terceiros em toda a sua extensão, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposições legais (DINIZ, 2008, p. 35).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho, a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando o infrator ao pagamento de uma indenização pecuniária à vítima, caso não possa repor o estado anterior da coisa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 57).

Portanto, verifica-se que o conceito de responsabilidade civil nos traz a noção de que somos responsáveis pelos fatos decorrentes do nosso comportamento, isto é, que devemos nos conduzir na vida sem causar prejuízos às outras pessoas, sob pena de sermos obrigados a reparar os danos causados. E, por outro lado, nos indica que as pessoas têm o direito de não serem injustamente lesionadas, por força do comportamento alheio; caso isso ocorra, possuem o direito de serem indenizadas na proporção do dano sofrido.

Partindo dessas considerações, definiremos o que vem a ser a responsabilidade civil nos seus contornos atuais, objetivando especificar as suas funções e os pressupostos da sua aplicação.

3.2 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Embora a responsabilidade civil possua como função primordial a proteção da esfera jurídica das pessoas, outras funções são atribuídas a este instituto.

Normalmente, são duas as principais funções da responsabilidade civil. Roberto Senise Lisboa apresenta como a primeira delas a função-garantia, que decorre da necessidade de segurança jurídica que a vítima possui para o ressarcimento dos danos por ela sofridos, enquanto a segunda, que denomina de função-sanção, decorre da ofensa da norma jurídica imputável ao agente causador do dano, e importa em compensação em favor da vítima (LISBOA, 2006, p. 143).

Rui Stoco entende que o caráter sancionatório é a própria natureza da responsabilidade civil, pois os princípios do *neminem ledere* (não lesar ninguém) e do *alterum non ledere* (não lesar ninguém) é que dão a exata dimensão do sentido de responsabilidade, pois a ninguém é permitido lesar sem a consequência de imposição de sanção (STOCO, 2007, p. 85).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a responsabilidade civil possui três funções: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva. Na primeira se encontra o objetivo básico e finalidade da reparação civil, que é o de recompor as coisas ao *status quo ante*. A segunda é tida como função secundária, pois, embora não seja a finalidade básica da prestação imposta ao ofensor, dela decorre um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos. Por fim, a última decorre do cunho socioeducativo da obrigação estabelecida ao responsável, pois torna público que a sociedade não aceita tais condutas, restabelecendo o equilíbrio e segurança almejados pelo direito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 69-70).

Clayton Reis afirma não ser adequado atribuir à responsabilidade civil função sancionatória, pois a punição do causador do dano poderia ser feita a qualquer nível pecuniário e, com isso, não teria uma preocupação com o ressarcimento do prejuízo sofrido pela vítima (REIS, 2002, p. 139).

Apesar das diferentes posições doutrinárias mencionadas acima, as quais demonstram as diversas funções que podem ser atribuídas à responsabilidade civil, a primordial delas é a recomposição do patrimônio do lesado, quando o dano for patrimonial, ou compensação do prejuízo, no caso de danos extrapatrimoniais.

3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que a responsabilidade civil reste configurada existem alguns pressupostos que são indispensáveis por parte de quem busca a compensação ou indenização pelos danos. Estes pressupostos evoluíram juntamente com o próprio instituto, por exemplo, antes a culpa era vista como um dos pressupostos essenciais da obrigação de indenizar e hoje passou a ser apenas accidental, por falta de generalidade.

Ao analisar o conceito de ato ilícito, disposto no artigo 186 do Código Civil, temos que:

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.

Pode se depreender, portanto que os pressupostos gerais da responsabilidade civil são: conduta humana, que pode ser comissiva ou omissiva, a ocorrência do dano, a culpa e o nexo de causalidade.

Na responsabilidade civil pela perda de uma chance os pressupostos devem estar presentes, mas vale ressaltar que no caso do nexo de causalidade a avaliação da perda de uma chance não passa pela análise do nexo causal entre a conduta do causador do dano e o que foi perdido pela vítima ou esta

deixou de ganhar, mas sim do nexo causal entre a conduta do causador do dano e a própria chance perdida (BRASIL, Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70025179458, Data de Julgamento 17/12/2008).

No que diz respeito ao dano há muita confusão quanto ao que deve ser reparado, pois muitos restituem o próprio benefício perdido ou o prejuízo causado, enquanto o que deve ser reparado é a chance existente no momento da conduta lesiva.

Gilberto Andreassa Junior apresenta como elementos caracterizadores que devem estar presentes a conduta do agente e o resultado que se perdeu, que se assemelhou ao dano, juntamente com o nexo causal entre a conduta e a chance perdida (ANDREASSA JÚNIOR, 2009).

Neste diapasão, o que deve ser visto como dano é a própria chance perdida, que não deve ser vista como o que se perdeu, mas sim com a probabilidade existente no momento da conduta.

Feita essa introdução inicial sobre os pressupostos, passarei agora a analisar cada um desses elementos caracterizadores da responsabilidade civil de forma mais detalhada.

3.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.4.1 Culpa

É sabido que para que haja a responsabilidade civil, é necessário que tenha agido o autor do dano com culpa, seja no seu aspecto omissivo, por imprudência ou por negligência. É insuficiente dizer que basta a violação a um direito (DINIZ, 2008, p. 39-40).

A atuação com culpa se traduz na reprovação do direito que recai sobre o agente. Cabe reprovação quando, analisadas as circunstâncias fáticas se exigia do sujeito conduta diversa daquela adotada.

Para Arnaldo Rizzardo (2015, p. 01):

É difícil definir a culpa. Os maiores mestres temem dar um conceito, como sucedeu com Ripert, que abertamente o declara e sustenta nem existir uma definição legal. E Savatier, outro grande francês, parte da ideia do dever para caracterizá-la. A culpa (*faute*, palavra que os franceses não deram um significado exato, e que é tida igualmente como 'falta') "é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e violada, é involuntária, constitui culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase delito".

Sob qualquer aspecto, é dado concluir que a culpa decorre da inobservância de um dever de prever a ilicitude de certas condutas e optar por atitudes de forma a evitar a violação ao direito de outrem (GONÇALVES, 2017, p. 398).

Disso derivam os três elementos formadores da culpa: voluntariedade do comportamento do agente, previsibilidade e violação de um dever de cuidado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 36-38).

A responsabilidade civil encontra sua gênese na culpa, é a premissa da tese de que toda obrigação se origina da culpa, impondo-se a responsabilidade subjetiva, tal qual impera no direito alemão. Por esta teoria, só recai a obrigação de responder, sob o enfoque da culpa, àquele que praticou o ato ilícito que poderia ser evitado, pois que não se cogita responsabilizar alguém quando inexistente a pretensão e nem se poderia prever, tendo agido com cautela, o prejuízo causado. Logo, não se pode, desastrosamente, apontar a obrigação de indenizar em todo acontecido furtando-se de perquirir a culpa do lesado, com esteio no liame causal entre o fato e o resultado. No sentido amplo, nasce o ato ilícito da culpa do indivíduo que, intencionalmente ou não, por comissão ou omissão, ou ainda, por descuido ou imprudência, violou direito ou causou revés a outrem (RIZZARDO, 2015, p. 24-25).

Ocorre que há circunstâncias em que o acontecimento danoso não deriva de uma conduta ilícita do agente. Por essa razão, surgiu a tese que defende a obrigação de reparar com a simples verificação do dano, conforme prevê o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que preconiza "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”.

Diante do exposto acima, pode-se induzir que além da responsabilidade civil decorrente do ilícito ou do abuso de direito, cujos fundamentos estão escorados na ideia de culpa, é dado ao julgador também reconhecer a responsabilidade civil do lesante sem perquirir a culpa, ou seja, incorre na responsabilidade civil objetiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 75).

Neste sentido, o elemento culpa é considerado, pela maior parte da doutrina, como sendo accidental, em razão da sua falta de generalidade.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 74), a culpa:

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva).

Feitas estas considerações sobre a culpa, passaremos a discorrer sobre os demais elementos da responsabilidade civil.

3.4.2 Conduta

A responsabilidade civil é a expressão obrigacional mais visível da atividade humana (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 77).

De acordo com Maria Helena Diniz, a conduta é “o ato humano [...], voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado (DINIZ, 2008, p. 39).

Cavaliere Filho (2014, p. 38), entende conduta como “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.

Quanto à voluntariedade da conduta:

Deverá ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações, etc (DINIZ, 2008, p. 39).

Por fim, conclui-se que a conduta pode ser considerada como toda ação ou omissão que gere dano à terceiro. Passaremos a analisar a figura do dano, segundo pressuposto de responsabilização.

3.4.3 Dano

Para que a responsabilidade civil reste configurada é imprescindível a existência de um dano ou prejuízo. Sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar e, conseqüentemente, responsabilidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 85).

Cavaliere Filho (2014, p. 70), afirma que:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

No entanto, segundo Venosa, não é toda conduta contrária a uma norma que gera dano. É necessário o dano injusto para a caracterização da responsabilidade (VENOSA, 2010, p. 39-40).

O Código Civil de 2002 aperfeiçoou o conceito de ato ilícito, ao dizer que o pratica quem “violar e causar dano a outrem” (artigo 186). Pode-se depreender, portanto, que mesmo havendo violação de um dever jurídico e que tenha havido

culpa por parte do infrator, não será devida indenização caso não se tenha verificado prejuízo (GONÇALVES, 2017, p. 33).

Quanto à extensão do dano, afirma Paulo Nader (2016, p. 69):

A caracterização do dano independe de sua extensão. Tanto os prejuízos de pequeno porte como os de grande expressão são suscetíveis de reparação. A Lei Civil não distingue a respeito. O objeto e seu valor podem ser definidos mediante prova técnica. Esta, todavia, nem sempre é essencial.

Assim, observamos que a apuração da responsabilidade civil depende da caracterização do dano.

3.4.4 Nexo de Causalidade

Depois de passarmos em revista os elementos da culpa, conduta humana e dano, vale estudar o último, qual seja, o nexo de causalidade. Igualmente importante, a responsabilidade civil não decorre sem o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o provocou.

Lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que (2017, p. 143):

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

Segundo Venosa (2010, p. 45), o nexo de causalidade “é o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano”. Ainda, segundo os seus ensinamentos, deixa vigente que “a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal”.

Para que o nexo de causalidade reste caracterizado é necessário que se identifique o causador do dano, demonstrando que sua conduta tem relação com os efeitos danosos resultantes (LISBOA, 2006, p. 256). O dano não precisa resultar, apenas, imediatamente do fato que o produziu, basta que se constate que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido (DINIZ, 2008, p. 108).

Evidente que somente se poderá responsabilizar alguém cujo comportamento houvesse dado causa ao prejuízo. Entretanto, com certa frequência, os tribunais adotam posicionamentos confusos em torno do assunto, acarretando prejuízo à segurança jurídica. Isso porque existem causas que podem excluir o nexo de causalidade.

Passaremos, então, a abordar as três principais teorias que tentam explicar o nexo de causalidade.

3.4.4.1 Teoria da equivalência das condições

As teorias que tratam do nexo de causalidade têm como objetivo destacar, dentre todos os fatores sem os quais um determinado dano não teria ocorrido, quais devem ser selecionados como dele determinantes, estabelecendo qual ação deve ser considerada causa de um resultado específico (NORONHA, 2003, p. 733-752).

Pela teoria da equivalência das condições, toda a qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada como causa (GONÇALVES, 2017, p. 361).

Venosa, por sua vez, expõe que “para precisar se uma determinada ‘causa’ concorreu para o evento, suprime-se esse fato mentalmente e imagina-se se teria ocorrido da mesma forma. Se assim for, não será causa” (VENOSA, 2010, p. 109).

Esta teoria, no entanto, sofreu inúmeras críticas em razão do seu extremismo (GONÇALVES, 2017, p. 361).

Quer-se dizer que esta teoria é de espectro amplo e considera causa todo o antecedente que haja participado da cadeia de fatos que ocasionaram o dano.

É esta a teoria utilizada pelo Código Penal brasileiro, conforme interpretação dada pela doutrina ao seu artigo 13. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 145).

Nas palavras de Gustavo Tepedino, “a inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes. [...] A fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade” (TEPEDINO, 2001, p. 3-19).

Em razão desses inconvenientes e imprecisões, os civilistas não adotaram esta teoria.

3.4.4.2 Teoria da causalidade adequada

Em contraponto à teoria da equivalência das condições, surgiu no final do século XIX a teoria da causalidade adequada que foi desenvolvida a partir das ideias do filósofo alemão Von Kries.

Nas palavras de Gonçalves (2017, p. 362), a teoria da causalidade adequada:

Somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se a relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada.

Nessa esteira de pensamento, a teoria da causalidade adequada faz exame da adequação da causa em função da possibilidade/probabilidade de produzir-se determinado resultado, à luz da experiência comum (SAMPAIO DA CRUZ, 2005, p. 64).

Destacando o ponto de vista dos defensores da teoria, apontam Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 146):

Para os adeptos desta teoria, não poderia considerar causa “toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado”, conforme sustentado pela teoria da equivalência, mas sim, segundo um juízo de probabilidade, apenas o *antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso*.

O pressuposto fundamental da presente teoria reside na aceitação da premissa de que o julgador é capaz de valorar, elegendo, dentre todos os antecedentes ocorridos no caso, aquele que, segundo a ordem natural das coisas, “está em condições necessárias de ter produzido o resultado” (PEREIRA, 1994, p. 79).

Pode-se dizer, então, que os eventos ocorridos em momento distante no passo podem ser considerados causa adequada à produção do dano. Isso ocorrerá desde que, por meio do juízo de probabilidade que o julgador realiza, observado o curso natural dos acontecimentos, haja proximidade lógica, adequação de causa e efeito.

Justamente por levar em conta a maior probabilidade de se produzir o dano, a teoria sofre críticas. Paulo Nader expõe que “a imputação de responsabilidade deve fazer-se diante de uma certeza e não de uma probabilidade” (2016, p. 111).

Em que pese as críticas, Cavalieri Filho (2014, p. 66) cita a teoria em questão como predominante no ordenamento jurídico brasileiro, partilhando o posicionamento de Martinho Garcez Neto.

Conforme demonstrado até este momento, as teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada apresentam dois extremos. Passaremos agora a caracterizar a teoria dos danos diretos e imediatos, a qual é, grosso modo, um meio-termo entre as duas teorias supracitadas.

3.4.4.3 Teoria do dano direto e imediato

A teoria do dano direto e imediato foi desenvolvida no Brasil por Agostinho Alvim (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 148) e tem como ideia

fundamental que o advento de uma causa superveniente tem o condão de romper o nexo causal entre a primeira das causas e o evento danoso.

Conforme exposto, a teoria da equivalência das causas e a teoria da causalidade adequada apresentam dois extremos, visto que a primeira é demasiado ampla e a segunda, restritiva. Gonçalves (2017, p. 362) expõe que a teoria da causa direta ou imediata é, fazendo uma breve comparação com as outras duas teorias “uma espécie de meio-termo, mais razoável”.

O autor caracteriza a teoria afirmando que:

Requer ela haja, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. É indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, não por existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução (2017, p. 362).

Para Cavalieri Filho (2014, p. 67), esta teoria considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva.

Agostinho Alvim ressalta que a expressão “direto e imediato” significa um nexo causal necessário (ALVIM, 1955, p. 384).

Nas palavras do supracitado autor (1955, p. 380-381):

Para explicar a teoria do dano direto e imediato nós aceitamos a teoria ou subteoria da necessidade da causa, que procuraremos explicar, formular e defender, de acordo com as considerações que se seguem. Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Ela é causa necessária desse dano, porque a ela ele se filia necessariamente; é causa exclusiva, porque opera por si, dispensando outras causas. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.

A causa direta e imediata não necessariamente é a mais próxima do dano, mas aquela que necessariamente o ensejou. Não é o tempo propriamente que revela a responsabilidade pela causação do dano, mas a proximidade lógica (SAMPAIO DA CRUZ, 2005, p. 104).

Os danos indiretos ou remotos não são, em regra, indenizáveis, porque quase sempre deixam de ser efeito necessário, em decorrência do aparecimento

de outras concausas supervenientes. Quando elas não ocorrerem, porém, eles deverão ser indenizados (ALVIM, 1955, p. 395-396).

Concluindo, podemos dizer que a ideia central da presente teoria é a de que o aparecimento de outra concausa é o que rompe o nexo de causalidade, e não a distância temporal entre a conduta do agente e o dano.

Analisados todos os principais aspectos acerca da responsabilidade civil, adentraremos ao tema central desta pesquisa, com algumas considerações iniciais sobre a teoria da perda de uma chance.

4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: O DANO E A CHANCE PERDIDA

4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

É sabido que, conforme o passar dos tempos, em decorrência da alteração do quadro social, os tribunais passaram a reconhecer diferentes formas de dano (NADER, 2016, p. 3). Pelo fato de a responsabilidade decorrer de diversos aspectos da vida social, surgem diversas novas espécies de responsabilidade, que por vezes ultrapassam os limites da vida jurídica (GONÇALVES, 2017, p. 2).

Neste contexto de evolução do instituto da responsabilidade civil é que surgiu a teoria da perda de uma chance.

Foi com a intenção de garantir a reparação deste tipo de dano que a perda de uma chance surgiu no ordenamento jurídico, cujo maior interesse é a satisfação integral da vítima” (JUNIOR, 2014, p. 186-187).

Indica Sérgio Savi:

Inúmeras são as situações na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ofensivo de uma pessoa, alguém se vê privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo. Os exemplos são vários e muito frequentes no dia-a-dia. Dentre os exemplos mais conhecidos pode-se citar o clássico do advogado que perde o prazo para interpor o recurso de apelação contra a sentença contrária aos interesses de seu constituinte. Ninguém poderia afirmar, com absoluta certeza, que, acaso interposto, o recurso seria provido. Contudo, diante do caso concreto, é possível, sem sombra de dúvidas, analisar quais eram as reais chances de provimento do recurso, se a hipótese era de mera possibilidade ou de efetiva e séria probabilidade de reforma do julgado (2009, p. 1).

Muito ainda se discute acerca da aplicação desta teoria, mormente em razão do temor que existe perante os juristas em praticar o ressarcimento com base em danos muitas vezes abstratos (JUNIOR, 2014, p. 187).

Ao abordarmos um possível conceito, podemos dizer que a teoria da perda de uma chance é aquela que “reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo (JUNIOR, 2014, p. 191).

Cabe enfatizar que, nas palavras de Cavalieri Filho “a reparação deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem” (2014, p. 99). Ainda, “o ponto nevrálgico para a diferenciação da perda de uma chance é a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, a existência do dano final” (SILVA, 2013, p. 116).

Leciona Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 13-14) que a chance:

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

Nos tribunais brasileiros, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu pela primeira vez a procedência de reparação por perda de uma chance no REsp. 788459/BA, cujo Relator foi o Ministro Fernando Gonçalves, no caso que envolveu um programa de televisão de perguntas e respostas, cuja última pergunta não apresentava solução correta, gerando, assim, a perda da oportunidade da participante de obter o prêmio final, que era de 1 milhão de reais em ouro.

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

Portanto, a responsabilidade pela perda de uma chance se aplica apenas na perda de uma oportunidade concreta de se obter uma vantagem, ou evitar um prejuízo, o que claramente caracteriza dano.

Frisa-se que ainda restam problemas quanto à definição do dano que decorre da perda de uma chance, referentes ao que merece reparo e de que forma deve acontecer, além da definição do valor da indenização. Tais pontos serão objeto de estudo dos capítulos seguintes.

4.2 PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO PATRIMONIAL E EMERGENTE

A perda de uma chance está inserida em uma situação na qual se mede o comportamento que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não os ganhos, se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impediria de ter a oportunidade de participar na definição dessa probabilidade. A chance consiste, portanto, na própria probabilidade destruída.

Tanto na doutrina como na jurisprudência, encontramos posições de que da perda de uma chance decorre tanto danos extrapatrimoniais como patrimoniais, além de várias classificações para a perda de uma chance no sentido de a inserir nas formas de danos já existentes, quanto pela criação de novas espécies de danos patrimoniais, que, para alguns, estariam inseridas entre os danos emergentes e os lucros cessantes, ou até mesmo, para outros, entre os lucros cessantes os danos hipotéticos (não indenizáveis).

Além destas, também encontramos a definição de perda de uma chance como uma nova espécie de dano indenizável, seguindo esta visão a tendência de expansão dos danos ressarcíveis pela criação de novas espécies além das já existentes.

Buscando construir a ideia de que a perda de uma chance constitui um dano emergente e patrimonial, tomaremos como ponto de partida a afirmação de Júlio Vieira Gomes, que dispõe “este ponto merece uma consideração mais atenta, já que é tudo menos óbvio que a perda de uma chance deve ser considerada uma modalidade de dano emergente” (GOMES, 2005, p. 89).

Assim, seguiremos para a construção desta ideia de que a perda de uma chance é tida como um dano emergente, apresentando, ainda as consequências da classificação.

4.2.1 A chance perdida e os danos extrapatrimoniais

Apesar de alguns doutrinadores apresentarem a perda de uma chance como uma espécie de dano extrapatrimonial, defendo que a perda de uma chance não pode ser assim classificada. Isso porque nesta espécie de dano o que deve ser reparado está relacionado aos sentimentos negativos vivenciados pela parte em face da conduta lesiva de outrem, como a dor, a vergonha, dentre outros.

Os danos extrapatrimoniais estão relacionados à violação dos direitos da personalidade quando esta reflete na própria parte, e não em seu patrimônio. Deve ser levado em conta que o motivo para a classificação do dano experimentado pela vítima como extrapatrimonial está relacionado à forma como este reflete na vítima, já que este dano pode ser reparado de forma patrimonial e extrapatrimonial.

Outro diferencial é que na perda de uma chance o que figura como objeto que sofre a violação é a própria chance perdida pela parte, que consiste na probabilidade séria e real de obter um benefício futuro ou de ter evitado um prejuízo que não está inserido no rol de direitos da personalidade protegidos, mas sim faz parte do patrimônio da vítima. Em face de seu conteúdo patrimonial, decorre a sua classificação como dano patrimonial e não como extrapatrimonial.

Sérgio Savi (2009, p. 57) destaca que em certos casos, além de causar um dano material, a perda de uma chance poderá, também, ser considerada um agregador de dano moral, o que não poderia acontecer e esse dano ser considerado como exclusivamente moral, já que “a frustração de uma oportunidade séria e real de incremento no patrimônio pode causar danos de natureza patrimonial, que se enquadram na subespécie de dano emergente”.

Ressalta, ainda, que existem casos em que o julgador não poderá indenizar o dano material decorrente da perda de uma chance por não estar diante de chance séria e real, mas que, por outro lado, esta pode ser considerada como apta a gerar dano moral (SAVI, 2009, p. 57).

É evidente que de uma mesma conduta podem decorrer outras formas de danos patrimoniais juntamente com a decorrente da perda de uma chance e a reparação de uma destas não exclui a outra, pois os danos devem ser integralmente reparados pelo responsável.

Quando resta comprovada a perda de uma chance, e que a chance apresenta os requisitos da certeza e realidade, a reparação deve levar em conta

o conteúdo desta probabilidade destruída, e que fazia parte do patrimônio jurídico de quem sofreu a lesão, e não os fatores que são levados em conta na reparação a título de danos extrapatrimoniais e que busca a compensação pelo dano e não a indenização deste.

4.2.2 A chance perdida e os lucros cessantes

Pelo fato de que quando a responsabilidade civil é pela perda de uma chance o dano sofrido está relacionado à destruição da chance em si, restou claro a sua classificação como dano patrimonial.

Contudo, seguindo para a classificação dos danos emergentes e lucros cessantes, a posição que adoto neste trabalho é de que a perda de uma chance deve ser vista como dano emergente. Passarei a explicar os motivos deste entendimento.

Paulo Lemos (2008, p. 41-84) afirma que a perda de uma chance decorre da violação de um mero interesse de fato, enquanto que os lucros cessantes decorrem da violação de um direito subjetivo. No caso da perda de uma chance, o resultado almejado só não é obtido em virtude de uma ação ou omissão do agente, ou seja, se não fosse o ofensor, a vítima teria a chance séria e real de conseguir o resultado esperado, e não o próprio resultado.

Ora, a perda de uma chance consiste em um dano atual, composta pelo que efetivamente perdeu, que é a probabilidade que é o conteúdo da chance, enquanto isso, os lucros cessantes são danos futuros, pois retratam a projeção dos ganhos futuros marcados pelo que razoavelmente deixou de ganhar.

Assim, a principal diferença entre a perda de uma chance e os lucros cessantes é que no último existe uma certeza quanto ao que a vítima iria auferir, enquanto na perda de uma chance não se sabe efetivamente se a vítima iria adquirir o benefício. Ademais, nos lucros cessantes deve haver a comprovação da relação existente entre a conduta e a perda de um benefício futuro (nexo de causalidade), algo que não é possível no caso da perda de uma chance e que se fosse exigível tornaria impossível à reparação dessa espécie de dano.

4.2.3 O enquadramento da chance perdida como dano emergente

Após apresentar os motivos para que a perda de uma chance não possa ser vista como dano extrapatrimonial e, já em seu caráter patrimonial, como lucros cessantes, chegamos ao momento de destacar esta espécie de dano como inserido na espécie dano emergente.

Isso porque, conforme já exposto acima, os lucros cessantes têm como característica um interesse futuro, pois dizem respeito a um bem que ainda não pertence à pessoa no momento da ocorrência do prejuízo (DE CUPIS, 1970, p. 321). O dano emergente, por sua vez, tem como característica majoritária o caráter de atualidade.

Assim, se o dano é relativo a um bem que o ofendido já possui no instante em que o dano é ocasionado, existirá um dano emergente. Mas quando se refere a um dano futuro, relacionado a um ganho que o ofendido virá a ter, tratar-se-á de lucro cessante (DE CUPIS, 1970, p. 312-313).

Sérgio Savi (2009, p. 53-57) entende que a chance é uma subespécie de dano material emergente e não de lucros cessantes, destacando que “a frustração de uma oportunidade séria e real de incremento no patrimônio pode causar danos de natureza patrimonial, que se enquadra como uma espécie de dano emergente”.

O doutrinador Gonçalves conceitua dano emergente como sendo:

o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. (GONÇALVES, 2017, p. 373).

Já Gagliano e Pamplona Filho são mais objetivos no conceito descrevendo que o dano emergente é “correspondente ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, ‘o que ela perdeu’” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 95).

A chance, como dano material, corresponde à verba que, provavelmente, já integrava o patrimônio do autor, quando da ocorrência da conduta, por isso será considerada como dano emergente, tendo em vista que a probabilidade estava presente ao patrimônio do ofendido quando da interrupção do desencadeamento de eventos (SAVI, 2009, p. 53-71). Com isso, presente o caráter da atualidade.

Apesar de inexistir unanimidade sobre a matéria, a melhor posição é entender a chance perdida como dano emergente, porque quando da conduta a probabilidade já existe e, assim, se trata de verba com caráter de atualidade.

4.3 A CHANCE PERDIDA

Após restar claro que a perda de uma chance consiste em um dano patrimonial e emergente e, por isso, merece reparação por meio do instituto da responsabilidade civil, o próximo passo é a definição do que vem a ser esta chance.

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

Portanto, passaremos a abordar o instituto da chance nos itens que se seguem.

4.3.1 Definição de chance

4.3.1.1 Requisitos

Conforme já restou demonstrado ao longo desta pesquisa, na responsabilidade civil por perda de uma chance o que é indenizável é justamente a chance de não alcançar determinado resultado ou de auferir certos benefícios. Chance esta que foi perdida pela vítima em razão de ato culposo do lesante e que deve ser séria e real (MARTINS-COSTA, 2003, p. 361).

A perda da chance deve ser certa, ou seja, o dano meramente hipotético deve ser afastado de indenização. Se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido, que é a perda da probabilidade séria e real, configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar (MARTINS-COSTA, 2003, p. 361).

A seriedade e realidade da chance são requisitos exigidos para restar claro que não pode ser reparada, a título de uma chance destruída, uma simples esperança subjetiva (MARTINS-COSTA, 2003, p. 361). Exigência que pode ser observada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do REsp 965.758/RS, cuja relatora Ministra Nancy Andrighi ressalta em seu voto:

Ocorre que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dados, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda de uma chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 965.758/RS. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=965758&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 20 set. 2018).

Diante do exposto acima, o primeiro ponto que deve ser observado no conceito de chance é que deve existir uma situação real, na qual havia probabilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo. Ou seja, é uma situação na qual necessariamente existia uma chance que foi frustrada, estando esta chance refletida em uma probabilidade que leva em conta os fatores internos e externos.

Além de real, a chance também deve ser séria, consistindo em um grau de probabilidade elevado analisado caso a caso e não em meras possibilidades, impedindo que um dano hipotético seja objeto de reparação a título de perda de uma chance. Portanto, para que exista chance, cuja perda seja passível de reparação, o seu conteúdo deve ser composto de uma probabilidade considerável.

Destaca-se a posição de Sérgio Savi (2009, p. 67), para o qual a chance, para que seja considerada séria e real, e assim indenizável, deve ser composta por uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obter o resultado esperado, afirmando que

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

Rafael Pettefi da Silva afirma que os requisitos da seriedade e realidade são os mais utilizados pelos tribunais para separar os danos que são realmente decorrentes da perda de uma chance, e, portanto, indenizáveis, dos puramente eventuais e dos hipotéticos, cuja possibilidade de reparação deve restar rechaçada (SILVA, 2013, p. 108).

Após destacados os seus requisitos, passamos à sua conceituação.

4.3.1.2 Conceito

Ao analisar o conceito de perda de uma chance por parte da doutrina, verifica-se que os termos utilizados nos conceitos são semelhantes.

Maurizio Bocchiola explica que o termo chance, em seu significado literal é traduzido como fortuna, sorte e, em geral, como possibilidade e probabilidade. Em seu significado mais antigo era absolutamente neutro, indicado o modo favorável segundo o qual se verifica um evento, e por meio de um processo de

extensão passou a assumir o valor de resultado ou sorte favorável (BOCCHIOLA, 1976, p. 60).

Segundo o doutrinador Savi (2009, p. 3), “o termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda”. Contudo, para o autor, a melhor interpretação do termo chance seria oportunidade.

Já para o doutrinador Cavalieri Filho (2014, p. 75), perda de uma chance caracteriza-se quando:

Em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante.

A chance é relativa a algo que tem a probabilidade de ocorrer, pois nesta interferem tanto as faculdades de atuação do sujeito como outros fatores, sejam estes passados ou futuros, necessários ou contingentes. No caso da perda de uma chance, a sua concretização resta frustrada em virtude de fato danoso, restando uma consequência atual e certa, onde se considera o dano ainda que possa resultar dificultoso estimar o seu alcance (GONDIM, 2005, p. 107).

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

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

Feita a conceituação da chance, importante que se diferenciem os institutos da chance e do risco para que não haja confusão no momento de sua aplicação.

4.3.1.3 Diferenças entre chance e risco

Não resta dúvida de que a teoria da perda de uma chance se relaciona com um problema de certeza. Peteffi (SILVA, 2013, p. 111) leciona que, “a impossibilidade de se provar que a perda da vantagem esperada (dano final) é a consequência certa e direta da conduta do réu faz com que o operador do direito passe a lançar mão de estimativas e probabilidades”.

Sendo que essas estimativas podem ser calculadas com certo grau de certeza, a doutrina descreve que a ciência jurídica vem acolhendo a teoria da perda de uma chance, ora como espécie típica de dano ora como utilização pouco ortodoxa do nexos de causalidade.

O doutrinador Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 112) esclarece que:

O ponto nevrálgico para a diferenciação da perda de uma chance da simples criação de um risco é a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, a existência do dano final. De fato, em todos os casos de perda de uma chance, a vítima encontra-se em um processo aleatório que, ao final, pode gerar uma vantagem. Entretanto, no momento em que as demandas envolvendo a perda de uma chance são apreciadas, o processo chegou ao seu final, reservando um resultado negativo para a vítima.

Conclui-se, portanto, que a diferença entre a teoria da criação de risco e a teoria da perda de uma chance é que na segunda, ocorre a perda definitiva da vantagem esperada, ou seja, a existência de dano final, enquanto na primeira a vítima encontra-se na mesma condição da teoria da perda de uma chance, mas devido a uma conduta do réu, aumenta o risco de uma situação negativa.

4.3.1.4 Modalidades de Perda de uma Chance

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

Fernando Noronha sistematiza a perda de uma chance em três modalidades, que são formadas por duas grandes espécies: a de obter uma vantagem futura e a de evitar um dano que aconteceu, sendo que esta última se divide em apenas evitar um dano e a decorrente da falta de informação (NORONHA, 2003, p. 32).

Quanto à perda de uma chance de obter uma vantagem futura, também denominada de perda de uma chance clássica, que tem como exemplo os casos que envolvem a responsabilidade civil do advogado, destaca o autor que:

Nesta modalidade de perda de chance houve, em razão de um determinado fato antijurídico, interrupção de um processo que estava em curso e que poderia conduzir a um evento vantajoso; perdeu-se a oportunidade de obter uma vantagem futura, que podia consistir tanto em realizar um benefício em expectativa, como em evitar um prejuízo futuro. Com a interrupção, nunca mais se poderá saber se a vantagem tida em vista viria ou não a concretizar-se; por outras palavras, embora o lesado afirme que a interrupção lhe causou um dano futuro, nunca se poderá saber se o processo conduziria necessariamente a ele, porque se trata de ocorrência que era aleatória, em medida maior ou menor (NORONHA, 2003, p. 33).

No tocante à perda da chance de evitar um prejuízo que aconteceu, afirma Fernando Noronha que neste caso o dano surge porque o processo em curso, sendo este danoso, não foi interrompido, quando poderia ter sido e, se tivesse sido interrompido, haveria a possibilidade de o dano não se verificar, mas sem poder saber se realmente isto teria acontecido (NORONHA, 2003, p. 33).

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

Quanto a esta modalidade, destaca Noronha (2003, p. 34):

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

Na verdade, quando o ato que acabou se revelando danoso fosse absolutamente inevitável, seria inútil a prestação de informação e, portanto, nunca poderia haver responsabilidade.

Desta forma, existem três modalidades de perda de uma chance, que não se limita a referente à destruição da probabilidade de obter um benefício, incluindo a de evitar um dano experimentado e a decorrente da falta de informação da qual pode resultar um prejuízo como impedir um benefício.

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

Ao longo da nossa pesquisa buscamos elucidar as principais dúvidas que estão relacionadas à teoria da perda de uma chance, a começar por estabelecer os contornos do instituto da responsabilidade civil, apresentando as mudanças sofridas em seu paradigma até a aceitação desta teoria. Seguimos para destacar os motivos para que esta espécie de dano seja classificada como patrimonial e emergente, diferenciando-a dos danos extrapatrimoniais e dos lucros cessantes.

No entanto, a principal dificuldade quanto à aceitação e, em especial, à correta aplicação, no âmbito da responsabilidade civil, da teoria por perda de uma chance, está relacionada à fixação do quantum indenizatório. Isto decorre não só da inexistência de algum entendimento consagrado pela jurisprudência, mas também pelo não estabelecimento pela doutrina de critérios seguros a serem seguidos pelo Judiciário neste momento da decisão.

Por tal motivo, o questionamento central deste trabalho está relacionado aos critérios para a fixação do quantum indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance.

O ponto de partida na busca da resposta do questionamento de que resultou a presente pesquisa será a definição dos princípios que regem a quantificação dos danos de uma forma geral, dando um maior destaque ao princípio da reparação integral dos danos, apresentando os seus contornos, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa como uma das suas facetas, além da sua incidência na responsabilidade civil contratual e extracontratual, como também dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Além disso, seguiremos para a análise dos seus limites, em especial o grau de culpa existente na conduta e a situação do ofendido e ofensor, e como o critério da equidade que deve ser utilizado nesses casos.

Por fim, buscaremos elencar os critérios que devem ser seguidos no momento da quantificação da reparação quando restem configurados todos os requisitos exigidos para a imposição da responsabilidade civil pela perda de uma chance, para que o julgador, diante do caso concreto, tenha em mãos os

elementos necessários para que estabeleça o valor da reparação, buscando que esta ocorra de forma plena, ou o mais próximo disso.

Diante das dificuldades que são enfrentadas no momento da definição do grau de probabilidade, que faz parte do conteúdo da chance que foi perdida e que consiste no que deve ser reparado nessa espécie de responsabilidade civil, em muitos casos se demonstra impossível a sua reparação plena. Contudo, nestes casos, deve ser visto como mais lógico, jurídico e equitativo que a reparação se proceda dentro do possível, ainda que imperfeita, do que não ocorra nenhuma reparação em face das dificuldades enfrentadas.

5.1 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS

Após o advento da Constituição Federal de 1988 o sistema jurídico se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, os quais desempenham papel referente à segurança jurídica e dão margem à realização da justiça no caso concreto.

Neste contexto, o instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro não é regido apenas pelas regras previstas expressamente nas legislações privadas, mas também por princípios que emanam tanto da Constituição Federal de 1988 como das próprias leis cíveis. Sendo o estudo dos princípios de grande valia para a correta aplicação do mencionado instituto.

Dentre os princípios que regem a responsabilidade civil, o que é apresentado como o que detém maior importância no momento da quantificação da indenização dos danos é também o da reparação integral dos danos, que foi expressamente consagrado no Código Civil de 2002, além de encontrar guarida na Constituição Federal de 1988.

Na Constituição Federal o princípio da reparação integral dos danos vem previsto no artigo 4º, inciso V, ao assegurar o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, sendo extraído do termo proporcional ao agravo. Quanto a este dispositivo legal, destaca Clayton Reis (2002, p. 144):

Não resta dúvida de que a intenção desejada pelo legislador consistiu na circunstância de que todo e qualquer dano (patrimonial e não patrimonial) seja medido na sua extensão, para o fim de atribuir ao lesado, a título de indenização, o valor equivalente do prejuízo havido. Para configurar a precisão dessa ideia, a Constituição Federal de 1988 igualmente inseriu no seu texto a tutela dos danos extrapatrimoniais, ao assegurar "... o direito a indenização, pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, inciso X, da CF/88). De qualquer forma, o que se pretende institucionalizar é a ideia de que todo e qualquer dano deverá ser objeto de indenização integral.

No Código Civil de 2002 está expresso no conteúdo do artigo 944 quando este adota o critério da extensão do dano causado para a fixação da indenização. Ademais, no artigo 402 que determina que as perdas e danos compreendem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar, também resta positivado pelo legislador, ainda que implicitamente, o princípio da reparação integral dos danos (SAVI, 2009, p. 97).

Deste princípio podemos extrair duas diretrizes: a de que todos os danos devem ser *prima facie* ressarcidos (os interesses acessórios à obrigação principal de ressarcir o dano também devem ser incluídos no ressarcimento) e a de que o valor do ressarcimento não deve ser nem superior e nem inferior ao dano (VARIZAT, disponível em <www.taringa.net>).

Em sua função compensatória, assegura a reparação da totalidade dos prejuízos sofridos pela vítima. Já, na função indenizatória, o objetivo é evitar o enriquecimento sem causa da vítima através do valor que foi arbitrado, pois a responsabilidade civil não pode ser pretexto para obter vantagem indevida (SANSEVERINO, 2010, p. 58-63).

Com isso, para que uma decisão esteja de acordo com o princípio tem que atender aos dois limites mencionados, não podendo o valor definido a título de indenização ou compensação ser inferior aos danos sofridos pela vítima, também não podendo ser superior a este, para que não se converta em instrumento de enriquecimento sem causa da vítima (NEVES, 2006, p. 106).

Portanto, do princípio da reparação integral dos danos resulta que todos os danos sofridos pela vítima devem ser reparados, o que compreende que deve ser reparado todo o dano sofrido, sendo este o que determina o valor da reparação, como também a possibilidade de cumulação de reparação por dano patrimonial como dano extrapatrimonial.

5.1.1 Vedação ao Enriquecimento sem Causa

Faz parte do conteúdo do princípio da reparação integral dos danos a vedação do enriquecimento sem causa, o qual figura não só como um princípio que rege a reparação dos danos, mas também como uma fonte de obrigação, inserida entre os atos unilaterais, sendo que desta decorre um dever de restituir o indevidamente auferido imputado àquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, como é observado no artigo 884 do Código Civil de 2002 (NEVES, 2006, p. 106).

Como princípio, a vedação ao enriquecimento sem causa figura como um critério de justiça e equidade, sendo um princípio informador do direito que não se lesa a lei e não substitui uma regra específica “consubstanciando-se num importante meio para viabilizar os ditames da liberdade, justiça e solidariedade” (NANNI, 2004, p. 193).

A sua atuação no âmbito da responsabilidade civil se situa no contexto da indenização ou compensação pecuniária, quer seja quanto ao dano extrapatrimonial ou patrimonial, uma vez que no momento em que o valor da reparação for fixado deve ser observada a regra que proíbe o enriquecimento sem causa, evitando que a quantia definida consubstancie-se em fonte de locupletamento do lesado (NANNI, 2004, p. 193).

No campo dos danos patrimoniais, esta atua definindo que a indenização deve ser proporcional ao dano causado pelo ofensor, “recompondo o patrimônio do ofendido à situação em que se encontrava anteriormente, acrescido de eventuais lucros frustrados, ou seja, o que razoavelmente deixou de lucrar em decorrência do ato contrário ao direito”. Destacando que “assim, se há o retorno ao estado anterior, não há que se falar em enriquecimento injusto, salvo se o lesado pretender receber verbas adicionais desprovidas de justa causa, quando, nessa hipótese, pode o princípio entrar em cena” (NANNI, 2004, p. 193).

A limitação do valor da reparação pecuniária dos danos ao valor total destes figura não só como uma das facetas do princípio da reparação integral dos danos, mas também faz parte do princípio da vedação do enriquecimento

sem causa. Sendo assim, no momento da definição do quantum indenizatório, este princípio caminha lado a lado com o primeiro.

5.1.2 Reparação Integral dos Danos como Fundamento da Aceitação da Teoria da Perda de uma Chance

O princípio da reparação integral dos danos é visto pela doutrina como um dos motivos para a admissão da indenização da perda de uma chance pelo direito brasileiro. Esta posição é adotada por Sérgio Savi, que, juntamente com este princípio, também inclui dentre estes motivadores para esta aceitação a cláusula geral de responsabilidade civil e a evolução deste instituto para a reparação do dano injusto (SAVI, 2009, p. 109).

Para o autor, o Código Civil de 2002 estabelece uma cláusula geral de responsabilidade civil, que seria o artigo 186, na qual prevê a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, o que inclui o da perda de uma chance, desde que preencham os demais requisitos exigidos para o surgimento do dever de indenizar. Desta forma, uma interpretação sistemática das regras que tratam da responsabilidade civil leva a acreditar que as chances perdidas, quando sérias, devem ser indenizadas quando provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance (SAVI, 2009, p. 109).

O terceiro motivo para a aceitação da perda de uma chance apresentado por Sérgio Savi é a evolução da responsabilidade civil, pois esta fez com que a atenção do julgador, que antes era o ato ilícito, mudasse radicalmente para a proteção da vítima contra os danos considerados injustos pelo ordenamento jurídico. Por ser a perda de uma chance um dano injusto não teria como negar a indenização diante dela (SAVI, 2009, p. 109).

Diante do exposto, o princípio da reparação integral dos danos também é apontado como um dos fundamentos da reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance, uma vez que determina que todos os danos sofridos pela parte autora devem ser reparados em sua totalidade, em que está inserido o dano decorrente da destruição de uma chance.

5.2 QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

Embora figure o princípio da reparação integral dos danos como o principal princípio que norteia a reparação dos danos na responsabilidade civil, existem outros que influenciam no momento de estabelecer o valor da indenização ou compensação, como o da solidariedade, razoabilidade, equidade e, especialmente, o da dignidade da pessoa humana.

Embora os princípios apresentados, em sua maioria, apresentem uma tendência de seguir para um mesmo caminho, que é a busca por uma reparação integral e plena da vítima, dentre estes podemos extrair um dos limites ao princípio da reparação integral dos danos, tendo em vista que, diante da colisão destes face ao caso concreto, haverá a preponderância de um deles, mesmo que não excluindo o outro. Sendo este o do ajuste da indenização ao valor suportável pelo responsável.

Além desta, existe uma outra limitação à aplicação do princípio da reparação integral dos danos, sendo esta decorrente de uma culpa de uma parte desproporcional ao dano gerado à outra.

Portanto, abordaremos a seguir a limitação prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002, sendo a possibilidade de reduzir o valor da indenização, de forma equitativa, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano sofrido.

Após, seguiremos para a análise de outras situações em que os requisitos da responsabilidade civil influenciam na quantificação da reparação, sendo a culpa concorrente e a culpa exclusiva da vítima, esta última como causa excludente da responsabilidade civil.

Finalizaremos a análise ao abordar a situação do responsável pelo dano como fator que pode influenciar na quantificação do valor da reparação.

5.2.1 Grau de Culpa

Ao apresentar o princípio da reparação integral dos danos, restou claro que faz parte do seu conteúdo o previsto no *caput* do artigo 944 do Código Civil, que estabelece que a indenização é medida pela extensão do dano. Deste é extraído que o valor da reparação deve estar atrelado aos danos sofridos pela parte, o que deve ser seguido no momento da sua quantificação, figurando o valor do dano não apenas como o valor máximo da reparação, mas, também, como o mínimo.

Contudo, esta dimensão do princípio da reparação integral dos danos, de que o valor definido como o da reparação não pode ser inferior ao dano sofrido pela vítima, encontra limitação no mesmo dispositivo legal, em seu parágrafo único, ao estabelecer que o valor da indenização pode ser reduzido no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Este dispositivo adota a teoria da gradação da culpa para incidir na quantia indenizatória.

A doutrina se divide entre os quais se manifestam favoráveis e contrários a esta influência do grau da culpa no momento da quantificação da reparação, com base nos mais diversos argumentos, até mesmo da inconstitucionalidade do previsto no parágrafo único.

Dentre os que se posicionam de forma contrária, podemos destacar Rui Stoco, que vê este dispositivo, a título de exceção, como equívoco e nocivo. O doutrinador entende que colocar a gradação da culpa como princípio contradiz o princípio expressamente enunciado no *caput* e que ao dispor que se reparar o dano é restituir as coisas ao estado anterior, a redução do valor, tendo em vista o grau da culpa, não indeniza integralmente e não cumpre aquele princípio, dando ao julgador indesejado poder discricionário e um perigoso critério subjetivo de avaliação. O mais adequado, para o autor, seria que o legislador, em vez de condicionar a redução equitativa da indenização à gravidade da culpa, condicionamento esse que conduz à injustiça e distorções, poderia ter estabelecido essa ligação com a condição econômica e financeira de quem dá e de quem recebe (STOCO, 2007, p. 247).

Já os argumentos favoráveis a tal dispositivo estão relacionados à justiça proporcionada pela observância do grau de culpa do causador do dano e a influência deste no momento da quantificação. Sendo, neste sentido, a posição adotada por Miguel Kfoury Neto (2005, p. 56), que destaca:

Essa graduação introduzida pelo novo CCB permitirá maior justiça ao se fixar a extensão da reparação – por meio da análise da gravidade da imperícia, negligência ou imprudência com que se houve o causador do dano. Conforme a maior ou menor previsibilidade do resultado, maior ou menor falta de cuidado objetivo, o agir culposo será enquadrado como levíssimo, leve ou grave. Aí, o juiz poderá proceder à justa individualização da culpa e, por conseguinte, determinar a extensão da reparação.

Para Milton Paulo de Carvalho Filho o objetivo deste dispositivo é tornar mais justa e equânime a indenização nos casos em que o causador do dano, num instante de inadvertência, deu motivo a que se consumasse um grande prejuízo, cujo ressarcimento poderá ocasionar a ruína total (CARVALHO FILHO, 2003, p. 47).

Contudo, deve restar claro que a possibilidade de ser observada a graduação da culpa no momento de estabelecer o valor da reparação não busca atender a intuits sancionatórios ou punitivos, dos quais decorreria o agravamento da responsabilidade do réu, sendo destinada a proteger o responsável civil de um ônus excessivo em certas situações, observando as circunstâncias do caso concreto (SCHREIBER, 2009, p. 43).

Importante frisar que existem limites para a utilização do critério previsto no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. O primeiro deles é que este dispositivo não pode ser utilizado para majorar o valor da reparação, já que expresso no sentido de que poderá ser reduzido o valor da indenização, vez que seu objetivo é conceder ao julgador a possibilidade de adequar o valor da indenização ou compensação quando o dano for excessivamente desproporcional à culpa apurada.

Neste sentido, destaca Anderson Schreiber (2009, p. 43):

A ninguém, com efeito, passa despercebido o fato de que o legislador não autorizou a elevação da indenização com base na culpa grave ou no dolo do agente, mas exclusivamente permitiu a redução equitativa da indenização quando a culpa for desproporcionalmente tênue frente ao dano provocado.

Portanto, diante destes casos, deve ser feita uma ponderação entre o princípio da reparação integral do dano, quer seja o dano patrimonial ou

extrapatrimonial, e o da influência da culpa quando houver uma desproporção entre a culpa e o dano, e nestes caberá ao julgador a incumbência de analisar e decidir de forma fundamentada pelo afastamento do princípio da reparação integral do dano e a adoção da gradação da culpa.

5.2.2 Culpa Exclusiva da Vítima e a Culpa Concorrente

No âmbito da responsabilidade civil existem algumas hipóteses em que, embora exista o dano, por algum fator não resta configurado o dever de reparar, dentre os quais destacamos a culpa exclusiva da vítima. Neste caso não resta configurada a responsabilidade civil por falta de um dos pressupostos, qual seja, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima. Na visão de Carlos Roberto Gonçalves, “pode-se afirmar que, no caso da culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de um mero instrumento do acidente, não há liame entre o seu ato e o prejuízo da vítima” (GONÇALVES, 2017, p. 475).

No entanto, há outros casos em que a culpa da vítima é apenas parcial ou concorrente com a do agente causador do dano. Desta forma, autor e vítima contribuem, ao mesmo tempo, para a produção de um mesmo fato danoso (GONÇALVES, 2017, p. 476). Restando configurado o nexo de causalidade, mas não quanto a todo o dano final, pois parte decorre de ato da própria vítima (PEREIRA, 2016, p. 375).

Quanto ao tema, afirma Miguel Kfoury Neto (2005, p. 58), “em presença de culpas provadas tanto da vítima quanto do requerido, a responsabilidade pelos danos será partilhada entre ambos”. Ressalta, ainda, que é relativamente raro que a culpa da vítima seja causa exclusiva do dano, desta forma a indenização poderá ser reduzida, mas não suprimida totalmente.

Desta forma, na concorrência da culpa ou participação da vítima no evento danoso, figura como um dos motivos para a redução do valor a ser pago pelo responsável a título de indenização, pois, nestas hipóteses, nos termos do artigo 945 do Código Civil, a culpa da vítima será levada em conta para exonerar o

causador do dano, já que do valor do dano a ser reparado será abatido o correspondente à participação da vítima para a sua ocorrência.

Nestes casos, por meio do exame do caso concreto, após definir se a culpa concorrente da vítima deve ou não influir na atribuição dos prejuízos, deve-se avaliar quantitativamente o grau de redutibilidade da reparação em face da concorrência de culpas (CARVALHO FILHO, 2003, p. 58).

Em tal tarefa deve ser levado em conta que, havendo a possibilidade de ter a vítima contribuído para o dano e a sua extensão, que não atingiria a proporção que chegou sem o concurso de sua atuação, o critério mais justo e equânime para a fixação da reparação é o que leva em conta a gravidade das faltas das partes envolvidas (CARVALHO FILHO, 2003, p. 58).

Na realidade, no caso da culpa concorrente o que está sendo observado é o nexo de causalidade, pois a reparação deve ser dos danos que têm uma relação com a conduta analisada, estando fora os danos causados pela conduta da própria vítima, não como consequência da análise do requisito da culpa, mas sim do liame necessário para que esteja presente o nexo de causalidade.

Desta maneira, no caso de concorrência de culpas, embora ocorra a redução do valor da reparação em razão da participação da própria vítima na produção do dano, esta reparação continua a ser de forma integral. Isso porque apenas os danos que decorrem da conduta do responsável é que devem ser reparados integralmente, e não os decorrentes da própria conduta da vítima, uma vez que neste caso não resta estabelecido o liame entre a conduta e o dano que consiste no nexo de causalidade, e que é exigido para que seja imputado o dever de reparar.

Conclui-se que a redução do valor da indenização, observando a participação da reparação integral do dano, em nenhum momento se demonstra um limitador do princípio da reparação integral, mas sim torna este concretizado de forma mais plena, já que este determina que não pode ser reparado além dos danos. Ademais, são questões atinentes ao nexo de causalidade, que figura como um dos requisitos da responsabilidade civil, e deve restar configurado para que seja imputado o dever de reparar, estando esta reparação limitada aos danos que decorrem da conduta.

5.2.3 Situação do Responsável e da Vítima

Com o advento da Constituição Federal de 1988 restou consagrada a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme se observa do artigo 1º, inciso III. No Direito Civil a proteção e observância deste princípio tornou-se primazia, tanto nas relações familiares e nas obrigações, como também passou a reger todo o campo da responsabilidade civil.

Para Récio Cappelari, a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil resulta que a reparação deverá versar sobre as características peculiares de cada autor e do lesado, em sua concreta realidade humana, como também quanto à especificação e fundamentação do pedido e da decisão judicial, pois os dois devem estar relacionados a uma pessoa in concreto e não a uma pessoa nos moldes de um abstrato sujeito de direito (CAPPELARI, 2011, p. 141-142).

Da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana surge como consequência direta a necessidade de observar a situação do responsável, pois este princípio desautoriza que, na busca de uma reparação integral dos danos sofridos pela vítima, em face de valor estabelecido a título de reparação seja produzida a ruína do causador do dano ou de qualquer outro responsável. Assim, não apenas a situação da vítima, como também a do responsável, passa a influenciar na responsabilidade civil, mas enquanto a primeira é na definição da extensão do dano, a segunda age diretamente no momento da quantificação.

O que deve restar claro é a importância da análise da situação econômica do responsável, já que a fixação do valor da reparação sem a observância deste princípio, quando o valor estabelecido supere em muito a capacidade econômica do responsável, resultaria em uma solução absurda e até mesmo antissocial, além da criação de novos problemas com esta solução do julgador.

Ademais, a fixação do valor da reparação de acordo com a realidade econômica do ofensor é uma medida que garante a eficácia no cumprimento da obrigação, tendo em vista que uma condenação acima da capacidade de pagamento deste leva fatalmente ao não pagamento do mesmo e à impossibilidade de buscar este adimplemento pelas vias existentes.

Contudo, a influência deste elemento da quantificação não pode ser de tal forma que leve ao extremo de se defender que as más condições deste o eximem do dever de reparar os danos (PEREIRA, 2016, p. 437). Como também este critério deve ser observado apenas na compensação dos danos extrapatrimoniais e não visto como um meio de reduzir o valor da indenização quando o dano a ser reparado é patrimonial. Assim, na tarefa de quantificar o valor da indenização da perda de uma chance, a situação do ofendido não figura como um dos critérios para estabelecer o valor da reparação.

5.3 QUANTUM INDENIZATÓRIO NA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Quando os magistrados se veem diante de uma ação que envolve o pedido de reparação pela perda de uma chance, as dificuldades não terminam no momento de analisar se os pressupostos da responsabilidade civil foram devidamente comprovados, pois não é uma tarefa fácil a de quantificar a indenização quando esta se demonstra cabível. O que decorre, em especial, pela dificuldade existente em determinar os limites da probabilidade perdida, e dar um valor para esta.

Diante do que foi defendido ao longo desta pesquisa, a perda de uma chance é um dano específico que não deve ser confundido com o dano final, e que não consiste numa fração deste, além de apresentar como características ser um dano patrimonial e emergente. Nesta espécie de dano o que deve ser objeto de indenização é a chance em si, sendo esta relativa a algo que certamente iria ocorrer, mas no qual interferem tanto as faculdades de atuação do sujeito como outros fatores, sejam estes passados ou futuros, necessários ou contingentes.

Neste momento do trabalho, no qual buscaremos responder ao principal questionamento formulado, o nosso ponto de partida é a definição de como deve ser realizado o cálculo do valor da chance, que consiste no que deve ser objeto de indenização nesta espécie de responsabilidade civil, para, no que segue, estabelecer os critérios que devem ser observados no momento de definir o valor

da indenização, e desta forma o dano seja reparado plenamente, observada a vedação ao enriquecimento sem causa da vítima.

5.3.1 Indenização da Chance

No caso da perda de uma chance o que se objetiva não é a indenização pelo dano efetivamente sofrido pela parte, já que outros fatores poderiam levar a sua ocorrência, sendo este cálculo realizado de acordo com o que foi efetivamente destruído pelo ofensor, que é a chance em si. De acordo com esta premissa, é com base na chance em si que deve ser iniciado o processo quantificador.

Quanto à chance, para que possa ser objeto de indenização, sendo considerada juridicamente relevante, não deve consistir em uma mera possibilidade de obter um resultado favorável, uma esperança, mas sim ser caracterizada por uma consistente probabilidade. Consiste, assim, na concreta possibilidade de obter uma vantagem econômica ou evitar uma perda, e não uma mera e abstrata possibilidade de fato.

Neste primeiro passo para a fixação da indenização, o magistrado deve levar em conta todos os fatores que influenciam na composição desta probabilidade e não apenas vê-la como fruto de uma construção meramente matemática, já que o dano, mesmo quando patrimonial, não pode ser visto apenas como um decréscimo matemático, como destaca Anderson Schreiber (2009, p. 98):

A associação entre o conceito jurídico de dano e o decréscimo matemático sofrido pela vítima não deixava, porém, de gerar inconsistência dentro do próprio âmbito do dano patrimonial: a histórica resistência, no Brasil, à indenização por “perda de uma chance”, por exemplo, é fenômeno que se explica, em boa medida, pela impossibilidade de atribuir à oportunidade perdida um valor econômico que pudesse ser tomado como diminuição econômica.

Nesta esteira, Antônio Jeová dos Santos (2003, p. 107) passa a elencar pontos a serem observados no momento da quantificação da chance perdida:

a) a situação da vítima, se a chance invocada como perdida tivesse se realizado. Deve-se tomar em conta, para isso, a existência de grau de álea; b) a chance em si mesma, valorada em função do interesse quebrantado, do grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível do prejuízo que provoque sua frustração; c) o montante indenizatório que houvesse correspondido no caso de haver-se concretizado a chance e obtido o benefício esperado. Os juízes devem considerar integralmente a álea que afeta a realização da chance perdida; é por isso que a indenização deverá ser, em princípio, menor que a que correspondia no caso de certeza total do dano. O que não significa que, por tratar-se de uma chance, a condenação seja irrisória que, para a vítima, constitua um valor simbólico.

A definição dos contornos da perda de uma chance e, com isso, do próprio valor da indenização, nos dizeres de Fernando Gaburri (2008, p. 84-85), leva em conta a relação existente entre a própria perda e o que decorreria do normal desenrolar dos fatos, sendo, com base nesta, realizada uma avaliação tanto das perspectivas favoráveis como contrárias à situação do lesado, “segundo o maior ou menor grau de probabilidade daquela situação converter-se em certeza, pois é do produto dessa proporção que se extrairá o quantum da indenização”.

Portanto, deve restar clara a necessidade de se estabelecer critérios que observem não apenas a chance perdida, mas também fatores outros que a rodeiam e influenciam diretamente na mensuração do montante reparatório. É nestes critérios que passamos a focar e, assim, responder o problema central deste trabalho.

5.3.2 Critérios para a sua Fixação

Chegado o momento, então, de estabelecer os critérios a serem observados pelo magistrado na difícil tarefa de quantificar a indenização.

Com base no que já foi apresentado pela doutrina, e o construído ao longo da pesquisa, em especial que a perda de uma chance deve ser vista como um dano patrimonial e emergente, não devendo a sua reparação ser apenas um meio para compensar pelos danos, mas sim de indenizá-lo, concluímos que os critérios que devem ser observados no momento da quantificação como um todo

são: a) a observância do princípio da reparação integral dos danos, definindo todos os danos que foram sofridos pela parte; b) estabelecer o valor da probabilidade perdida, que consiste no conteúdo da chance, incidindo esta probabilidade sobre todos os danos patrimoniais diretamente decorrentes da chance perdida; c) o grau de culpa como critério apenas quando presente a desproporção entre a lesão e a culpa quando leve; d) a existência de outras formas de reparação a serem compensadas.

O primeiro critério está relacionado ao princípio da reparação integral dos danos, que deve ser observado em todas as suas dimensões, tanto na que determina que todas as espécies de dano devem ser reparadas quanto na que a reparação deve ser do dano em toda a sua extensão. No caso da perda de uma chance, levando em conta que estamos diante de um dano patrimonial emergente, o que deve ser reparado é o que foi perdido pela parte, que no caso consiste na probabilidade que foi destruída.

Quanto ao requisito da análise da gradação da culpa, destaca Miguel Kfoury Neto que “inexiste dúvida, por conseguinte, que a perda de uma chance contempla casos singulares de culpa médica – quase sempre levíssima ou leve”, e que nesta teoria tem um campo apropriado para a incidência desta redução da indenização por equidade.

No caso da perda de uma chance é necessária uma atenção redobrada neste segundo item, estabelecendo o valor do que foi realmente perdido, que consiste na própria chance, e levando em conta que este dano é classificado como emergente, além de patrimonial, uma vez que é atual, devendo ser reparada a chance que existia no momento da conduta lesiva, enquanto probabilidade, séria e real, de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, pois é com base nesta probabilidade que será realizado o cálculo do valor da indenização.

Contudo não são todos os casos em que a reparação deve levar em conta a chance em sua totalidade, pois esta pode ser reduzida ao invés de eliminada, e esta redução é que deve ser levada em conta no momento da indenização.

Todos estes elementos devem ser observados diante do caso concreto, e com base nas provas apresentadas, em especial a definição dos contornos da chance perdida enquanto probabilidade, como o principal elemento definidor do valor da indenização.

Porém, entendemos que apenas apresentar os critérios não se mostra completamente satisfatório para a árdua tarefa de quantificar o dano decorrente da perda de uma chance, sendo essencial demonstrar como construir esse valor tomando como ponto de partida a chance, que é o que deve ser reparado, ser construída por uma probabilidade. Para definir o valor da indenização da perda de uma chance, adotaremos a fórmula que foi extraída por Sérgio Savi da jurisprudência italiana, sendo esta: valor da indenização pela chance perdida = valor do dano final X porcentagem que compõe a chance (SAVI, 2009, p. 23).

Apenas após estabelecer este valor correspondente a chance perdida, com base na fórmula acima apresentada, é que os outros critérios deverão ser observados. Caso tenha cabimento, incidir nesta quantificação.

Tomemos como exemplo o comportamento negligente de um médico, do qual decorre que um câncer existente em um dos seus pacientes não fosse diagnosticado e venha a causar sua morte. Neste caso, como o câncer é uma doença cuja cura não se tem certeza, pois depende de uma resposta ao tratamento, a reparação devida não decorre do evento morte, mas sim da existência de chances sérias e reais de recuperação que foram destruídas.

Esta chance, enquanto probabilidade de cura, vai depender do tipo de câncer, do local atingido, do estágio em que este poderia se encontrar no momento em que o paciente foi procurar o médico, da idade do paciente, todos estes fatores devem ser levados em consideração no momento em que o juiz for estabelecer o valor da indenização devida, e devem restar demonstrados por quem alega a perda de uma chance.

Com base nestes dados é que deve ser construído o conteúdo desta chance de cura existente no momento em que não foi feito o diagnóstico devida. Desta probabilidade total será reduzida a probabilidade de cura no momento em que este diagnóstico foi feito corretamente e o tratamento iniciado. Por fim, esta probabilidade irá definir o dano patrimonial emergente, que consiste na perda de uma chance ao incidir sobre o que caberia ser reparado, a título de danos patrimoniais, caso houvesse uma relação de nexos de causalidade entre a conduta do médico e o dano final.

O cálculo deste dano patrimonial emergente, que consiste na perda de uma chance, resulta da incidência desta probabilidade, que deve ser

apresentada pela parte autora, sobre todos os danos decorrentes da conduta analisada.

Se a chance de cura fosse de 90%, por exemplo, e em face do erro de diagnóstico e da evolução do quadro esta cai para 40%, a reparação da perda de uma chance deve ser com base nesta diferença, que será de 50% que irá incidir sobre o valor total de danos patrimoniais. Caso este seja calculado em R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), a reparação, a título de danos pela perda de uma chance, deve ser no valor de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Frisa-se que esta indenização não representa a compensação por danos extrapatrimoniais, que devem ser arbitrados pelo juiz a depender do caso, mas apenas pela perda de uma chance.

Em poder deste valor, deverão, então, ser analisados os outros critérios para a quantificação da indenização no caso da perda de uma chance, a começar pelo grau de culpa, pois se restar comprovada uma desproporção entre a lesão e a culpa quando leve, deve o valor da indenização ser reduzido com base na equidade e a existência de outras formas de reparação a serem compensadas.

Portanto, conclui-se que a quantificação da indenização na responsabilidade civil por perda de uma chance deve observar os quatro critérios apresentados, mas dano maior importância para o segundo deles, que é estabelecer o valor probabilidade perdida, que consiste no conteúdo da chance, incidindo esta probabilidade sobre todos os danos patrimoniais diretamente decorrentes da chance perdida, pois o valor decorrente deste cálculo será o valor base da indenização, que sofrerá reduções nos casos em que houver uma desproporção entre a culpa e o dano, que é o item c, e valores para serem compensados, enquanto último passo desta quantificação.

5.4 POSTURA DOS TRIBUNAIS

Neste último tópico procurar-se-á fazer um apanhado jurisprudencial sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance, bem como analisar como o referido tema vem sendo abordado pelos Tribunais Pátrios.

O objetivo é verificar se os nossos tribunais vêm aceitando ou não a teoria da perda de uma chance.

Iniciaremos esta abordagem com a juntada da ementa do acórdão que acolheu a teoria da perda de uma chance pela primeira vez nas instâncias superiores, com o caso emblemático do “Show do Milhão”.

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788.459, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006> Acesso em 27 set. 2018).

No caso acima, a autora da ação participou do programa “Show do Milhão” consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio maior seria de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), em barras de ouro, este prêmio era oferecido ao participante que respondesse corretamente uma série de questões.

Expõe a autora que vinha logrando êxito nas respostas às questões formuladas, salvo quanto a última pergunta, conhecida como “pergunta do milhão” não respondida por preferir proteger a premiação já acumulada de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), caso respondesse diverso do correto, perderia a premiação já acumulada.

Por fim, verificou-se que a empresa ré agiu de má-fé, elaborando a última pergunta sem resposta.

O Ministro Fernando Gonçalves trouxe ao voto a pergunta formulada pela empresa ré que foi o objeto de discussão no processo, assim transcrita:

A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?
Resposta: 1 - 22%; 2 - 02%; 3 - 04%; 4 - 10% (resposta correta).

Verificou-se que a pergunta formulada foi retirada da Enciclopédia Bares e não da Constituição, a pergunta foi mal formulada, deixando a entender que a resposta estaria na Constituição, quando na verdade foi retirada da Enciclopédia.

No Tribunal de Justiça da Bahia, o caso foi interpretado como uma atitude de má-fé, condenando a empresa ré no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), sendo que esta interpôs recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Fernando Gonçalves em seu voto fez uma explanação acerca do tema em questão, tratando da teoria da perda de uma chance, fazendo distinção entre o lucro cessante e a perda de uma chance.

Vale transcrever o trecho do voto do relator onde ele faz a diferença entre os pressupostos da chance perdida e lucro cessante e reconhece a chance que se perdeu:

Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva – do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. [...] no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida [...].

No que se refere à especificação de critérios para se chegar ao valor da indenização, vale transcrever mais uma parte:

A quantia sugerida pela recorrente (R\$125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Apesar de este julgado ter tratado da responsabilidade civil pela perda de uma chance como dano moral, demonstrou o acolhimento da teoria por parte das instâncias superiores.

Passaremos à análise de outro julgado, cuja ementa traz-se à colação:

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO – ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE – FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.104.665, Rel. Min. Massami Uyeda. Data de Julgamento 09/06/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802514571&dt_publicacao=04/08/2009> Acesso em 28 set. 2018).

Neste presente caso, trata-se de uma ação de indenização por danos morais, onde o Sr. Ivo Fortes dos Santos ajuizou a ação em face do médico Antônio Cláudio Marques Castilho, alegando ter o médico agido com negligência na fase pós-operatória, vindo a falecer sua companheira.

Extrai-se do acórdão que a ação em primeiro grau restou julgada improcedente, interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul conheceu do recurso e, no mérito, deu provimento, conforme assim transcrito:

Responsabilidade civil. Ação de indenização. Erro médico. NEXO DE CAUSALIDADE. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. Evidenciado que, no período pré-operatório, o médico foi imprudente, ao não adotar as cautelas necessárias, considerando o quadro clínico peculiar da paciente, e restando caracterizada a negligência na fase pós-operatória, mas não sendo possível imputar, de modo direto, o evento morte à sua conduta, aplica-se ao caso a teoria da perda de uma chance. Havendo a hipótese de que, tomadas todas as medidas possíveis para reduzir os riscos da cirurgia, e empreendidos todos os cuidados no pós-operatório, o falecimento não ocorreria, impõe-se a condenação do profissional da área da saúde. Indenização fixada em R\$10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista a inexistência de nexos causal direto e imediato, mas que havia possibilidade de se evitar o dano. Apelo provido, por maioria.

Não satisfeito com a decisão, o médico interpôs recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, autuado sob o n. 1.104.665, o qual entendeu inadmissível a responsabilização do médico com base na aplicação da teoria da perda de uma chance pelo fato de ter havido mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no pós-operatório.

Deflui-se deste precedente que existe controvérsia acerca do tema em questão no ordenamento jurídico.

Seguindo, analisaremos um acórdão do Superior Tribunal de Justiça que assim consta à ementa:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.079.185, Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento 11/11/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801684395&dt_publicacao=04/08/2009> Acesso em 28 set. 2018).

Em resumo, o acórdão refere-se a uma ação de indenização por danos materiais e morais na qual a recorrente contratou os serviços advocatícios do recorrido para defendê-la de ação reivindicatória. Alegou que a negligência do recorrido foi decisiva para a perda de seu imóvel, pois não defendeu adequadamente seu direito de retenção, face as benfeitorias realizadas no bem e, além disso, deixou transcorrer *in albis* o prazo para interposição do recurso de apelação.

Em primeiro grau, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, condenando o recorrido a ressarcir à recorrente a importância de R\$2.000,00 (dois mil reais).

Ambas as partes apelaram e o tribunal ad quem manteve a sentença, alterando-a apenas para determinar que os juros de mora e a correção monetária deveriam incidir desde a data da prolação da sentença.

Em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça fez algumas considerações gerais sobre a responsabilidade do advogado perante seu cliente, abordando a teoria da responsabilidade civil da perda de uma chance e afastando sua aplicação.

Isso porque, analisando o recurso, vimos que a recorrente não soube fazer o pedido, tendo apelado pela deficiência da defesa do direito de retenção por benfeitorias, não havendo, *in casu*, a perda de uma chance. Se a recorrente tivesse alegado a perda do prazo recursal, haveria perda de uma chance.

Para evitar prolongamentos e concluir este capítulo, citaremos uma jurisprudência recente do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – NÃO APRESENTAÇÃO DE QUALQUER MEIO DE DEFESA PELO DEFENSOR PÚBLICO – PERDA DE UMA CHANCE – DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – DANOS MORAIS – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – VERBA HONORÁRIA MAJORADA (HONORÁRIOS RECURSAIS) – RECURSOS DE APELAÇÃO 1 NÃO PROVIDO E 2 PARCIALMENTE PROVIDO (TJPR - 3ª C.Cível - 0008232-83.2015.8.16.0024 - Almirante Tamandaré - Rel.: Marcos S. Galliano Daros - J. 18.07.2018. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000005200481/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0008232-83.2015.8.16.0024>>)

O presente acórdão trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Estado do Paraná e por Daiane Cristina Tararan contra a sentença proferida nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na petição inicial e condenou o Estado do Paraná ao pagamento de R\$3.000,00 (três mil reais) por danos morais.

Em resumo, verifica-se que a ação de indenização ajuizada por Daiane Cristina Tararan em razão de não ter sido representada processualmente pela Defensoria Pública do Estado do Paraná em ação de cobrança que tramitou perante a 16ª Vara Cível de Curitiba/PR foi julgada parcialmente procedente, conforme exposto no parágrafo acima.

No julgamento dos recursos, vale transcrever o trecho em que se reconheceu a aplicação da teoria da perda de uma chance:

Em relação ao dano, a autora o fundamenta com amparo na perda de uma chance. A este respeito, cumpre anotar que a sua caracterização pressupõe uma perda de vantagem ou de oportunidade de obtenção de vantagem futura. O ilícito perpetrado deve ter tirado da vítima uma oportunidade real de obter resultado da qual se beneficiaria ou de evitar um dano. [...] Quanto ao nexo de causalidade, tem-se que está evidenciado entre a omissão da Defensoria Pública e o dano suportado pela autora, que na fase de cumprimento de sentença, escoado o prazo de defesa, se viu obrigada a firmar um acordo com a inclusão de verbas que somente lhe foram cobradas pela falha na prestação do serviço em sua representação processual. Destarte,

impõe-se a reforma da sentença, com a condenação do Estado do Paraná ao pagamento de indenização pela perda de uma chance, correspondente ao prejuízo causado por culpa da Defensoria Pública, no valor de R\$ 1.162,42 (honorários advocatícios – cálculo do mov. 65.1 dos autos nº 0047606-49.2013.8.16.0001) e R\$ 398,11 (custas processuais), corrigidos monetariamente pelo IPCA-E e acrescidos de juros de mora nos mesmos percentuais aplicáveis a caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação conferida pela Lei nº 11.960/2009, ambos desde a data do evento danoso (data de formalização do acordo), ressalvado o período de graça constitucional.

Restou claro que o valor indenizatório da perda de uma chance não foi analisado sob a ótica da probabilidade, mas sim na certeza de que o prazo da defesa escoou e, por essa razão, a recorrente Daiane se viu obrigada a firmar um acordo com a inclusão de verbas que somente lhe foram cobradas pela falha na prestação do serviço em sua representação processual, sendo estes valores utilizados para definir o *quantum* indenizatório que lhe era devido.

Após a análise dos julgados sobre a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nos Tribunais, se buscou demonstrar o modo como os tribunais vem aplicando a teoria da perda de uma chance diante dos inúmeros casos concretos que se apresentam diariamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada por meio desta monografia possibilitou o conhecimento do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, demonstrando a forma de reparar de forma integral os danos causados em face da perda de uma chance sem haver o enriquecimento ilícito de uma parte e o dano exagerado da outra.

Observou-se, no primeiro capítulo, a evolução histórica da responsabilidade civil, a qual teve sua origem no direito romano.

No segundo capítulo, tratou-se, de forma específica, sobre o instituto da responsabilidade civil, restando demonstradas as diversas alterações em seus paradigmas, envolvendo especialmente os requisitos da culpa, nexo de causalidade e dano, e que decorrem da necessidade de ampliação do seu âmbito de atuação e de garantir a reparação plena da vítima.

Adentrou-se, no capítulo terceiro, à abordagem do dano e da chance perdida. Quanto ao dano, demonstrou-se que este é considerado um requisito essencial para a configuração da responsabilidade civil, pois a principal finalidade desta está relacionada à reparação em face de lesão ao patrimônio jurídico, e sem o dano não há que se falar em reparação. No caso da perda de uma chance viu-se que o que deve ser reparado não é o dano final, mas sim a própria chance que se fazia presente no momento da conduta lesiva enquanto a probabilidade existente, e que foi destruída, de que o benefício fosse auferido ou que algum prejuízo não fosse vivenciado.

Outrossim, vimos que o dano no caso da perda de uma chance pode ser classificado como emergente e patrimonial.

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

No quarto e último capítulo desta pesquisa, buscou-se mostrar os parâmetros que devem ser utilizados no momento da fixação do quantum indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance. Para essa

finalidade, foi feita uma análise do princípio da reparação integral dos danos do qual extraíram-se duas principais diretrizes: a primeira delas, a de que todos os danos devem ser *prima facie* ressarcidos; e, a segunda, a de que o valor do ressarcimento não deve ser nem superior e nem inferior ao dano efetivamente sofrido.

Ademais, foram estabelecidos critérios que devem ser observados no momento da quantificação: a) a observância do princípio da reparação integral dos danos, definindo todos os danos que foram sofridos pela parte; b) estabelecer o valor probabilidade perdida, que consiste no conteúdo da chance, incidindo esta probabilidade sobre todos os danos patrimoniais diretamente decorrentes da chance perdida; c) o grau de culpa como critério apenas quando presente a desproporção entre a lesão e a culpa quando leve; e, d) a existência de outras formas de reparação a serem compensadas.

Dentre estes critérios, o segundo deles é o que merece maior importância, pois o valor decorrente deste cálculo será o valor base da indenização, que pode sofrer reduções nos casos em que houver uma desproporção entre a culpa e o dano, que é o item c, e valores para serem compensados, enquanto último passo dessa quantificação.

Por fim, buscou-se demonstrar o posicionamento jurisprudencial no direito brasileiro em relação a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Verificou-se que o ordenamento jurídico pátrio adota a teoria da perda de uma chance, utilizando como critério para a fixação da verba indenizatória o do arbitramento, ora no valor integral do dano perdido, ora no percentual da oportunidade perdida.

Dessa forma, a fixação de critérios que orientem os aplicadores do direito a fixar de forma justa o valor da indenização nos casos de responsabilidade civil por perda de uma chance é de extrema importância para se garantir a reparação da forma mais plena possível.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. São Paulo: Revista de Direito privado, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile, 1976.

BRAGA NETTO, Felipe P. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70025179458, Nona Câmara Cível, Relator: Desembargador Odone Sanguiné. Julgado em 17/12/2008. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70025179458&num_processo=70025179458&codEmenta=2708684&temIntTeor=true> Acesso em 20 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 965.758/RS, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Dje 03/09/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=965758&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 20 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788.459, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Data de julgamento 08/11/2005. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006> Acesso em 27 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.104.665, Rel. Min. Massami Uyeda. Data de Julgamento 09/06/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802514571&dt_publicacao=04/08/2009> Acesso em 28 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.079.185, Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento 11/11/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801684395&dt_publicacao=04/08/2009> Acesso em 28 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná - 3ª Câmara Cível - 0008232-83.2015.8.16.0024 - Almirante Tamandaré - Rel.: Marcos S. Galliano Daros - Data do Julgamento 18.07.2018. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000005200481/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0008232-83.2015.8.16.0024>> Acesso em 23 out. 2018.

CAPPELARI, Récio. Os novos danos à pessoa: na perspectiva da repersonalização do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Indenização por equidade do novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DE CUPIS, Adriano. Il danno: teoria generale dela responsabilità civile. 2. Ed. Milano: Giuffrè, 1970.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense; 10. ed., 1997.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 7. V. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GABURRI, Fernando. Dano material. *In*: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes *et al.* Responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, VI. V, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, Luiz da Cunha. Tratado de Direito Civil. 2. Ed. São Paulo: Max Limnrad, vol. XII, tomo II, 1957.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. V. 840. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JUNIOR, Gilberto Andreassa. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: conceito e adequação no ordenamento jurídico brasileiro. Vol. 1. Curitiba: Instituto Memória, 2014.

KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2005.

LALOU, Henri. Traité Pratique de la Responsabilité Civile. 4. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1949.

LEMOS, Paulo M. F. Ato ilícito e reparação por dano. Vox Juris, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil. 6. ed. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações e introdução à responsabilidade civil. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado das Obrigações. 1. ed. Campinas: Editora Servanda, 2002.

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

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

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

SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. O problema do nexu causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o Nexu de causalidade. Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 6, jun. de 2001. Rio de Janeiro: Padma.

VARIZAT, Andrés. Daño pasado, daño futuro y principio de la reparación integral: sus proyecciones practicas em um reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Disponível em: <www.taringa.net>. Acesso em: 01 out. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.