

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

ILTON GARCIA DA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-035-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra *Direito Civil Constitucional*, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro *Temas de Direito Civil*, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um *modus interpretandi* que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

METAMORFOSE AMBULANTE? - A NATUREZA JURÍDICA DO DANO PELA PERDA DA CHANCE: ENTRE A PATRIMONIALIDADE SUI GENERIS E A EXTRAPATRIMONIALIDADE

A LIVING METAMORPHOSIS? THE LEGAL NATURE OF LOSS OF CHANCE DAMAGE: BETWEEN PATRIMONIAL (SUI GENERIS) AND NON-PATRIMONIAL DAMAGES

**Éverton Willian Pona
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral**

Resumo

O artigo demonstra qual a natureza jurídica do dano pela perda da chance. Para esse desiderato, desenvolve raciocínio de viés dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, nacional e estrangeira, acerca da ressarcibilidade do dano pela perda da chance. A partir da premissa da expansão da categoria dos danos ressarcíveis para abranger não somente a violação aos direitos subjetivos, mas, também, a lesão a interesses legítimos, enquadra o dano pela perda da chance como decorrente de uma lesão a interesses juridicamente relevantes e aborda os diferentes posicionamentos que enquadram o dano pela perda da chance como patrimonial (dano emergente, lucro cessante ou terceira modalidade) ou extrapatrimonial. Ao final, apresenta o enquadramento que caracteriza uma natureza metamorfa do dano pela perda da chance, vinculando-o ao interesse jurídico lesado pela conduta do ofensor.

Palavras-chave: Perda da chance, Natureza jurídica, Dano patrimonial sui generis, Dano extrapatrimonial, Interesse legítimo.

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims at demonstrating the legal nature of loss of chance damages. In order to do this, it develops deductive reasoning bias, based on research of literature and courts decisions, national and international, about compensability of loss of chance damage. Adopting as premise the expansion of the category of compensable damages (which now covers not only the violation of legal rights, but also the damage to legitimate interests), it frames the loss of chance damage as the result of an injury to legally relevant interests, and it analyses different positions that consider the for loss of chance damage as a patrimonial damage (actual damage, loss of profit or third species) or non-patrimonial. Finally, presents the framework featuring a metamorphic nature of the loss of chance damage, binding it to the legal interest harmed by the conduct of the offender.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Loss of chance, Legal nature, Patrimonial damage sui generis, Non-patrimonial damage, Legitimate interest.

INTRODUÇÃO

Com uma demanda cada vez maior no direito brasileiro, o dano pela perda da chance vem obtendo preeminência doutrinária e jurisprudencial. A importância desse instituto consolida-se com o aumento do número de ações postulando indenizações por essa modalidade de dano.

Não obstante o dano pela perda da chance apresentar-se como relativamente novo no direito brasileiro, trata-se de um instituto antigo, já há muito estudado e discutido na doutrina estrangeira, principalmente em França e Itália.

Diante da necessidade de reflexão acerca dessa modalidade de dano que, recorrentemente, demanda a atenção dos juristas brasileiros, desenvolve-se raciocínio de viés dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, acerca da ressarcibilidade do dano pela perda da chance e adentra-se no tema da natureza jurídica dessa modalidade de dano, buscando-se referências, sobretudo, na doutrina e jurisprudência francesas e italianas, a fim de oferecer subsídio à construção teórica.

Principiando, pois, pela exposição acerca da expansão dos danos ressarcíveis, que passaram a abarcar não apenas a lesão a direitos subjetivos, mas também a violação de interesses legítimos juridicamente relevantes para a vida de relação, dedutivamente, o artigo prossegue na análise da caracterização da chance precisamente como interesse digno de tutela.

Esclarecidas as premissas de admissão da ressarcibilidade do dano pela perda da chance, o artigo analisa precisamente qual a natureza jurídica dessa nova modalidade de dano, se patrimonial ou extrapatrimonial, buscando oferecer argumentos que permitem sustentar a natureza mutante desse dano: ele varia conforme o interesse violado e, se patrimonial, caracteriza-se como dano emergente *sui generis*, ao passo que pode apresentar-se, igualmente, como dano extrapatrimonial.

Linhas vindouras empregam tinta na tentativa, pois, de esclarecer a natureza jurídica do dano pela perda da chance a fim de possibilitar a sua correta compreensão e adequado ressarcimento, garantindo, desse modo, a realização da justiça no caso concreto e a pacificação das relações sociais, vezes tantas abaladas pela ocorrência de danos que quedam não ressarcidos.

2 REVISITANDO O CONCEITO DE DANO: DO DIREITO SUBJETIVO À LESÃO A INTERESSE LEGÍTIMO JURIDICAMENTE RELEVANTE

De extrema importância ao direito mostra-se a maleabilidade. Dizer o direito maleável é compreender a necessidade de fugir da clausura, da hermeticidade outrora tão valorizada. Trata-se de reconhecer que retirar-lhe a possibilidade de se adaptar aos novos fatos e valores da sociedade, ao invés de promover a justiça, torna-o instrumento de dominação e provoca iniquidades.

O instituto da responsabilidade civil, como já se teve oportunidade de afirmar, apresenta-se como

[...] a resposta apresentada pela ciência do direito para o restabelecimento do equilíbrio social fragmentado pelas inúmeras lesões que os indivíduos causam uns aos outros. Essa resposta consiste na determinação da ressarcibilidade de danos, com o intuito de restaurar a harmonia e equilíbrio jurídico-econômico entre lesante e lesado para o alcance indispensável da justiça (AMARAL; PONA, 2012, p. 38).

Ao se admitir, portanto, referido instituto como um efetivo instrumento de realização da justiça deve-se, ao mesmo tempo, atentar-se para sua adequação às nuances das relações intersubjetivas que ele tutela.

Sustentada sob essa premissa, com base na realidade social, a Corte de Cassação italiana, por meio da Sentença nº. 500/99, derrubou as barreiras que impediam o ressarcimento de inúmeros danos causados na vida de relação pela não configuração, no caso concreto, da violação a direitos subjetivos tais como classicamente definidos. Isso porque

[...] em razão da concessão da indenização estar vinculada à lesão a um direito subjetivo, vezes tantas, o equilíbrio e estabilidade sociais afetados por uma conduta danosa carecem de restauração em razão da exclusiva proteção destinada ao 'facultas agendi'. Não havendo violação de um claro direito subjetivo, não se poderia fazer incidir o instituto da responsabilidade civil. Essa posição dogmática faz(ia) com que inúmeros danos injustos observados na realidade fenomênica, no mundo fático, e suportados pelos indivíduos nas mais variadas situações sociais, [...] quedassem sem qualquer reparação, impondo ônus àquele que se mostrou diligente e respeitoso em seu agir (AMARAL; PONA, 2012, p. 38-39).

A partir da superação da barreira do direito subjetivo e da admissibilidade da lesão a interesses juridicamente relevantes para a comunidade social como caracterizadora da injustiça do dano, permitiu-se a adaptação da responsabilidade ao desenvolvimento fático das relações intersubjetivas privadas e a ressarcibilidade de todas as modalidades de ofensas à personalidade e à dignidade humanas.

O reconhecimento da ressarcibilidade da lesão a inúmeros interesses jurídicos relevantes

para a vida de relação viabilizou a admissão de novas modalidades de danos, reflexos das diversas formas com que a abundância de situações e ações atinge a pessoa humana. Como questiona Judith Martins-Costa (2002, p. 409):

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

Transformações nas relações sociais como essas demandam a readequação de concepções prévias.

A responsabilidade civil, hodiernamente, transita em torno de outro centro de gravidade. Relegando à culpa um papel secundário e, ao voltando suas preocupações ao efetivo ressarcimento do lesado, eleva o dano a uma posição de destaque. A guinada na seara da responsabilidade civil ocorreu com a intitulada “crise do conceito tradicional do fato ilícito”, a qual provocou a migração do enfoque, do agente para a vítima, e doutrina e jurisprudência italianas aparentemente acordaram sobre a definição do dano ressarcível, apontado como o

[...] danno determinato dalla realizzazione di un rischio normalmente connesso con il comportamento illecito, intendendo per normali anche i danni (cd. mediati o indiretti) che, sia pure in presenza di circostanze eccezionali, costituiscono, secondo il comune giudizio, la normale conseguenza di un determinato comportamento illecito (BONANNO, 2009, p. 7)¹

Esse novo enfoque do dano ressarcível permitiu, no direito italiano, a superação das diferenças entre os vários tipos de responsabilidade (pré-contratual, contratual, pós-contratual e extracontratual), colocando na base comum denominadora do fato ilícito, que representa a imputabilidade.

Afirmou-se, então, que “il dano ingiusto consiste pertanto pur sempre nella lesione di un diritto soggettivo, tale dovendosi qualificare ogni situazione giuridica che esiga il diligente rispetto

¹ Tradução livre: [...] dano representado pela implementação de um risco normalmente associado a um comportamento ilícito, como também os danos (chamados mediatos ou indiretos) que, em presença de circunstâncias excepcionais, constituem, segundo o senso comum, a consequência normal de uma determinada conduta ilícita.

altrui e sia suscetibile di risarcimento” (BIANCA, 2002, p. 980)², enquanto a sentença analisada proclamou a prescindibilidade de lesão a direito subjetivo a ensejar o ressarcimento, permitindo que se considere ressarcível a lesão a interesses legítimos (BIANCA, 2002, p. 980)³.

Uma leitura perfunctória do art. 186, do Código Civil brasileiro, em consonância com o art. 927 do mesmo diploma, levaria a apressada interpretação à crença de se tratar de violação a um direito subjetivo do sujeito. Isso porque a expressão “violar direito” contida na norma remete, imediata e invariavelmente, à noção de violação a direito subjetivo como *facultas agendi*, definido, no aproveitamento do que de substancial extrai-se das teorias da vontade e do interesse, como sendo “o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio” (PERLINGIERI, 2002, p. 120)⁴.

Somente nesse aspecto, então, quando a conduta violasse direito subjetivo individual, permissão legal dada pelo ordenamento, faculdade concedida pela norma para o sujeito agir dentro do círculo e na persecução de seus particulares interesses, e causasse dano, este seria passível de reparação, haja vista a previsão legal de proteção ao direito violado.

A partir dessa expansão, reconheceram-se várias hipóteses de ressarcimento de danos decorrentes do ilícito que antes, dada a rigidez do sistema, não era possível tutelar, ou, a tutela apresentava-se apenas como reflexo, como danos mediatos ou indiretos da lesão a um direito subjetivo. Trata-se, precisamente, do caso da perda da chance, que inicialmente era considerada uma mera expectativa.

Hodiernamente, a chance perdida passou a ser uma das situações de imputação da responsabilidade civil, pois esse tipo de dano já não é mais considerado como a lesão a uma mera expectativa, mas como a lesão de uma expectativa relacionada a um interesse legítimo, que pode ser ressarcida da mesma maneira que qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento,

² Tradução livre: O dano injusto consiste, portanto, na lesão a um direito subjetivo, o qual deve ser qualificado como uma situação jurídica que exija o diligente respeito aos outros e seja suscetível de reparação.

³ A sustentação de tal argumento deu-se após a análise da tutela à integridade patrimonial e liberdade negocial, que, a despeito de não representarem direitos subjetivos do sujeito, foram consideradas dignas de tutela, em face das lesões injustamente causadas.

⁴ Na mesma linha de conceituação, Orlando Gomes (2001, p. 108) pontua que direito subjetivo trata de “um interesse protegido pelo ordenamento jurídico mediante um poder atribuído a vontade individual”; Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 36) afirma que a conjugação de ambas as teorias acerca do direito subjetivo resulta na conceituação deste como “um poder da vontade, para a satisfação dos interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica”; Francisco Amaral (p. 195 e 202) considera que direito subjetivo não é “nem *facultas agendi*, nem poder de vontade, nem interesse protegido. Apenas um poder de agir e de exigir determinado comportamento para a realização de um interesse, pressupondo a realização de uma relação jurídica”.

conforme afirmado pela Corte de Cassação italiana na sentença n.º. 500, proferida em 22 de julho de 1999.

Exsurge à evidência, portanto, a perda de chance como um dano autônomo suscetível de avaliação econômica, porque representa uma ferramenta que pode servir ao intérprete para graduar o *quantum* a ser imposto a quem com sua conduta violou certas obrigações, que podem descender da lei ou do contrato.

Nesse sentido, a chance torna-se um dano presente e não futuro, porque representa a possibilidade que o lesante tem de evitar um dano empregando a diligência necessária, a fim de atender a vítima, seu credor, e dessa forma a chance se põe como instrumento empregado para distribuir as sanções para infligir a quem, com seu comportamento, violar tais obrigações de diligência e boa-fé (BONANNO, 2009, p. 10).

Ante a ausência de previsão específica de ressarcimento para a frustração das chances em face do ordenamento jurídico brasileiro, sustenta-se essa possibilidade, precisamente, ao considerar-se a construção doutrinária de origem italiana alhures apontada que elasteceu a concepção dos danos passíveis de ressarcimento.

Permanece, no entanto, dissenso quanto ao próprio enquadramento da perda da chance como lesão a um interesse legítimo. Argumenta-se tratar de mero interesse da fato ou, ainda, uma simples expectativa fática. Esse digladiar desenvolve-se nas linhas que seguem.

3 PERDA DA CHANCE: ENTRE O INTERESSE LEGÍTIMO, A EXPECTATIVA DE FATO E A CRIAÇÃO DE RISCOS

A expansão das fronteiras do dano ressarcível ocorre com o surgimento de novos tipos de danos no sistema da responsabilidade civil, a exemplo da identificação, pela jurisprudência italiana, da perda da chance como nova modalidade de dano, com características próprias, e o direito argentino, que na atualidade, acompanhando a doutrina francesa (LE TOURNEAU, 2003, p. 34), e acolhe a relativização da maneira como se reconhece a certeza do dano considerando que, em determinadas situações, pode ser suficiente para o cabimento do ressarcimento a perda de uma possibilidade de sucesso.

Nesse aspecto, chega-se à identificação do dano como a lesão de interesse, não, contudo, como lesão indiscriminada a interesse qualquer, mas sim, em verdade, o vilipêndio que, tendo em

vista a ordem jurídica, deveria ser evitado ou então ressarcido, o que demonstra a necessidade da configuração de um dano antijurídico, injusto (DIAS, 1954, v. II, p. 794)⁵.

Considerou-se injusto o dano oriundo de qualquer lesão causada a interesse juridicamente relevante, não amparado em uma determinada causa de justificação, tese superada em razão da máxima existente no ordenamento italiano, tal como no brasileiro, de que tudo o quanto não esteja expressamente proibido é permitido.

Destacou-se na Sentença n.º. 500/99, de igual modo, a não ressarcibilidade da lesão a simples acontecimentos, como o interesse de fato, mas digna de tutela, a lesão a interesses relevantes para o ordenamento jurídico⁶.

Nessa senda é sempre preciso esclarecer e tornar clara a distinção existente entre o interesse legítimo, cuja lesão enseja a atuação da responsabilidade civil e a expectativa de fato, categoria na qual os contendores da ressarcibilidade da chance perdida pretendem, por vezes, incluí-la.

A expectativa de fato não se confunde com a expectativa de direito, ou também denominada legítima expectativa, sendo somente esta merecedora de proteção, pela circunstância de produzir efeitos atributivos de direitos (GAZZONI, 2009, p. 65).

Um dos argumentos para contestar tais críticas repousa no fato de que a chance, quando visualizada como concreta e efetiva possibilidade para alcançar um determinado bem, é considerada não apenas uma expectativa de fato, mas um ente independente, jurídica e financeiramente, apta a ser avaliada de forma autônoma.

Assim, no direito italiano, a perda da chance passa a constituir dano atributivo de responsabilidade civil, no sentido de que a lesão à chance deixa de ser considerada como expectativa de fato ou simples expectativa, galgando *status* de legítima expectativa, passando a ser reparada como verdadeiro interesse legítimo.

Não basta, portanto, a mera relevância jurídica de um interesse para que se infira a injustiça do dano, uma vez que muitos interesses, embora juridicamente relevantes, não ingressam

⁵ O autor transcreve, ainda, no mesmo sentido, a ideia expressada por Alfredo Minozzi, para quem as ações dos homens tendem sempre à busca de sua felicidade, seu bem-estar. Tudo, pois, que represente tal intenção, é de fato um bem. Desse modo, obter algo que corresponda a essa noção, a de satisfazer uma necessidade, extinguir uma situação dolorosa ou fazer nascer uma situação agradável corresponde à ideia de bem. Interesse seria, desse modo, a relação entre o sujeito e o objeto que atende essas noções (DIAS, 1954, v. II, p. 794).

⁶ Com essa ideia, concorda Jorge Bustamante Alsina (1997, p. 174): “La lesión de un interés cualquiera no es suficiente para legitimar el daño resarcible. Ese interés debe ser tutelado por la ley; no basta un interés ‘de hecho’, debe ser un interés ‘jurídico’. Desde ya que la lesión de un interés contrario a la ley o ilegítimo no merece protección”.

na tutela extracontratual. Desse modo, “per parlare di danno ingiusto occorre piuttosto che siano lesi interessi giuridicamente tutelati nella vita di relazione” (BIANCA, 2002, p. 978)⁷. Nesse particular, observa-se a expansão das categorias dos interesses tutelados na vida de relação, abrindo espaço a novas situações jurídicas que não aquelas tradicionalmente relacionadas aos direitos absolutos.

Quando se trata da responsabilidade civil pela perda da chance, é de salutar importância, também, que fiquem claras as diferenças existentes entre as situações em que houve a perda da chance e as que resultam na criação de um risco. Isso se justifica porque há quem sustente que o dano pela perda da chance é decorrente de um risco natural inerente a toda atividade, e que a conduta do lesante, ao privar o lesado da chance, não é sua causa direta, mas tão somente aumentou os riscos, não devendo falar-se em ressarcimento.

Nesse aspecto, importante observar-se 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 à vítima” (SILVA, 2007, p. 112)⁸.

Quando se trata de aumento de riscos, o lesado se encontra, de igual modo, em um processo aleatório, a fim de obter uma vantagem ou evitar um dano. Todavia, não sofreu o prejuízo derradeiro e também não perdeu o proveito esperado de forma definitiva, mas, devido à conduta do lesante, os riscos da ocorrência de uma situação negativa são alargados. Não é possível ter certeza se em momento futuro consumir-se-á a perda definitiva da vantagem esperada (SILVA, 2007, p. 113). Essa hipótese consubstancia a criação de uma situação perigosa, um risco possível de gerar um prejuízo e desencadear, assim, uma ação de ressarcimento (SILVA, 2006, p. 459).

Dessa maneira, entende-se que todo risco criado corresponde ao aumento ou à criação da probabilidade de ocorrência de um dano futuro. Essa probabilidade, criada ou majorada, possibilita a geração de reflexos que, em determinadas situações, podem ser caracterizados como danos ressarcíveis.

⁷ Tradução livre: Para falar em dano injusto, é necessário que tenham sido lesados interesses juridicamente tutelados na vida de relação. Jorge Mosset Iturraspe (1986, t. 4, p. 245-246) e Patrice Jourdain (1992, p. 116), consideram danos à vida de relação os referentes ao prejuízo ao lazer, prejuízo sexual e prejuízo juvenil.

⁸ Em obra outra, Rafael Peteffi da Silva (2006, p. 456) considera que se pode “afirmar que a teoria clássica da responsabilidade pela perda de uma chance tem na perda definitiva da vantagem esperada um dos seus requisitos fundamentais.

As críticas - conforme demonstrado - podem ser superadas. É possível, como afirmado, adoção no ordenamento jurídico brasileiro, da teoria da perda da chance como fundamento para a concessão de indenizações. A doutrina e jurisprudência assim demonstram.

Mas, admitida a teoria, é preciso definir, dentro da sistemática existente e das categorias dogmáticas predefinidas, onde e como enquadrar o dano oriundo da frustração da chance, ou seja, definir a sua natureza jurídica.

Assim, uma vez tendo esclarecido tratar-se as chances perdidas de efetivo dano ressarcível, a despeito da ausência de expressa previsão legal, deve-se quanto ao seu enquadramento, verificar a sua compatibilidade nas categorias existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que divide o dano, segundo o Código Civil, em dano patrimonial (dano emergente ou lucro cessante) e dano extrapatrimonial, o que se vê nas linhas que seguem⁹.

4 NEM TANTO UM COMO OUTRO: O DANO EMERGENTE SUI GENERIS E O DANO EXTRAPATRIMONIAL PELA PERDA DA CHANCE

A noção de dano ressarcível engloba em seu conceito as subdivisões de danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Os primeiros, por seu turno, abrangem as categorias de danos emergentes e lucros cessantes. Quando se trata do dano pela perda da chance, entretanto, não há consenso doutrinário na definição de sua natureza jurídica e seu enquadramento nessas categorias predefinidas.

Para a correta definição, em via de antecedência, faz-se necessário esclarecer o que se entende por patrimônio.

⁹ Essa tradicional divisão dos danos indenizáveis em danos patrimoniais e extrapatrimoniais já não é mais absoluta na doutrina. Há quem afirme, como Carlos Alberto Ghersi (1997, p. 62-63) que tal classificação perdeu sua vigência, como a perdeu a ideia base de patrimonialidade do Código de Vélez Sarsfield (também verificado no Código Civil brasileiro de 2002, que reflete os ideais de despatrimonialização e repersonalização do direito civil, inspirados pelos valores sociais fincados na Constituição da República de 1988). Escreve que: “En suma, el interés de preservación se há trasladado del patrimonio hacia otros derechos económicos que en esta etapa histórica merecen mayor atención, protección del ordenamiento jurídico e del derecho todo”. Desse modo, observa o autor que se deve falar nas categorias de danos econômicos (à pessoa, diretamente manifestado em sua capacidade de gerar riqueza, ou seja, capacidade laborativa, capacidade potencial para instrução e educação e outros supostos; às relações econômicas; ao patrimônio resultante da acumulação privada e a outros supostos) e danos extraeconômicos (à pessoa humana, como o dano moral, dano psíquico, dano biológico, dano aos direitos personalíssimos, dano estético, dano à religiosidade e outros supostos; ao patrimônio, como destruição de uma certa recordação de um fato afetivo, destruição de uma foto entre outros supostos).

Consoante exposto em oportunidade outra¹⁰, seguindo ensinamentos de Hans Fischer, patrimônio pode ser compreendido sob dois enfoques, um jurídico, outro econômico. No aspecto jurídico, “o patrimônio define-se como o conjunto dos direitos apreciáveis em dinheiro de que é titular uma pessoa ou que correspondem [...] a uma ‘entidade patrimonial activa [sic]’” (FISCHER, 1938, p. 13).

Prefere-se, entretanto, a conceituação econômica de patrimônio, cuja noção exprime “a totalidade dos bens economicamente úteis que se acham dentro do poder de disposição duma pessoa” (FISCHER, 1938, p. 16)¹¹.

Nessa linha de raciocínio, dano patrimonial seria resultado da lesão a bens economicamente valiosos, calculado mediante uma operação comparativa da situação real do patrimônio depois de se ter verificado o evento danoso com a situação hipotética que se apresentaria, caso o evento danoso não tivesse ocorrido.

Sob essas bases de definição da patrimonialidade ou não do dano, observa-se, na doutrina, quem entenda que o dano pela perda da chance traduz-se, em verdade, em verdadeiro lucro cessante, pois associa-se a chance à perda do resultado final que o lesado pretendia e teria supostamente conseguido, não fosse a conduta do lesante com o ato ilícito, contratual ou aquiliano (VISINTINI, 2005, p. 557ss).

Dessa forma, acreditava-se que a perda da chance pudesse ser indenizável, mas apenas na condição de que o lesado provasse que, se não fosse o evento danoso, ele provavelmente realizaria a esperança e as perdas prováveis. Prova essa, extremamente difícil, senão impossível, já que a perda da chance, por definição, não significa a perda da coisa, mas perda da esperança da coisa.

Ocorre, pois, a confusão entre o dano causado pela perda da chance de auferir uma vantagem e a perda da vantagem em si. Uma vez considerada a vantagem final, justamente em razão de colocar-se em xeque o requisito da certeza, muitos autores terminam por concluir, após

¹⁰ Para um estudo específico sobre o conceito de patrimônio, cf. AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Delimitando conceitos: do jurídico ao econômico e a adequada compreensão do patrimônio como meio indireto de tutela da pessoa humana. In: FIUZA, César Augusto de Castro; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; CARVALHO NETO, Frederico da Costa. (Orgs.). *Direito Civil II: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI*. Florianópolis: CONPEDI, 2014b, p. 236-262.

¹¹ A obra de Hans A. Fischer é referenciada de maneira recorrente por diversos autores nacionais e as ideias são, por vezes, também utilizadas pela doutrina estrangeira amplamente considerada. Como exemplo da filiação nacional à linha de pensamento do jurista alemão, José de Aguiar Dias (1954, v. II, p. 798) afirma: “O inconveniente de aplicar ao problema do dano patrimonial as noções derivadas do conceito jurídico de patrimônio decorre do fato de que este não tem em conta o valor dos bens patrimoniais, pelo que deve ser deixado de parte, para utilizar-se em seu lugar, o conceito econômico, de onde procede a idéia (sic) de valor”; Maria Helena Diniz (2008, v. 7, p. 65-66).

discorrer sobre a prova de uma lesão praticamente impossível de ser provada, que a perda da chance, na qualidade de lucro cessante, não seria indenizável. Por outro lado, outros, partindo do mesmo princípio, quando possível a prova, ainda que por critérios probabilísticos, defendem que o lesante deve ser responsável pelo prejuízo final¹².

Em sentido diverso, há aqueles que enquadram o dano pela perda da chance como dano emergente.

Considerando-se a noção de que dano emergente representa tudo aquilo que o credor efetivamente perdeu, ou seja, uma diminuição na esfera patrimonial, enquadrar a chance como representante dessa modalidade de dano significa reconhecê-la como um bem autônomo, jurídica e economicamente relevante *de per se*, cuja existência independe do resultado final. Isso significa que sua indenização não guarda relação necessária com a ocorrência ou não do resultado final, pois as chances perdidas constituem um dado cuja característica predominante é ser mais do que uma possibilidade, “mas menos do que uma certeza”¹³.

A chance é considerada, nessa proposta, como parte integrante do patrimônio do indivíduo. Logo, sua subtração provoca uma lesão que afeta diretamente o patrimônio, causando-lhe uma diminuição, a qual será posteriormente avaliada separadamente, de forma independente

¹² Na doutrina nacional, parecem filiados a essa vertente, qualificando o dano pela perda da chance como lucro cessante, dentre outros, José de Aguiar Dias (1954, v. II, p. 801-802) quando observa-se em sua obra que, aos tratar dos lucros cessantes, os exemplos eleitos enfocam justamente os casos nos quais se aplica a teoria da responsabilidade civil pela perda da chance, como “ganhar uma causa; vencer a corrida de cavalos, vencer um concurso; ganhar na bolsa; obter o prêmio em uma exposição de pintura, probabilidade perdida, respectivamente, em decorrência de fato do advogado; do transportador que não conduziu o animal a tempo ou do espectador que provocou o acidente que resultou originariamente sua má colocação; do mandatário que não promoveu a habilitação do candidato, a ela confiada; do banqueiro que não proporcionou em tempo o numerário ao cliente; do indivíduo que destruiu o quadro, etc”. Sérgio Novais Dias (1999, p. 45-46), fornece o seguinte exemplo: “O advogado aceita uma causa de um empregado para postular no juízo trabalhista o pagamento pela empresa das verbas rescisórias de sua relação de emprego extinta, por despedida imotivada, ocorrida havia um ano e nove meses. O advogado recebeu o material para elaborar a petição inicial, e, por negligência, deixou passar os dois anos prescricionais da data da rescisão. Dir-se-ia que o cliente sofreu um prejuízo efetivo, pois era certo obter o acolhimento da pretensão de pagamento das verbas rescisórias, já que tinha carteira de trabalho assinada e possuía o aviso de dispensa sem justa causa. Seria, então, a princípio, correto responsabilizar o advogado pela perda de uma chance de ter apreciada a pretensão, impondo-lhe uma indenização correspondente ao valor das verbas rescisórias que não mais poderão ser cobradas pelo cliente”. O autor, assim, apesar de aceitar a responsabilidade do advogado pela perda da chance, aponta como valor da reparação o valor total das verbas rescisórias a que teria direito o cliente. Portanto, parece identificar o valor da chance perdida com o dano final, o que é característica daqueles que enquadram o dano como sendo lucro cessante. No mesmo sentido, o posicionamento de J. M. de Carvalho Santos (1934, v. 21, p. 321), com a diferença de que considera que não há possibilidade de reparação da chance no caso de recurso não interposto por advogado, em razão da ausência de prova do sucesso do manejo.

¹³ Expressão extraída da exposição de Jacques Boré, citado no caso *Laferrière v. Lawson* (CANADA, 1991). Afirma Boré que os tribunais vão perceber que as chances são reais e significativas, ou seja, que elas representam mais do que apenas esperanças, mas menos que uma certeza: uma probabilidade suficiente.

do resultado final.

Esse posicionamento doutrinário provém da necessária atribuição de valor pecuniário às chances perdidas e, como mencionado, da sua consideração de forma independente do resultado final.

Além desses dois posicionamentos, outras vertentes podem ser encontradas, buscando o enquadramento do dano pela perda da chance em uma zona intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante¹⁴ ou classificando-a como dano moral (DIAS, 1999, p. 67; SANTOS, 1997, p. 21).

Com a devida vênia, aos autores de grande jaez, que sustentam a natureza do dano configurada pelas consequências ou efeitos da lesão, tais como Minozzi (1909, p. 40), José de Aguiar Dias (1954, v. II, p.792-793), Mário Moacyr Porto (1989, p. 33)¹⁵, Sérgio Severo (1996, p. 38)¹⁶, Wilson de Melo da Silva (1983, p. 273), Jorge Bustamante Alsina (1997, p. 237)¹⁷, dentre

¹⁴ Raimundo Simão de Melo (2007), quanto ao dano pela perda da chance, assevera: “o enquadramento desse dano não cabe exatamente no dano emergente nem nos lucros cessantes, ante a probabilidade e não certeza de obtenção do resultado aguardado. Entendo que se trata de uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante. Por outro lado, o que não se pode é dizer que a indenização pela perda de uma chance é de natureza moral, apenas. É claro que, além da indenização material, enquadrada nessa terceira e *sui generis* espécie, a vítima pode sofrer dano moral, também passível de reparação. Igualmente não se pode esquecer de que o ato ilícito que gerou a indenização pela perda de uma chance pode acarretar outros prejuízos materiais por dano emergente propriamente dito, passível de reparação. É o caso, por exemplo, de um atleta corredor que está a poucos metros da bandeirada final que lhe daria, com séria chance, a vitória em primeiro lugar, mas que é agarrado por uma pessoa que o impede de continuar na disputa. Com esse ato retira-se-lhe a oportunidade de ser vitorioso. Há prejuízo pela perda da chance e por danos morais, mas esse atleta pode ainda ficar traumatizado e doente e ter que se submeter a sério tratamento médico e psicológico para poder voltar a correr, pois o abalo foi tão grande que atingiu a saúde física e psíquica do mesmo. Com as despesas desse tratamento deverá arcar o autor do ato, como é evidente, que tem natureza de dano emergente”. No mesmo sentido, apontando para uma terceira forma de indenização: “Coloca-se de permeio ao dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, uma zona gris que vem sendo denominada ‘perda de chances’. Trata-se de probabilidade. O fato danoso veio a tornar impossível o ganho provável. Não é mencionada a mera possibilidade, porque o ‘provável’ encerra um certo grau de certeza no tocante à consequência (sic) do dano. Sendo suficientemente fundada a perda da chance, há o dever em indenizar” (SANTOS, 1997, p. 21).

¹⁵ Mário Moacyr Porto (1989, p. 33) aduz: “a verdade é a seguinte: se a causa do prejuízo material foi uma razão de ordem moral, nem por isso o dano deixa de ser material, e, como tal, deve ser ressarcido”.

¹⁶ Sérgio Severo (1996, p. 225) pontua: “Assim cumpre ressaltar que o ponto distintivo dos danos patrimonial e extrapatrimonial centrar-se-á nos seus efeitos e não no fenômeno que lhes deu causa”. Mas ao mesmo tempo adverte: “Em face de suas particularidades, podem ser conceituados o dano patrimonial como aquele que atinge o patrimônio da vítima e o dano extrapatrimonial – que só comporta um conceito negativo – como aquele que não atinge interesses de natureza econômica. Assim, o elemento *dor* costumeiramente considerado como essencial aos danos extrapatrimoniais não deve ser apontado como indispensável à conceituação de tais lesões, uma vez que pode haver ofensas a interesses não econômicos que não importem em sofrimento.

¹⁷ Jorge Bustamante Alsina (1997, p. 237), observa que se o fato antijurídico provocar um prejuízo no patrimônio, o dano será patrimonial, mesmo que o direito afetado seja imaterial; por outro lado, se afetar a vítima em seus sentimentos, mesmo que o bem lesado seja material, existirá um dano moral. Partindo da premissa que dano constitui a perda ou deficiência suscetível de apreciação monetária, por afetar a pessoa, seu patrimônio ou seus direitos e faculdades, pode em determinadas circunstâncias recair sobre bens patrimoniais, que, no ordenamento jurídico argentino, se denomina dano material, previsto nos arts. 519, 1.068 e 1.069 do Código Civil argentino, e dano moral

tantos outros, parece que o melhor posicionamento é daqueles que defendem que a definição, se patrimonial ou extrapatrimonial, deve ser feita tendo por base o bem, direito ou interesse violado.

Isso se justifica porque “o dano pode ser definido como lesão (diminuição ou destruição), que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (DINIZ, 2008, p. 62). Desse modo, o dano patrimonial seria “a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem” (DINIZ, 2008, p. 66), como já apontado, ao passo que o dano extrapatrimonial “vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo” (DINIZ, 2008, p. 88). Esse posicionamento advém de uma leitura crítica (SCHREIBER, 2011, p. 102) à ausência de um conceito legal de dano, o que teria levado a doutrina a vincular o sentido jurídico de dano ao sentido material.

Ainda em razão dessa vinculação, destaca-se o posicionamento de algumas cortes brasileiras que resistem em conceder indenização por lucros cessantes, quando não houver demonstração de situações anteriores que permitam precisar a existência de tais lucros. Em outras palavras, somente indenizam os lucros cessantes, caso se trate de um processo no qual a vantagem demonstre precedentes históricos no patrimônio do sujeito, que viesse se repetindo e, em razão do evento danoso, deixasse de ocorrer no futuro, a despeito da ausência de qualquer referência na legislação de requisito em tal sentido (SCHREIBER, 2011, p. 103)¹⁸.

Por essa razão, é patente a “necessidade de se rejeitar, de forma geral, a identificação do dano em sentido jurídico com o dano em sentido material, recuperando-se o conceito de dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado” (SCHREIBER, 2011, p. 106). A concentração recai sobre o objeto atingido, ou seja, o interesse lesado e não sobre as consequências econômicas ou emocionais da lesão no sujeito.

ou extrapatrimonial, resultado da ofensa a honra, ou aos direitos da personalidade, configurados nos arts. 522 e 1.078 do mesmo diploma legal platino.

¹⁸ Trigo Represas (2008, p. 57) estampa tal realidade ao tratar do lucro cessante, afirmando: “no puede hablarse de relación de causalidad si se trata de un caso único, que carece de antecedentes similares acaecidos con anterioridad, dado que, para poder juzgar si el proceder en cuestión era idóneo para causar, por lo común, un resultado, va de suyo que deben haber existido precedentemente otros varios supuestos parecidos, en los cuales siempre sucedió lo mismo. El concepto de causalidad lleva implícito el de regularidad, y no puede haber regularidad sin pluralidad de casos”. Em análise específica acerca da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça constatou-se que, “utilizando-se os vocábulos “perda” e “chance” para realizar a pesquisa no serviço disponibilizado no endereço eletrônico daquele tribunal, são apontados como resposta, em 08/10/2014, 41 acórdãos nos quais as ementas fazem referência à teoria. Analisando-se, entretanto, o inteiro teor das decisões, poucas são aquelas que efetivamente enfrentaram a teoria e desceram às minúcias de enquadrar o dano pela perda da chance como patrimonial ou extrapatrimonial e proceder à devida quantificação do dano” (AMARAL; PONA, 2014a, p. 108).

Não se pretende afirmar que não se atribui relevância aos efeitos da lesão sobre o sujeito lesado. Assim não é. Em verdade, a lesão a determinados interesses pode ter consequências das mais variadas, de modo que lesar um interesse extrapatrimonial pode repercutir no patrimônio, e o inverso - lesar um interesse patrimonial - pode afetar também a esfera imaterial do lesado. É o que a doutrina denomina de dano patrimonial ou extrapatrimonial indiretos¹⁹, que às vezes pode até ter maior repercussão econômica do que os danos dos quais provêm.

Desse modo e sob essa ótica, a determinação da natureza jurídica do dano pela perda da chance está vinculada ao interesse ao qual o processo aleatório está relacionado. Quando a vítima se encontra em um processo aleatório na defesa ou na busca de um objetivo que se apresenta como um interesse de caráter extrapatrimonial, o dano pela perda da chance será dano de natureza extrapatrimonial.

Ao contrário, quando o lesado se insere em um processo aleatório e visa, ao final dele, a obter uma vantagem que lhe trará acréscimo evidentemente patrimonial ou, então, que evitará sofrer uma diminuição significativa em seu patrimônio, o dano causado pela interrupção da sequência de acontecimentos, que prive o indivíduo da chance da qual ele já desfrutava, terá natureza de dano patrimonial e como tal deverá ser ressarcido.

Mas, então, sendo o interesse patrimonial, qual de fato é a natureza jurídica do dano? É lucro cessante, dano emergente ou terceira espécie de dano patrimonial?

Deveras, há similaridade entre o lucro cessante e o dano pela perda da chance. Ambos estão relacionados com uma vantagem ou benefício cuja apreciação requer o recurso a cálculos probabilísticos, portanto, carregam implicitamente uma incerteza.

Quando se trata de lucro cessante, afirma-se que “a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o mais acertado critério estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento natural dos fatos” (DINIZ, 2008, p. 68).

Por outro lado, entre a chance perdida e o resultado final do processo aleatório não há qualquer certeza. Há uma maior ou menor probabilidade de ocorrência do evento, mas de modo

¹⁹ Maria Helena Diniz (2008, v. 7, p. 71 e 91) pontifica: “O dano patrimonial indireto, portanto, é uma consequência possível, porém não necessária, do evento prejudicial a um interesse extrapatrimonial, constituindo um dano moral que produz reflexos prejudiciais à economia do ofendido”, ao passo que o “dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial.”

algum a perda da vantagem final pode ser atribuída à conduta do lesante.

Diz-se que a certeza do lucro cessante indica a garantia da existência de condições ou pressupostos que garantam a sua ocorrência no futuro como consequência direta do evento danoso, em razão desse somente apresentar-se no mundo fenomênico após o evento danoso.

Por essas razões, parece não proceder o fundamento da corrente doutrinária que procura enquadrar o dano pela perda da chance como lucro cessante. Ademais, se assim o fosse, restaria limitada a abrangência do conceito de perda da chance, não sendo possível pensar na hipótese referente à possibilidade de se evitar um dano. Neste caso, tendo ocorrido o dano, não se poderia dizer tratar-se da perda da chance como forma de lucro cessante, já que, em sendo evidente o nexo causal e não havendo meios de evitar a ocorrência do prejuízo, esse constituiria um dano evidente no patrimônio, ocasionando diminuição real e, portanto, dano emergente.

Em verdade,

Da um punto de vista teorico, però, le due fattispecie sono abbastanza individualizzabili nelle rispettive caratteristiche. Infatti, propriamente, si deve indicare come lucro cessante solo il caso in cui si avvera la perdita di una possibilità favorevole, che spetterebbe ad un determinato soggetto com una probabilità che representa la certeza; nell'ipotesi di perdita di una chance, invece, il sopraggiungere del risultato utile è per definizione indimostrabile (BOCCHIOLA, 1976, p. 76)²⁰.

Assim sendo, é de se analisar os contornos da tese que classifica o dano pela perda da chance como dano emergente.

Essa vertente parece ser a que melhor compreende a noção de chance, quando se trata da violação de interesses patrimoniais.

Quando se tratar de um interesse patrimonial perseguido por meio do processo aleatório injustamente interrompido por outrem, a possibilidade de auferir uma vantagem ou de evitar um prejuízo deve ser considerada economicamente apreciável, de forma independente do resultado final.

A chance é bem autônomo e independente do resultado final, e deve ser apreciada, levando-se em consideração a vantagem final esperada, apenas, para aplicação de um critério prognóstico que reflita somente as possibilidades de sucesso do benefício esperado pelo lesado,

²⁰ Tradução livre: De um ponto de vista teórico, as duas 'fattispecies' são bastante individualizadas em suas respectivas características. Realmente, deve-se considerar como lucro cessante somente o caso em que se constatar perdida a possibilidade favorável, pertencente a um sujeito determinado e com uma probabilidade que representa a certeza; por outro lado, no caso de perda da chance, não se tem como demonstrar o resultado do acontecimento útil.

seja na busca de uma situação vantajosa, seja na tentativa de impedir o advento de um dano.

A possibilidade de auferir a vantagem ou evitar o prejuízo já é parte integrante do patrimônio do sujeito no momento do evento danoso que a subtrai definitivamente. É dano atual, portanto, e certo. Foi deveras retirado do patrimônio do lesado no momento do ato, pois já o integrava, o que significa que a chance preexiste ao evento danoso. Essa subtração constitui dano emergente, pois, se comparado o patrimônio existente em momento anterior e posterior ao evento danoso, constata-se que o sujeito está privado completamente da possibilidade da qual desfrutava anteriormente, de modo que não mais poderá reavê-la. Eis aí a diminuição patrimonial.

Essa abordagem não passa ao largo de críticas e é importante deixar claras suas consequências.

As críticas se levantam afirmando tratar-se o enquadramento do dano pela perda da chance como dano emergente de verdadeira criação de uma realidade dita virtual. A chance estaria fadada ao desaparecimento, seja mediante a sua realização, seja pela frustração. Não poderia ser comprada ou vendida, cedida ou doada. Aduzem ainda que considerar chance como ente patrimonial autônomo seria criar um bem a que o direito só volta suas atenções quando é lesado²¹.

Outro ponto debatido seria o perigo de, considerando a chance como dano emergente autônomo, concederem-se indenizações a qualquer esperança, ainda que mínima, o que aumentaria o número de ações (ROSSETTI, 2000, p. 662-663)²².

As críticas, entretanto, não se sustentam, tendo em vista que para o ressarcimento da chance perdida existem requisitos específicos que demonstram não se tratar de uma mera esperança, mas sim chance séria e real, uma possibilidade concreta e não simplesmente esperança sem maiores indicadores de que realmente pudesse prover ao lesado uma vantagem ou fazer com que evitasse sofrer um prejuízo.

Dessas considerações exsurge o entendimento segundo o qual:

Detto con i termini della dottrina tradizionale, soltanto la considerazione della perdita di 'chance' come danno emergente consente il suo trapasso dalla realtà fenomenica a quella giuridica, potendo in tal modo essere considerata un danno in senso giuridico

²¹ A crítica é do Tribunal de Roma, em sentença de 22 de abril de 1998, lembrada por Maria Cristina Iezzi (2008).

²² Judith Martins-Costa (2003, v. V, t. II, p. 360-361) adverte: "Não se trata de uma mera e subjetiva 'esperança de vencer a causa', nem se indeniza o fato de ter perdido a causa: o que se indeniza é, justamente, a chance de o processo vir a ser apreciado por uma instância superior".

(MONTANARI, 2008, p. 10)²³.

Isso é assim porque a noção de dano é dupla, pertencente à ordem física, material e jurídica, tal como já mencionado e, erroneamente, muitas vezes se fez coincidirem as duas perspectivas. São, entretanto, diversas, pois enquanto o dano pode ser facilmente identificável na ordem física, em razão da alteração que provoca no mundo, no plano jurídico está ligado ao estudo do jurista, que compreende as alterações da lei, estuda os conceitos doutrinários, a fim de determinar a área do que se considera juridicamente relevante (DE CUPIS, 1966, p. 7).

Quando se tratar de um interesse patrimonial vilipendiado pela interrupção de um processo aleatório que põe termo à chance de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo, a única maneira existente de compatibilizar os dados normativos com o mundo fático será tratar a perda da chance como dano emergente, desconsiderando o lucro possível que dela poder-se-ia originar (MONTANARI, 2009, p. 10)²⁴.

A forma como ocorrerá a quantificação do dano pela perda da chance, entretanto, o afasta das características do dano emergente. Não se aplicará o critério da diferença, mas um cálculo probabilístico tendo por base o resultado final não alcançado, sobre o qual incidirá o percentual de sucesso do lesado.

Por essas razões, ao mesmo tempo em que se buscar assinalar as similitudes do dano pela perda da chance à categoria dos danos emergentes, pode-se afirmar que ele exsurge como verdadeiro dano emergente *sui generis*, devendo sempre serem respeitadas as particularidades desse novo dano, de todo indenizável.

Por outro lado, não se pode olvidar a possibilidade de o interesse atrelado ao processo aleatório não ter qualquer relação direta com o patrimônio; ser deveras um interesse de natureza extrapatrimonial.

Nesses casos, a injusta interrupção desse processo aleatório, que impede ao lesado o alcance do bem que pretendia, ocasiona um dano, particularmente de natureza extrapatrimonial.

O interesse lesado pela conduta que pôs fim ao processo aleatório é extrapatrimonial,

²³ Tradução livre: Nos termos da doutrina tradicional, apenas a consideração da perda de uma chance como dano emergente autoriza a sua passagem da realidade fenomênica (realidade aparente) para a jurídica, quando poderia assim ser considerada como um dano em sentido jurídico”.

²⁴ Vide: PERINCIGALLI, A. M. Perdita di “chances” e danno risarcibile, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Torino, n°. 18, p. 315, 1985; FEOLA, M. Nsso di causalità e perdita di “chances” nella responsabilità civile del professionista forense, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Torino, 2004, p. 151.

amplamente considerado. Cite-se como exemplo o advogado que perde o prazo em uma ação na qual se discute a guarda de um menor.

O genitor não tem interesse patrimonial em ter consigo seu rebento. O interesse é extrapatrimonial, em vista de ser efetivo deveras ligado ao sentimento de unidade familiar. Ao não interpor o recurso em favor do genitor não contemplado com a guarda, o advogado o priva desse interesse, o priva da chance de tentar manter consigo ou então reaver a guarda do seu filho menor. Aí reside o dano pela perda da chance, ressarcível, nesse caso, como dano extrapatrimonial (SILVA, 2001, p. 201).

O dano pela perda da chance, devido às suas peculiares características, apresenta-se, pois, mutável. Não há maneira de classificá-lo *a priori* e sem análise do caso concreto, como dano emergente, lucro cessante ou dano extrapatrimonial.

As nuances ímpares das circunstâncias que ocasionam a perda da chance exigem a análise, como dito, do interesse relacionado ao processo aleatório impedido. Tratando-se de interesse patrimonial perseguido pela parte, o dano pela frustração da chance será patrimonial e, neste caso, em virtude da autonomia da chance diante do dano final, e de seu valor econômico individual, um dano emergente *sui generis*. Se o interesse da parte for de caráter extrapatrimonial, a subtração da chance põe fim à busca desse interesse, e o dano pela perda da chance terá a natureza jurídica de um dano extrapatrimonial. Como tal, este deverá ser tratado, adequando-se às suas características.

Impende salientar, ainda, ser possível, de uma mesma conduta, advirem danos de natureza diversa, incluindo-se, dentre as consequências do evento danoso, a causação de danos emergentes, lucros cessantes, dano extrapatrimonial, sem prejuízo da perda da chance.

O dano pela perda da chance é aquele representado pela eliminação da chance em si, e sua natureza segue a do interesse violado. Do mesmo evento danoso podem partir consequências outras, que, não se transmutando no verdadeiro dano pela perda da chance, são igualmente indenizáveis, pois ou atingem o patrimônio ou repercutem sobre bens imateriais do indivíduo. A indenização deve se completa, abarcando todo o prejuízo resultante do evento danoso, seja exclusivamente a perda da chance, sejam as demais modalidades de dano existentes.

CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil é a resposta apresentada pela ciência do direito para o restabelecimento do equilíbrio social fragmentado pelas inúmeras lesões que os indivíduos

causam uns aos outros.

Essa resposta consiste na determinação da ressarcibilidade dos danos, com o intuito de restaurar a harmonia e equilíbrio jurídico-econômico entre lesante e lesado para o alcance indispensável da justiça.

Passa-se, então, a entender que há possibilidade de reparar uma chance perdida, ou seja, a oportunidade subtraída, mas dentro de um parâmetro: aquilo que o lesado poderia ter a possibilidade de perceber a seu favor, caso não tivesse havido a intervenção do agente causador do dano.

Sendo a chance perdida real e concreta, e não mera esperança ou algo hipotético ou imaginário, haverá o dever de indenizar. Contudo, é necessário igualmente o caráter de definitividade, significando que a conduta danosa do agente tenha subtraído de forma peremptória as possibilidades do lesado de obter uma vantagem, antes que o processo aleatório chegasse ao seu fim.

Não há consenso quanto à classificação da perda da chance: se esta constitui caso de dano moral ou material. Assim, os tribunais vêm concedendo o ressarcimento, ora sob o fundamento da existência de dano material, ora proclamando tratar-se de modalidade de dano moral indenizável. Igual dissenso paira quanto a perda da chance pertencer à categoria do dano emergente, lucro cessante ou a uma terceira modalidade de dano.

A noção de dano ressarcível foi sobremaneira ampliada, abrangendo não somente a violação a direitos subjetivos, mas abarcando também a lesão a interesses jurídicos, no que se inclui o dano pela perda da chance, merecedora de ressarcimento.

Desse modo e sob essa ótica, a determinação da natureza jurídica do dano pela perda da chance vincula-se ao interesse ao qual o processo aleatório está relacionado. Quando a vítima se encontra em um processo aleatório na defesa ou na busca de um objetivo que se apresenta como um interesse de caráter extrapatrimonial, o dano pela perda da chance será dano de natureza extrapatrimonial.

Tratando-se de dano patrimonial, é importante distinguir as consequências quando do enquadramento no conceito de lucro cessante ou dano emergente.

No lucro cessante, o lesado deixa de auferir uma vantagem pecuniária em decorrência do ato do lesante. O nexo de causalidade é inegável; a conduta do agente é causa do prejuízo final. Por mais que seja um dano que por vezes não tenha ainda se concretizado no momento em que o

magistrado deve apreciá-lo por ocasião da prolação da sentença, ele certamente ocorrerá, considerando as particularidades do caso concreto.

Diz-se que a certeza do lucro cessante indica a garantia da existência de condições ou pressupostos que garantam a sua ocorrência no futuro como consequência direta do evento danoso.

Por essas razões, parece não proceder o fundamento da corrente doutrinária que procura enquadrar o dano pela perda da chance como lucro cessante.

Ocorre que entre a chance perdida e o resultado final do processo aleatório não há qualquer certeza. Há uma maior ou menor probabilidade de ocorrência do evento, mas de modo algum a perda da vantagem final pode ser atribuída à conduta do lesante.

Na perda da chance, paira a incerteza do acontecimento, ou seja, não se sabe se a vantagem final seria alcançada ou se o lesado teria conseguido evitar o prejuízo. Ao passo que no lucro cessante, sabe-se que se alcançaria uma vantagem, devido às circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, quando se tratar de um interesse patrimonial perseguido por meio do processo aleatório injustamente interrompido por outrem, a possibilidade de auferir uma vantagem ou de evitar um prejuízo deve ser considerada economicamente apreciável, de forma independente do resultado final.

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

A possibilidade de auferir a vantagem ou evitar o prejuízo é parte integrante do patrimônio do sujeito no momento do evento danoso que a subtrai definitivamente. É dano atual, portanto, e certo. Foi deveras retirado do patrimônio do lesado no momento do ato, pois já o integrava. Essa subtração constitui dano emergente, pois, se comparado o patrimônio existente em momento anterior e posterior ao evento danoso, constata-se que o sujeito está privado completamente da possibilidade da qual desfrutava anteriormente, de modo que não mais poderá reavê-la. Eis aí a diminuição patrimonial.

A forma como ocorrerá a quantificação do dano pela perda da chance, entretanto, o afasta das características do dano emergente. Não se aplicará o critério da diferença, mas um cálculo probabilístico tendo por base o resultado final não alcançado, sobre o qual incidirá o percentual de sucesso do lesado.

Por essas razões, ao mesmo tempo em que se buscar assinalar as similitudes do dano pela perda da chance à categoria dos danos emergentes, pode-se afirmar que ele exsurge como verdadeiro dano emergente *sui generis*, devendo sempre serem respeitadas as particularidades desse novo dano, de todo indenizável.

E deixando o viés patrimonial, deve-se considerar também os casos em que a injusta interrupção do processo aleatório que não tem qualquer relação direta com o patrimônio e impede ao lesado o alcance do bem que pretendia. Em tais circunstancia ocorre um dano extrapatrimonial, particularmente de natureza moral.

O dano pela perda da chance, devido às suas peculiares características, apresenta-se, pois, mutável. Não há maneira de classificá-lo *a priori* e sem análise do caso concreto, como dano emergente, lucro cessante ou como dano extrapatrimonial.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Ampliando horizontes: a expansão da categoria dos danos ressarcíveis como garantia da sustentabilidade jurídico-social nas relações privadas. In: KEMPFER, Marlene; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (Orgs). *Estudos em direito negocial e sustentabilidade*. Curitiba: CRV, 2012. p. 9-42.

_____. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Os (des)caminhos de uma compreensão teórica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 18, n. 2, p. 93-123, dez. 2014a.

_____. Delimitando conceitos: do jurídico ao econômico e a adequada compreensão do patrimônio como meio indireto de tutela da pessoa humana. In: FIUZA, César Augusto de Castro; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; CARVALHO NETO, Frederico da Costa. (Orgs.). *Direito Civil II: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014b, p. 236-262.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIANCA, Massimo Cesare. *Realità sociale ed effettività della norma – obbligazioni e contratti responsabilità*. Milão: Ed. Giuffrè, 2002, v. II, t. II.

BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita de uma chance e certeza del danno. *Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XXX, 1976, p. 60-97.

BONANNO, Claudio. La perdita di chance nel diritto privato. Brevi riflessioni: alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali. *Giureta - Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, v. VII, ano 2009, p.1-44.

CANADA. Cour Suprême de Justice. *Laferrière c. Lawson*. Dossier n. 21334. Rel: Le juge Gonthier. Ottawa, 21 mars 1991. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/735/index.do#_ftnref1>. Acesso em: 03 mar 2015.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934, v. 21.

DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, v. 2.

DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. I.

_____. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. II.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Responsabilidade Civil. 21 ed. rev., atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 7.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. Antônio de Arruda Ferrer Correia. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1938.

GAZZONI, Francesco. *Manuale diritto privato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Ita, 2009.

GHERSI, Carlos A. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Ed. Ástrea, 1997.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IEZZI, Maria Cristina. La chance: nella morsa del danno emergente e del lucro cessante. Il danno da perdita di chance quale tecnica risarcitoria applicabile alla responsabilità contrattuale, alla luce delle più recenti elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali. In: GAROFOLI, Roberto; BORTONO, Pierpaolo; VACCARO, Roberta. *Tracce civile con giurisprudenza*. 3. ed. Nel Diritto Editore, 2008. Disponível em: <<http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=3105>>. Acesso em: 15 jan 2015.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1992.

LE TORNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. Paris: PUF, n.º. 2, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 409-446.

_____. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, t. II.

MELO, Raimundo Simão. *Indenização pela perda de uma chance*. Boletim Jurídico, nº. 224. 22 abr 2007. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em: 27 jan 2015.

MONTANARI, Andrea. Per una riconsiderazione del risarcimento del danno da perdita di chance. *Giureta – Rivista di Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente*. Palermo, Università degli Studi di Palermo, v. VII, a. 2009.

MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*. Milano: Soc. Edit. Libreria, 1909.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños: el daño moral*. Buenos Aires : Ediar, 1986, t.4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução do direito civil. Teoria geral do direito civil. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTO, Mário Moacyr. *Dano moral. Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PRINCIGALLI, A. M. Perda di “chances” e danno risarcibile, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Torino, nº. 18, 1985.

REPRESAS, Félix Alberto Trigo. *Pérdida de chance*. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 2008.

ROSSETTI, M. Il danno da perdita di chance. *Rivista Giuridica della Circolazione e Dei Trasporti*, Roma, n. 4-5, 2000.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Lejus, 1997.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934, v. 21.

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

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês*. 2001. 136f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

_____. A responsabilidade pela perda de uma chance e as condições de para sua aplicação. In: DELGADO, Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueiredo (Coords). *Questões controvertidas – Responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 443-461.

_____. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007

SILVA, Wilson de Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

VISINTINI, Giovanni. *Tratatto breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2005.